



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES. ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DE UN EXTRANEUS EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

Pierr Adrianzen-Román

Piura, marzo de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal Penal

Adrianzen, P. (2017). *La participación en los delitos especiales. Análisis de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito* (Tesis de maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal Penal). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

PIERR ABISAÍ ADRIANZEN ROMÁN

**LA PARTICIPACIÓN EN LOS DELITOS ESPECIALES
ANÁLISIS DE LA INTERVENCIÓN DE UN EXTRANEUS EN EL
DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**



**UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO
MENCIÓN EN DERECHO PENAL**

2017

APROBACIÓN

La tesis titulada *La participación en los delitos especiales* *Análisis de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito*, presentada por licenciado Pierr Abisai Adrianzen Roman para obtener el grado de magister, fue aprobada por el Director de Tesis Dr. Percy García Cavero.

Director de Tesis

A Luis E. Adrianzén

INDICE

INTRODUCCION	1
CAPITULO PRIMERO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	5
I. Generalidades	5
II. Delito de enriquecimiento ilícito	9
1. Bien jurídico protegido	9
2. Finalidad político criminal del delito de enriquecimiento ilícito	13
3. Enriquecimiento ilícito ¿delito de dominio o infracción de deber?	15
4. Imputación objetiva	19
A. Sujetos	19
B. Comportamiento típico	21
a. Abusando de su cargo	26
b. El resultado típico: el incremento patrimonial	33
c. Justificación del incremento patrimonial	35
d. Momento consumativo del enriquecimiento ilícito	42
5. Imputación subjetiva	43
6. Subsidiaridad del delito	45

CAPITULO SEGUNDO INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO	49
I. Fundamento del castigo del partícipe	50
II. El autor en los delitos de infracción de deber.....	54
1. Los deberes en virtud de responsabilidad institucional.....	59
2. Necesidad de una distinción entre los diversos delitos especiales.....	64
A. Los delitos especiales de dominio o delitos de posición.....	65
B. Los delitos especiales de deber o de infracción de deber en sentido estricto	69
C. Los delitos especiales de infracción de un deber con elementos de dominio	72
3. Incomunicabilidad de las circunstancias o condiciones personales.....	73
III. Criterios aplicables a la participación.....	75
1. La accesoriedad de la participación	75
2. La accesoriedad en los delitos especiales.....	80
3. El hecho final como objeto de referencia de la accesoriedad	81
4. Los elementos especiales que fundamenta la penalidad del tipo.....	82
IV. Intervención delictiva en los delitos especiales	84
1. En los delitos especiales de dominio.....	84
2. En los delitos especiales de infracción de deber	87
3. En los delitos especiales de infracción de deber con elementos de dominio	96
V. Posibilidad de la intervención de un extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito.....	99
CONCLUSIONES.....	103
BIBLIOGRAFÍA.....	107
ANEXOS.....	113
Anexo 1. Decreto Legislativo que modifica el Código Penal a fin de fortalecer la seguridad ciudadana	115

INTRODUCCIÓN

En la presente investigación se buscó realizar un análisis de los principales aspectos constitutivos del delito de enriquecimiento ilícito y de la participación en los delitos especiales. Se inicia por determinar cuál es el bien jurídico vinculado a este delito y su ubicación como delito de infracción de deber. Se hace un somero desarrollo de la conducta descrita por la disposición normativa y la infracción en la que incurre el funcionario público imputado de este delito. Se desarrollan los fundamentos del castigo en la participación delictiva, los criterios aplicables a la participación y la intervención en los delitos especiales. Con el estudio de los temas planteados se buscó determinar la posibilidad de intervención en el delito de enriquecimiento ilícito, considerando la clasificación realizada de los delitos especiales y la aplicación de los criterios de participación a cada una de estas categorías.

El interés por realizar este trabajo se originó por el trato jurisprudencial que se viene dando a los procesos donde se imputa el delito de enriquecimiento ilícito y a los delitos especiales de infracción de deber en general. Hasta julio de dos mil dieciséis, la Corte Suprema de la República del Perú, había tenido como línea jurisprudencial respecto de las intervenciones a título de participación en un delito especial, que tanto el autor (*intraneus*) como el partícipe (*extraneus*) compartían un mismo título de imputación por el delito especial del cual se trate (v.g. casos Chacon Malaga, Congresista Urtecho y esposa). No obstante ello, durante el desarrollo de este trabajo, se emitió la Sentencia de Casación en el expediente número 782-2015- Del Santa, del 06 de julio de 2016, con la cual la Corte Suprema da un giro a su línea jurisprudencial y considera que en los procesos en los que se impute la participación de un

extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito, se deberá aplicar la teoría de la ruptura del título de imputación y en consecuencia absolver al partícipe de delito especial.

La diferencia entre un momento y otro de la jurisprudencia de la Corte Suprema se restringe a la aplicación de la teoría de la unidad del título de imputación o la de ruptura del título de imputación. Es decir, que el derrotero que marca la pauta es la posición que asuman los señores jueces supremos por una u otra teoría, que para bien o para mal solo tiene un trasfondo de política criminal y la insatisfacción ciudadana de ver impune una conducta que en apariencia habría coadyuvado a la configuración de un delito.

Debido a esto, en el presente trabajo se han buscado alternativas de solución que no pasan por las tradicionales teorías de la unidad y ruptura del título de imputación, ya que el análisis de la autoría y participación en un delito especial, no estará en la especial configuración de un determinado tipo penal, sino más bien en los deberes y expectativas que tenga un determinado ciudadano (en su rol de padre, en su rol de funcionario, etc.), serán estos deberes los que determinen si es posible intervenir en un hecho delictivo. Ello a través del análisis de las instituciones positivas y negativas que emanan de la configuración de una determinada sociedad, en la cual, se han atribuido roles especiales a determinados sujetos en razón de su especial posición respecto de bienes jurídicos.

En esa línea de ideas, en el presente trabajo se ha considerado que para arribar a la solución de la problemática que importa la intervención de un *extraneus* en un delito especial; se debe partir por determinar que existe una sub clasificación de delitos especiales, es decir que los delitos especiales pueden ser clasificados a su vez en delitos especiales de dominio, delitos especiales de infracción de deber en sentido estricto y delitos especiales de infracción de deber con elementos de dominio. Con esta clasificación, que ha sido postulada por SILVA SÁNCHEZ, dejamos atrás la clásica distinción de los delitos especiales en propios e impropios, que no aporta en nada a la solución del problema.

Se ha dividido la investigación en dos capítulos. En el primero se analiza el delito de enriquecimiento ilícito, desde la determinación del bien jurídico, la conducta típica, los elementos constitutivos del delito y la imputación subjetiva. En el segundo capítulo se desarrolla la teoría de la participación en los delitos especiales. Se parte por justificar cual es el fundamento del castigo del partícipe, se explican los deberes en virtud de una responsabilidad institucional, se analiza la clasificación de los delitos especiales y los criterios aplicables a la participación en los delitos especiales. Se plantea una reformulación al criterio de accesoriedad aplicable a la participación y, por último, se han aplicado los criterios de la participación a los delitos especiales. Concluyéndose con un análisis de la posibilidad de la participación en el delito de enriquecimiento ilícito. Con las conclusiones propuestas se busca originar un debate a nivel académico respecto a la necesidad de superar teorías tradicionales que no aportan en la inacabable tarea vinculada a la teoría de la intervención delictiva en los delitos especiales. Asimismo, dar una pauta respecto del desarrollo actual de la doctrina sobre el tema planteado.

Esperando que ésta investigación logre colmar las expectativas propuestas dejo en sus manos la lectura de la misma esperando que sea de todo su agrado.

CAPITULO PRIMERO DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO

I. Generalidades

La criminalidad dentro de las instituciones públicas, se ha generalizado a todos los niveles del Estado. En los últimos años se han iniciado, de forma cada vez más recurrente, procesos penales contra presidentes de la República, congresistas, presidentes Regionales, alcaldes y diversos funcionarios en todos los niveles de gobierno; esta situación problemática ha llevado a que el ejecutivo y las instituciones relacionadas con el sistema de justicia traten de dar una respuesta, instaurándose un sistema especializado de investigación y procesamiento de delitos contra la Administración Pública. Por su parte, en el Poder Judicial se implementó un subsistema anticorrupción, adelantando la vigencia del Código Procesal Penal de 2004 para los delitos de corrupción de funcionarios y en el Ministerio Público se han creado fiscalías especializadas en corrupción de funcionario en varios distritos judiciales a nivel nacional, lo que dota al sistema de justicia, de magistrados y fiscales capacitados para enfrentar esta forma de delincuencia.

Esta reforma no ha sido solo institucional sino que también se ha avanzado en el ámbito legislativo. Así para el tema que nos ocupa, mediante Ley N.º 30111, publicada el 26 de noviembre de 2013, se establece la redacción actual del tipo penal de enriquecimiento ilícito, disposición normativa que ha sufrido reformas en cuatro oportunidades,

respecto del texto original que fuera promulgado mediante Decreto Legislativo N.º 635, en abril de 1991. En este sentido, los cambios que se han efectuado en la redacción del tipo no solo están orientados a sobrepenalizar la conducta, sino que sustancialmente están destinados a cambiar la descripción típica del delito. Producto de estas reformas se han discriminado a los funcionarios públicos en razón de su alto cargo en el Estado, estableciéndose una sanción superior para estos, a su vez se ha incorporado una cláusula que establece la presunción de ilicitud del patrimonio que no se condiga con los ingresos del funcionario eliminándose del tipo la posibilidad de justificar el incremento del patrimonio y se varió el medio comisivo “abuso del cargo”; agregándose las penas de inhabilitación y de multa.

Este reiterado cambio legislativo se inició durante el gobierno de Transición del presidente Paniagua, producto de la coyuntura sobrevenida a los escándalos de la red de corrupción generada durante el oncenio del presidente Fujimori. Así, uno de los primeros procesos en los que se imputó este delito, fue el seguido al congresista Luis Alberto Kouri Bumachar¹, quien habría recibido dinero por parte de Vladimiro Montesinos, para abandonar la bancada del partido “Perú Posible” con la finalidad de apoyar el proyecto político del partido oficialista “Perú 2000”. La publicación del caso Kouri, fue el inicio de la investigación y persecución judicial de los funcionarios públicos relacionados a la gran red de corrupción que se desarrolló en nuestro país durante la década de los noventa. Funcionarios que de diversas formas habrían incrementado su patrimonio, como consecuencia de la comisión de actos de cohecho, peculado, malversación de fondos y por colusión en las contrataciones públicas. Esto originó el interés legislativo de dotar de eficacia político criminal al delito de enriquecimiento ilícito, relativizando el tipo penal a través de la inclusión de una cláusula de presunción de ilicitud del patrimonio del funcionario que no sea coherente con sus ingresos legítimos.

A nivel supranacional también se han visto esfuerzos legislativos por tipificar el enriquecimiento ilícito. La convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, en el artículo 20º dispone expresamente que: «con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de

¹ Caso AV 06-2001, tramitado ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.

su ordenamiento jurídico cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, el incremento significativo del patrimonio, el enriquecimiento de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificados por él». Asimismo, la Convención Interamericana contra la Corrupción, en su artículo IX, indica lo siguiente: « con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Parte que aún no lo hayan hecho, adoptaran las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento patrimonial de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él. Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención».

En nuestro país el antecedente legislativo² más claro que se tiene de regulación represiva del problema del enriquecimiento ilícito, lo encontramos en la Constitución de 1979, la cual dispuso en su artículo 62° que: «los funcionarios y servidores públicos que determine la ley o que administran o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por él, deben hacer declaraciones juradas de sus bienes y rentas al tomar posesión y al cesar en sus cargos, y periódicamente durante el ejercicio de éstos. El Fiscal de la Nación, por denuncia de cualquier persona o de oficio, formulará cargos ante el Poder Judicial cuando se presuma enriquecimiento ilícito». Esta disposición constitucional no se estaba refiriendo al delito de enriquecimiento ilícito sino solo a la obligación de declarar bienes y rentas que tendrían los altos funcionarios del Estado, pues el control que demandaba el constituyente era más administrativo que penal, al hacer referencia a la declaración que el funcionario tenía que realizar. En ese sentido, si bien la Constitución de 1979 establecía una conducta reprochable en el enriquecimiento ilícito, al establecer legitimidad del Fiscal de la Nación para denunciar ante el Poder Judicial, no fue hasta junio de 1981 con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 121 que se tipifica penalmente como delito, incluyendo en el artículo

² CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima: Juristas Editores, 2002, p. 107. HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 98. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento Ilícito*, Lima: Idemsa, 2001, p. 86.

361-A del Código Penal de 1924 este delito, con el texto siguiente: «el funcionario o servidor público que por razón del cargo, o de sus funciones se enriqueciere indebidamente, será reprimido con prisión no mayor de cinco años ni menos de dos años, multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación. 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 de sus sueldos o emolumentos que haya percibido y de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita. Las pruebas presentadas para justificar el enriquecimiento patrimonial, son reservadas, y no podrán ser utilizadas para ningún otro efecto». Este es el primer antecedente legal del delito de enriquecimiento ilícito.

Finalmente con la promulgación del Decreto Legislativo N.º 635 en abril de 1991, quedó establecido legislativamente la actual disposición normativa del delito de enriquecimiento ilícito, redacción en la cual solo se hizo escueta referencia al enriquecimiento ilícito en función del cargo, sin mayores precisiones respecto de la prueba de descargo ni sobre consideraciones indiciarias de la comisión del delito. A pesar de las peculiaridades e importancia del enriquecimiento ilícito, no ha sido objeto de desarrollado doctrinario, como los demás delitos contra la Administración Pública, siendo que los principales esfuerzos académicos se han orientado a cuestionar la legitimidad de este delito³, e incluso en la jurisprudencia comparada se ha declarado la inconstitucionalidad de su aplicación⁴.

³ SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268.2, CP*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994, p. 17.

⁴ El Parlamento de la República de Portugal aprobó el Decreto N.º 37/XII que incluía el delito de enriquecimiento ilícito en el Código Penal, tipificando esta conducta tanto para particulares como para funcionarios públicos, siendo que el Presidente de la República haciendo uso de sus atribuciones presentó una demanda de inconstitucionalidad que fue estimada por el Tribunal Constitucional a través de la Sentencia N.º 179/2012, que entre otras razones fue fundamentada en la afectación de la presunción de inocencia y en la inexistencia de un interés jurídico. Disponible en <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>> consultada con acceso el [15 de abril de 2016].

II. El delito de enriquecimiento ilícito

1. Bien jurídico protegido

El artículo 401° del Código Penal contiene el tipo penal de enriquecimiento ilícito. Esta disposición introduce en el sistema jurídico peruano, la prohibición expresa a los funcionarios y servidores públicos de poder incrementar su masa patrimonial respecto de sus ingresos legítimos, abusando de su cargo. Esta prohibición, como tal, trata de proteger un determinado bien jurídico que, para nuestra sociedad, resulta trascendental al punto que legitima la irrupción del Derecho Penal.

Al respecto, se ha tratado de explicar cuál sería este bien jurídico detrás del tipo penal de enriquecimiento ilícito. En la doctrina extranjera existe una tendencia a considerar como objeto de protección a « [I]a Administración Pública, en el sentido del resguardo frente al lucro y a la codicia corruptora de sus funcionarios y empleados»⁵. En el mismo sentido, pero en un ámbito genérico, MIKKLSEN-LOTH señala que « [...] en el título que comprende a los delitos contra la Administración Pública, se han tipificado acabadamente y conforme con los principios generales del derecho penal, todas aquellas conductas lesivas para con el bien jurídicamente tutelado en cuestión como es el Estado y la Administración Pública»⁶. También han sido considerados algunos valores morales relacionados con la Administración pública como «preservar la ética del funcionario, en cuanto base del respeto a los organismos del Estado por parte de los administrados, la que debe considerarse agredida por la conducta de cuya represión se trata. Se preserva con la figura en análisis, el decoro la dignidad, la insospechabilidad de la Administración pública»⁷. Por su parte, CREUS señala que « [s]e trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales prevalidándose de

⁵ NUÑEZ RICARDO C., *Manual de Derecho Penal-Parte Especial*, cuarta edición, Buenos Aires: Lerner Editora, 2009, p. 595.

⁶ MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico, *Enriquecimiento ilícito*, Buenos Aires: La Ley, 2001, p. 33.

⁷ INCHAUSTI, Miguel A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios- El art. 268.2 del Cód. Penal –Leyes 16.648 y 25.188*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2001, p. 39.

la condición de funcionario por parte del agente»⁸. DEMETRIO CRESPO señala que « [e]n los delitos de funcionario el bien jurídico inmaterialmente protegido es el adecuado funcionamiento de la administración pública, pero “lo que se castiga no es la lesión” de dicho bien jurídico sino la del “objeto representante” en cada delito, bastando en todo caso para la ilicitud penal que la conducta posea al menos “idoneidad abstracta” para afectar eventualmente una legítima expectativa»⁹. En otro sentido, DONNA al comentar la posición de LUCA Y LÓPEZ CASARIEGO respecto del bien jurídico protegido, refiere que no se busca reprimir « [...] solamente a quienes se han enriquecido por delitos contra la Administración pública. Tampoco se protege el patrimonio de la administración pública, ni de los particulares. Descartan que se proteja el normal funcionamiento de la administración pública, ni la regularidad de la actividad de los funcionarios de la administración pública, ni la regularidad de la actividad de los funcionarios o de la prestación de servicios. [...] Lo que se protege es la imagen de transparencia, gratuidad y probidad de la administración y de quienes la encarnan»¹⁰.

En la doctrina nacional, se considera que « [e]l bien jurídico tutelado es el deber de fidelidad y honestidad de los funcionarios públicos con la Administración pública, y vinculado a ellos, se protegen otros valores, como el prestigio, decoro, deber del cargo, disciplina, con las que se identifica la Administración Pública»¹¹. En igual sentido ROJAS VARGAS, señala que con el tipo penal en estudio se « [...] busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos conminando jurídico-penalmente a

⁸ CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires: Astrea, 1981, p. 417.

⁹ DEMETRIO CRESPO, Eduardo, «Corrupción y delitos contra la Administración Pública», en: FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *La corrupción: aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca: Ratio Legis, 2000, pp. 70-71. [Citado por CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 139.]

¹⁰ DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002, p. 392.

¹¹ PEÑA CABRERA Raul, FRANCIA ARIAS, Luis, «Delito de enriquecimiento ilícito», Lima: Jurídicas, 1993, p. 22. [Citado por CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 124.]

funcionarios y servidores a que ajusten sus actos a las pautas de honradez y servicio a la nación»¹². De la misma forma GÁLVEZ VILLEGAS señala que « [...] es más adecuado considerar, específicamente como bien jurídico u objeto de protección de este tipo penal, la funcionalidad, el prestigio, dignidad y confianza de la función pública; la que comprende a su vez, a la actuación de los agentes que la integra, pues, aun cuando la depositaria de la función pública es la Administración en cuanto órgano o entidad, la función va ser ejercitada a través de sus integrantes, y por tanto, la actuación de éstos será la que determine a fin de cuentas, el prestigio de la Administración»¹³.

Por otro lado, existe una posición adoptada en la sentencia emitida por algunos de los miembros del Tribunal Constitucional portugués y que a nuestro entender resulta más clara que las posturas antes mencionadas. Los magistrados Fernández Cadilha y Vitor Gomes en sus votos particulares consideraron que « [...] no es posible afirmar que existe una indeterminación o superposición en relación con el bien jurídico protegido, porque lo que está en juego no es la protección de los bienes o valores que fundamentan la criminalización de otras conductas, sino la responsabilidad penal por la existencia de situaciones objetivas de enriquecimiento desproporcionado en relación con los ingresos lícitos conocidos o declarados, independientemente de la determinación del hecho ilícito por el cual esos rendimientos llegaran a la disposición del sujeto»¹⁴, el bien jurídico que parece pretender protegerse es « [...] la transparencia de las fuentes de ingresos, que en algunos ordenamientos jurídicos encuentra concreción especialmente a través de la obligatoriedad de declaración de los ingresos a los efectos del control público la riqueza de los titulares de cargos públicos»¹⁵, y continúan los votos particulares señalando que « [...] la ocultación del origen del patrimonio o ingresos de los titulares del poder público o de los intervinientes en la gestión de los bienes

¹² ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, cuarta edición, Lima: Grijley, 2001, p. 854.

¹³ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 116.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional Portugués N.º 179/2012, voto particular de Carlos Fernández Cadilha. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>> consultada con acceso el [15 de abril de 2016].

¹⁵ Ídem.

y servicios públicos puede poner en peligro la confianza o credibilidad del Estado ante la comunidad y la capacidad de intervención para la realización de las finalidades que le están encomendadas (bien jurídico mediato). Esto es lo que legitima al legislador a imponer la transparencia de la situación patrimonial de las personas a quienes les incumbe funcionalmente preparar, manifestar o ejecutar la voluntad del Estado (bien jurídico inmediato)»¹⁶.

Nuestra postura se inclina por señalar que el bien jurídico protegido estaría configurado por la “transparencia en las fuentes de ingreso que debe tener el funcionario público”, que como tal no protege *per se* a la Administración Pública, sino más un aspecto vinculado a la función pública¹⁷ que sería un componente de esta. Esta obligación es impuesta por la Ley N° 27482, “Ley que Regula la Publicación de la Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas de los Funcionarios y Servidores Públicos del Estado”. Debe aclararse que lo prescrito por el tipo penal no es la omisión de declarar, sino la consecuencia que origina esta omisión; es decir, el incremento patrimonial que no se condice con los ingresos legítimos del funcionario y que al ser requerido para su justificación no pueda determinar la licitud de sus fuentes de ingreso, ya que este a diferencia de otros empleados (del sector privado, por ejemplo) debe dedicarse exclusiva y excluyentemente a la función pública (esta obligación está más acentuada en algunas funciones como la magistratura), existiendo prohibiciones expresas para laborar en otras actividades con reserva de la docencia universitaria. Siendo ello así, los ingresos del funcionario público se deberían restringir a su remuneración como consecuencia de la

¹⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional Portugués N.º 179/2012, voto particular de Vitor Gomes. Disponible en <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>> consultada con acceso el [15 de abril de 2016].

¹⁷ GÁLVEZ VILLEGAS al hacer referencia al deber del funcionario para con la Administración Pública refiere que « [...] desde luego, que será garante de estos aspectos de la Administración, pero únicamente dentro de los límites y alcances de su especial y personal deber frente a ésta; es decir que sólo será responsable del entorpecimiento o desprestigio de la función pública, dentro del ámbito y de los límites en que puede contribuir positivamente con su concurso personal, o en la magnitud en que puede comprometerla con el incumplimiento de sus deberes y obligaciones, más no así en forma general, o por el funcionamiento integral de la Administración». En GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 127.

función, con lo que de tener otros ingresos o rentas, deben ser declarados, otorgando la ley una presunción en contra del funcionario, que de presentar un desbalance patrimonial, entre la declaración jurada de ingresos y bienes y rentas y su patrimonio, se evidenciaría indicios de enriquecimiento ilícito. La transparencia en las fuentes de ingreso debe ser considerada como un imperativo de honestidad del funcionario de quien se exige un comportamiento probo en todos los ámbitos de su realización, importando esta exigencia un deber institucional.

2. Finalidad político criminal del delito de enriquecimiento ilícito

La protección de la Administración pública y del patrimonio del Estado, se ha convertido en prioridad. El sistema de justicia se avoca con mayor vehemencia al procesamiento de funcionarios que desbordan sus funciones en perjuicio del Estado. En ese sentido, la protección de los bienes jurídicos vinculados a la Administración Pública está presente en la agenda nación y es política de estado, lo cual converge en las campañas de lucha contra la corrupción.

No obstante los constantes esfuerzos en la lucha contra la corrupción, el sistema de justicia en nuestro país aún tiene importantes falencias en la investigación, siendo que la actividad fiscal de investigación y acopio de pruebas resulta insuficiente, lo que en muchos casos acarrear impunidad. Esto se da ya sea insuficiencia probatoria, dada la dificultad de acreditar conductas como el cohecho, el tráfico de influencias o la colusión cuando no hay prueba directa, o por la exclusión de imputados como consecuencia de la excesiva duración de las investigaciones (caso emblemático es el del General Chacón). Es ahí donde cobra relevancia el delito en estudio, el cual se ha visto relativizado en las cuestiones probatorias a efecto de poder incorporar hechos de difícil probanza.

Al respecto señala ANTONIO TERRAGNI: « [...] el enriquecimiento ilícito es un delito grave: efectivamente lo es, tanto en el sentido del vicio como también porque la corrupción de los funcionarios tiene una repercusión económica de enorme magnitud. Significa lo último mucho, lo más serio es la falta ética, pues ella

lleva implícita una injusticia, en el sentido de que la propia existencia del Estado republicano no tiene razón si sus funcionarios no son virtuosos. De lo contrario es imposible alcanzar la justicia»¹⁸. Por su parte ABANTO VÁSQUEZ señala: « la razón de ser del tipo penal aquí analizado es la de cubrir vacíos de punibilidad, pero también puede tener una sustantividad propia en los casos ya señalados de enriquecimiento no justificados provenientes de delitos no perseguibles penalmente o de otro tipo de ilícitos extrapenales. No obstante, la pena prevista por este tipo penal atenta contra la lógica que inspira la creación de tipos penales subsidiarios (la que señala que la pena de los delitos subsidiarios siempre debe ser menor que la de los tipos penales principales)»¹⁹. En esa línea ROJAS VARGAS considera que « [...] social y políticamente pertinente por cuanto permitirá, a nivel teórico, conminar penalmente a los sujetos públicos a que conduzcan sus actos y los efectos de los mismos de conformidad a lo dispuesto imperativamente por el mandato constitucional de que “*todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la nación*”. No siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico y de lucro, los sujetos públicos se deben a la Nación más no a los apetitos y avaricia crematística de sus impulsos. Y si esta dedicación a los intereses públicos les reporta un regular y justo enriquecimiento, en buena hora, pero lo que sí es intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva es que se haya usado el cargo o la función para acumular o hacer ilícitamente riqueza»²⁰.

Por ello, principalmente se hace necesaria la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito, dada la necesidad de cubrir ámbitos de impunidad, siendo que ante las deficiencias en el sistema de justicia penal de acreditar que el incremento del patrimonio en un funcionario público se deba a la comisión de otros delitos (peculados, cohechos, etc.) es que se legitima esta respuesta legislativa, al imponerle al empleado público la obligación de

¹⁸ ANTONIO TERRAGNI, Marco, «Enriquecimiento Ilícito de los Funcionarios Públicos», en REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Jurista Editores, 2009, p. 620.

¹⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra Editores, 2001, p. 488.

²⁰ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 838.

mantener su patrimonio acorde con los ingresos que en razón de su función percibe.

3. Enriquecimiento ilícito ¿Delito de dominio o de infracción de deber?

Resulta importante establecer en la presente investigación si el enriquecimiento ilícito es un delito de dominio o por el contrario uno de infracción de deber. Dependiendo de lo que se llegue a concluir, las reglas de imputación y de participación variarían en cuanto a una u otra posición. En ese sentido, consideraremos que en los delitos de dominio « [...] es autor quien domina el hecho descrito en el tipo; en otras palabras, aquel que es señor de un suceso delimitado en sus contornos mediante la descripción del delito de la parte especial del Código Penal correspondiente»²¹. Por el contrario, tal como define ROXIN los «delitos de infracción de deber son los tipos penales, en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesione un deber especial extrapenal que existía ya con anterioridad a [la formulación del] tipo»²². Continúa ROXIN señalando que « [...] en los delitos de infracción de deber, lo relevante para la descripción típica del delito no es –como en los delitos de dominio– la naturaleza externa del comportamiento, sino la lesión del deber extrapenal. De esto se deduciría que sólo cumple el tipo penal quien quebranta el deber y, a su vez, quien quebranta el deber, cumple siempre con la descripción típica y es, por tanto, siempre autor. Es suficiente, pues, todo “ocasionamiento” del delito en posición de infracción de deber, para que pueda ser afirmado que el especialmente obligado es autor»²³.

SÁNCHEZ-VERA al comentar el aporte realizado por JAKOBS a la teoría de la infracción de deber hace referencia a una clasificación de los delitos bifronte, donde se encontrarían los

²¹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons, 2002, p. 27.

²² ROXIN, CLAUS, «Täterschat und Tatherrschaft», 6ta ed., Berlín y Nueva York, 1994, p. 354 [Citado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 30].

²³ ROXIN, CLAUS, «Kriminalpolitik und Strafrechtssystem», Berlín, 1970, pp. 20 s. [Citado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 32].

delitos “en virtud de una organización” o, simplemente, “de organización” y en los “delitos de infracción de un deber”, cada clase de delitos importa un fundamento diferente de la responsabilidad o imputación. Siendo que en los delitos de organización se trata de un tipo de responsabilidad en virtud de la propia organización, es decir, de las manifestaciones de libertad que tenga el sujeto para con el mundo y los bienes jurídicos de relevancia penal; mientras que en los de infracción de deber, la responsabilidad estará basada en virtud de una relación de carácter institucional²⁴. Siendo que JAKOBS, al comentar esta categorización de los delitos, considera que en « [...] los delitos de comisión el fundamento de la responsabilidad sea la responsabilidad por la ampliación de un ámbito de organización. Junto a esta responsabilidad, que supone la pieza complementaria de la libertad de acción, aparece una responsabilidad a causa de la lesión de deberes de cuidado de un bien, cuidado especial, solidario e institucionalmente asegurado. En los casos de estos *delitos de infracción de deber*, con independencia del hecho existe una relación entre el autor y el bien. La relación autor-bien no está definida únicamente de modo negativo como un mero no-lesionar, sino positivamente por medio de un estatus del autor en relación con el bien. Este estatus está estrechamente vinculado a contextos regulados (padres, tutor, funcionario) –es decir, a instituciones– preformados y a lo sumo disponibles dentro de estrechos límites. En estos delitos, la responsabilidad o incumbencia del autor se determina por medio del estatus, no por medio de su ámbito de organización. El estatus fundamenta, de modo distinto a como sucede en los deberes (que incumben a todos), de no lesionar o sus derivados (los deberes en virtud de incumbencia de organización en los delitos de omisión) un deber especial en sentido estricto»²⁵.

Para JAKOBS « [e]l obligado especial, en lo referente al mantenimiento del bien, tiene que edificar un mundo en común con el beneficiario, ocuparse del bien como si fuese propio»²⁶ y siendo

²⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 37-38.

²⁵ JAKOBS, GÜNTHER, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, segunda edición, Madrid: Marcial Pons, 1997, Apdo. 7, n.m. 70.

²⁶ JAKOBS, GÜNTHER, «Beteiligung bei Herrschaftsdelikten und bei Pflichtdelijter», en *Hogakn (The Journal of Law and Political Science)*, vol. LVII, núm. 3, 1993, pp. 4 s.

que un bien propio, se puede o bien abandonar o bien conservar, pero no, simplemente, ayudar a abandonarlo o inducir a ello; el obligado especial sólo puede o bien rechazar o bien edificar el mundo en común con la víctima, ya que un obligado especial no podrá simplemente cooperar en fallos de terceros²⁷. En ese sentido, debemos considerar que « [...] existen tipos penales que *per se* no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición de autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que –dicho en términos más directos– sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial de actuante, sólo el *intraneus* puede ser autor»²⁸.

Por otro lado, CARO CORIA respecto de las formas de intervención en los delitos en mención sostiene que « [e]n los delitos de infracción de deber, no existe ninguna diferenciación de las distintas formas de intervención, ni cualitativa ni cuantitativa. Rige el principio de autor único; todo quebrantamiento del deber que defina una posición institucional, realizada mediante acción u omisión, o bien mediante aportes que desde un punto de vista fáctico pudiera admitir la posibilidad de una diferenciación, conduce a una responsabilidad por igual y completa: el obligado especial responde siempre como autor»²⁹.

En esa línea de ideas, una primera aproximación a la disyuntiva es considerar la ubicación sistemática del delito en el Código Penal, el cual se encuentra en el Título XVIII de “Delitos contra la administración pública”, Capítulo II de “Delitos cometidos por funcionarios”. Conforme a la regulación penal peruana, los funcionarios públicos son obligados especiales, en consecuencia siempre que infrinjan sus deberes especiales, existirá una infracción de algún deber especial que subyace a una

[Citado por SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 42].

²⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 42.

²⁸ CARO JHON, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de Derecho Penal funcionalista*, Lima: Ara Editores, 2010, p. 69.

²⁹ CARO JHON, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de Derecho Penal funcionalista*, p. 86.

institución positiva institucional, siendo ello así, el enriquecimiento ilícito un delito especial, ya que el círculo de posibles autores ha sido reducido a quien ostente la calidad de funcionario público, y siendo que este ámbito está regido por deberes especiales que atañen a dicho grupo de sujetos especiales dada la vinculación que genera el Estado, sería un delito de infracción de deber³⁰.

No obstante ello, autores nacionales entienden que no basta con la ubicación sistemática de este delito para considerarlo *per se* un delito de infracción de un deber. Al respecto GÁLVEZ VILLEGAS considera que « [...] no puede sostenerse que ante el incremento patrimonial del funcionario o servidor público, determinamos la tipicidad sin haber establecido [...] que dicho incremento ha sido ilícito, al haber utilizado el funcionario o servidor su cargo para lucrar indebidamente y a costa de la funcionalidad de la Administración Pública»³¹. CARO CORIA entiende que « [...]el enriquecimiento ilícito se erige como delito de infracción de deber no tanto por su calificación formal como delito especial propio, que sólo puede ser cometido por quien es funcionario, como por la vinculación de éste a una serie de deberes no penales que fluyen de la regulación constitucional y administrativa principalmente, conforme a los cuales no está jurídicamente permitido que el funcionario se sirva del cargo para enriquecerse más allá de lo que la retribución pública o actividades permitidas en el sector privado le retribuyen. Así, se considera que el enriquecimiento es ilícito porque infringe normas concretas del ordenamiento jurídico en general, aquellas relacionadas con los deberes, obligaciones y responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos»³². Lo que llega a determinar la distinción entre delitos de dominio y de infracción de un deber, es el tipo de deber al cual está obligado el sujeto, mientras que en los delitos de dominio existe un deber general negativo de no dañar bienes jurídicos determinados, en los

³⁰ En ese sentido SUAREZ GONZALES, Carlos, «Los Delitos consistentes en la infracción de un deber. Particular referencia a los delitos cometidos por funcionarios», en SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María y SUAREZ GONZALES, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*, Lima: Grijley, 2001. p. 152.

³¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 152.

³² CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 189.

delitos de infracción de un deber, existe una obligación en el sujeto (v.g. el padre de cuidar a sus hijos, el funcionario de cuidar los bienes encomendados a su cargo), un deber positivo, el deber de proteger los bienes jurídicos que se encuentran dentro de su organización; el incumplir este deber especial positivo los hace merecedores de la sanción penal.

En este sentido, el delito de enriquecimiento ilícito, se erige como uno de infracción de un deber, ya que el funcionario en los diferentes estamentos de la administración, no solo se vincula a la protección de bienes jurídicos patrimoniales (caudales o efectos bajo su administración como en el caso del peculado) sino también a bienes jurídicos institucionales (transparencia en las fuentes de ingreso que debe tener el funcionario público), siendo uno u otro, el obligado no solo tiene el deber negativo de no lesionar estos bienes jurídicos sino se le exige la protección de estos bienes jurídicos edificando un ámbito de protección de los mismos. Siendo ello así, cuando el funcionario público lejos de mantenerse en un estándar de protección del bien jurídico, ve incrementado su patrimonio ilícitamente, sin coherencia con sus ingresos legítimos y sin poderlo justificar, estará faltando a este deber positivo y en consecuencia le será imputable el enriquecerse ilícitamente.

4. Imputación objetiva

A. Sujetos

Este tipo penal ha sido reservado únicamente para funcionarios y servidores públicos, excluyendo la posibilidad que pueda actuar a título de autor un particular (como si es posible en el tráfico de influencias o el cohecho activo). Pudiendo describirse genéricamente al funcionario público, como el que ostenta « [...] un status especial y tiene un deber de garante para con la sociedad y el Estado, de suerte que debe evitar la lesión de los intereses de la administración pública»³³. No obstante, « [e]l legislador le indica al juez que debe dejar de lado la idea de que sólo los funcionarios públicos administrativos pueden realizar los delitos que dentro del

³³ CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 92

C.P. reclaman como sujeto activo o pasivo a un funcionario público, y que por lo tanto, debe incluir dentro de aquel concepto a otros sujetos que estando a disposición del Estado tienen a su cargo el ejercicio de funciones o servicios públicos»³⁴. Los sujetos públicos para ser sujetos de sanción deberán enriquecerse teniendo un cargo o empleo del que abusan o utilizan violando los deberes institucionales y funcionales que de los mismos se desprenden³⁵.

El sujeto pasivo, vendría a ser el Estado, propiamente la Administración Pública ya que es con esta personalidad jurídica con quien se vincula el funcionario público en una relación de subordinación, en el ejercicio de la función pública. Además este se considera genéricamente como el titular de los bienes afectados a través de los delitos contra la Administración Pública. Respecto a la posibilidad de considerar como sujeto pasivo a algún particular que se haya visto perjudicado por alguna conducta del funcionario tendiente a enriquecerse, no existe consenso en considerarlo agraviado. Por un lado se sostiene que de comprobarse tal entrega el particular podría ser autor o partícipe de otro delito contra la administración pública (cohecho activo o pasivo), en cuyo caso no podría recurrirse al tipo subsidiario de enriquecimiento ilícito³⁶, mientras que algunos consideran que el Estado debe ser considerado como sujeto pasivo primario y el particular como sujeto pasivo secundario, de manera individual o colectiva, según sea el caso específico³⁷. En los casos en que, por ejemplo, el funcionario público valiéndose del cargo, realiza una conducta típica de estafa, fraude o falsificación, la misma que le prodiga una ventaja económica. Así el hecho además de configurar el delito común que corresponda, en concurso ideal o real de delitos, también será subsumible en el tipo penal de enriquecimiento ilícito; en cuyo caso, el agraviado por esta misma acción o conducta o por

³⁴ VALEIJE, Inmaculada, «Reflexiones sobre los conceptos penales de funcionario público, función pública y “personas que desempeñan una función pública», en: CPC N° 62/1997, p.444. [Citada por CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p 158.]

³⁵ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 856.

³⁶ CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 183.

³⁷ HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 240.

una conducta conexas, podrá ser también un particular cualquiera, pero claro está, este particular entrará en la relación concursal como agraviado del delito común en su agravio y no en el delito de enriquecimiento ilícito³⁸.

El sujeto pasivo siempre será el titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro, en el caso del delito en análisis, se ha considerado como bien jurídico a la transparencia de las fuentes de ingreso del funcionario público, ello en el contexto de la función pública, en ese contexto, el único que podrá ser sujeto pasivo del delito de enriquecimiento ilícito será el Estado, quien tiene un vínculo de subordinación con el funcionario y quien puede requerirle para que justifique las fuentes de ingreso que han originado el enriquecimiento.

B. Comportamiento típico

La actual disposición normativa del artículo 401 del Código Penal es la siguiente:

«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».

³⁸ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 152.

Conforme al contenido normativo este delito supone la existencia de un *enriquecimiento patrimonial apreciable* del sujeto activo; no se trata de una simple mejoría de su situación económica, sino de una considerable y aparentemente injustificada mejoría en relación a la que tenía al asumir el cargo o empleo. El enriquecimiento, «consistente en un aumento del activo o en una disminución del pasivo, debe haberse producido durante el desempeño del cargo o empleo y puede presentarse directamente en el patrimonio del autor o indirectamente en el de un presta-nombre utilizado por aquel para disimular el hecho»³⁹.

En términos generales puede entenderse por enriquecimiento ilícito del funcionario público, todo aumento de su patrimonio derivado directa o indirectamente del ejercicio del cargo. Este tipo penal es de carácter subsidiario y sólo se aplica en la medida en que el hecho no corresponda a otro tipo legal. Lo que ocurre es que no todo aumento patrimonial derivado directa o indirectamente del ejercicio del cargo, por parte del servidor público, tiene necesariamente el carácter de ilícito. En este orden de ideas, no es enriquecimiento ilícito el que proviene del peculado, del cohecho, de la concusión o del prevaricato. En la disposición que analizamos se ha querido sancionar el enriquecimiento cuando por diversas razones –principalmente de orden probatorio- no puede establecerse el exacto origen delictuoso de la fortuna del servidor público⁴⁰.

En este punto es importante hacer referencia a la naturaleza subsidiaria que se le atribuye al delito en análisis, por cuanto, el incremento patrimonial del funcionario, no puede estar vinculado algún tipo de delito de corrupción ni tampoco a un delito común (v. gr. delitos contra el patrimonio), ya que de ser ello así, la imputación sería por el delito de corrupción y no por enriquecimiento ilícito. Por el contrario, en los delitos comunes no interviene en razón del cargo con la salvedad de los delitos especiales impropios. No obstante, en ellos la condición de funcionario solo es valorable para la determinación de la pena y no

³⁹ NUÑEZ Ricardo C., *Manual de Derecho Penal-parte especial*, p. 597.

⁴⁰ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 429.

constituye un elemento del tipo la participación en calidad de funcionario. El enriquecimiento ilícito, estaría reservado para los supuestos en los que no configurándose un delito de corrupción o uno común, se produce un aumento considerable en el patrimonio de funcionario público mientras ejerce la función pública, sin que este, pueda justificar su procedencia lícita.

Para que pueda hablarse de “enriquecimiento” debe darse un *incremento patrimonial* en el funcionario. Esto puede consistir en un aumento del activo como en una disminución del pasivo. Para medir este incremento se deberá tener en cuenta la “declaración jurada” que según la ley pertinente, tenga que hacer el funcionario antes de asumir sus funciones. Si no se estableciera este deber al funcionario, la medición deberá hacerse a partir de la “declaración jurada de impuesto a la renta” y los “signos exteriores de riqueza”. En el ordenamiento jurídico peruano, en el caso de los funcionarios, la prueba debería ser más fácil, pues estos están obligados, según el artículo 41° de la Constitución, a presentar su declaración jurada de bienes y rentas al momento de tomar posesión de sus cargos, durante el ejercicio y al cesar los mismos⁴¹.

Señala ROJAS VARGAS: « [...] la figura peruana actual de enriquecimiento ilícito ella constituye una creación, por cierto no del todo afortunada, del legislador nacional. Construyéndose así un tipo extremadamente genérico, válido sólo para casos significativos, que lo puede decir todo o también nada, que puede ser eludido fácilmente, de difícil probanza, o aplicado ideológicamente como mecanismo de persecución política»⁴². Para HUGO ÁLVAREZ la identificación de una conducta indebida en el enriquecimiento es muy cuestionable porque «[...]no es la conducta del agente que solicita y/o acepta una dádiva, promesa o cualquier otra ventaja (cohecho), tampoco del que abusando de su cargo, obliga o induce a una persona a dar o prometer, para sí o para otro un bien o cualquier beneficio patrimonial (concusión); tampoco exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos ni en cantidad que exceda a la tarifa legal

⁴¹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, p. 479.

⁴² ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 836.

(cobro indebido); tampoco es la conducta que defrauda al Estado en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en que interviene por razón de su cargo, o la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, etc. Es lícito preguntarse entonces, ¿Qué o cuál es esta conducta a que hace referencia la norma en comentario?»⁴³.

El artículo 401° del Código Penal « [n]o describe conducta alguna ni aporta mayores elementos de tipicidad o de antijuricidad que guíen el análisis jurídico, esta situación contradice los postulados del principio de legalidad y hace de dicha figura una construcción típica anómala»⁴⁴. De allí que ABANTO VÁSQUEZ señale: « [...] es difícil encontrar aquí un objeto del bien jurídico concretamente protegido. En todo caso hay un peligro abstracto en relación con todos los demás “objetos” protegidos por los demás tipos penales: “la imparcialidad del funcionario”, el “patrimonio de la administración”, el “carácter público de la función pública”, etc.»⁴⁵.

Por su parte, GÁLVEZ VILLEGAS considera que « [...] la acción típica está determinada por el verbo rector “se enriquece” o lo que es lo mismo “enriquecerse”, esto es, el verbo reflexivo formado a partir del verbo “enriquecer” y del pronombre “se”; en este sentido, al tratarse de un verbo reflexivo la acción determinada por éste la sufre o la recibe el propio sujeto que la realiza. Si hablamos de la acción de enriquecerse, estamos haciendo referencia a una conducta, que vendría a ser el estado de enriquecimiento producido, o estado posterior surgido a raíz de la realización de la conducta típica»⁴⁶. Así, la acción típica es precisamente el “enriquecerse ilícitamente” (y no conciben a dicho

⁴³ HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, p. 224.

⁴⁴ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 465.

⁴⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, p. 477.

⁴⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 122.

enriquecimiento como situación o estado económico que no describe una acción)⁴⁷.

Por otro lado, al hacer un análisis de la problemática del comportamiento típico, SANCINETTI lleva el análisis al ámbito probatorio judicial e indica que «[...] el vicio original se halla en un paso anterior a la presunción probatoria –a la violación al principio de inocencia en sí mismo–; lo decisivo es, antes que ello, cuál es el hecho concreto que “se da por probado”. [...] si la gran dificultad practica está en la “prueba de los hechos concretos”, la inversión de la prueba debería servir, en el mejor de los casos, a la utilidad práctica de “poder probar los hechos concretos”: la concusión, el peculado, las negociaciones incompatibles, etc. Pero, nunca a prescindir incluso de la determinación de una conducta concreta atribuida al funcionario. “Enriquecerse” no es un comportamiento, es el resultado de la comparación entre el estado patrimonial en el momento 1 y el estado patrimonial en el momento 2; esto constituye, naturalmente, un “hecho jurídico” en el sentido del Código Civil, pero no un “hecho” en el sentido del Derecho Penal de acto, porque el incremento patrimonial puede producirse sin ninguna conducta»⁴⁸.

NÚÑEZ considera que la conducta descrita en el tipo es de omisión y que esta se presenta cuando «[...] una autoridad competente para investigar en el caso concreto la comisión de un delito o conducta del sospechado como funcionario o empleado, le requiere a éste que justifique la procedencia del enriquecimiento y el requerido no prueba, o la inexistencia del enriquecimiento o que su origen, legítimo o ilegítimo, está desvinculado del ejercicio del cargo o empleo o de su calidad de funcionario o empleado. La última instancia probatoria es, siempre, el pertinente proceso penal»⁴⁹. Si bien esta descripción del tipo penal, hace referencia al

⁴⁷ ÁNGELES GONZALES, Fernando y FRISANCHO APARICIO, Manuel, «Código Penal», Tomo VII, Lima: Ediciones Jurídicas, 1998, p. 3282. [Citado por GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 122.]

⁴⁸ SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268.2, CP*, p. 27-28.

⁴⁹ NUÑEZ Ricardo C., *Manual de Derecho Penal-parte especial*, p. 597.

artículo 268° del Código Penal de la Nación de Argentina⁵⁰ que si bien tiene una descripción típica distinta, si hace referencia a un hecho concreto y determinable, como lo es el requerimiento de autoridad competente para justificar el incremento patrimonial. Advirtiendo que en la doctrina no se encuentra un consenso de cuál sería el comportamiento o acción típica en el delito de enriquecimiento ilícito, es necesario realizar una descripción de los elementos constitutivos del tipo para determinar los niveles de intervención delictiva.

a. Abusando de su cargo

La primera redacción del tipo que se tuvo en el Código Penal de 1991, establecía como parámetro del enriquecimiento, el momento en que el funcionario público “por razón del cargo” incrementaba su patrimonio. Con la modificatoria incorporada por la Ley 28355, se varía la redacción considerándose como conducta punible el enriquecimiento ilícito del funcionario que se produce “durante el ejercicio de sus funciones”; esta redacción se mantiene con la modificatoria incorporada por la Ley 29703. No obstante mediante la Ley 29758, se varía nuevamente el tipo y se establece como conducta ilícita que el funcionario se enriquezca “abusando de su cargo”, redacción que se mantiene en la actual disposición normativa contenida en el artículo 401° incorporada por la Ley 30111. Al respecto señala CARO CORIA que « [...] la exigencia prevista en el artículo 401 pf. 1 en el sentido que el enriquecimiento está vinculado al ejercicio del cargo, lo que limita el ámbito de prohibición a aquellos casos en los que dicho resultado es objetivamente imputable al despliegue de la función pública, esto es, a un comportamiento externo del funcionario, de

⁵⁰ Artículo 268 (2).- Será reprimido con reclusión o prisión de dos a seis años, multa del cincuenta por ciento al ciento por ciento del valor del enriquecimiento e inhabilitación absoluta perpetua, el que al ser debidamente requerido, no justificare la procedencia de un enriquecimiento patrimonial apreciable suyo o de persona interpuesta para disimularlo, ocurrido con posterioridad a la asunción de un cargo o empleo público y hasta dos años después de haber cesado en su desempeño.

forma tal que no se criminalice un simple estado patrimonial sino un acto de ejercicio público»⁵¹.

Para poder interpretar funcionalmente el tipo penal se hace necesario entender que la expresión “por razón del cargo o de sus funciones” apunta a la mera exigencia de una “causalidad general”, esto es, que el enriquecimiento no provenga de una actividad particular. Lo contrario, es decir, pretender la demostración de una “causalidad específica”, lo cual haría imposible el tipo⁵². Al respecto GÁLVEZ VILLEGAS sostiene: « [...] esta expresión “por razón del cargo”, es lo suficientemente amplia, y comprende dentro de su ámbito a los casos en que el funcionario o servidor público, actúa en ejercicio de sus funciones; esto es, excediéndose en las facultades y prerrogativas propias del cargo; así como también a los casos en que fuera del ejercicio de sus funciones, actúa premunido de estas facultades, es decir, **se vale del cargo** para sus propósitos lucrativos, aun cuando su actuación se desarrolle al margen del ejercicio de la función que le compete»⁵³. Continúa señalando que « [...] entre el enriquecimiento y el cargo tiene que existir un nexo de causalidad, a partir del cual se realiza la imputación penal, ya que otros tipos de enriquecimiento no resultan relevantes penalmente. Esta relación causal se hace evidente fundamentalmente al tomarse en cuenta el factor temporal; pues, es a partir de la circunstancia de la coetaneidad del enriquecimiento con el tiempo del desempeño del cargo, que se formulan las imputaciones y se determina las responsabilidades. En ese sentido, no basta que se trate del enriquecimiento de un funcionario o servidor público, para configurar su conducta dentro del delito de enriquecimiento ilícito, sino que necesariamente tenemos que vincularlo con el ejercicio de la función o más ampliamente en razón del

⁵¹ CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 152.

⁵² GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, pp. 443-444.

⁵³ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 152.

cargo; hechos éstos que dan además, la calidad de ilícito penal»⁵⁴.

En el mismo sentido MOLINA ARRUBLA, sostiene la necesidad de un nexo causal entre el incremento patrimonial del funcionario y el ejercicio del cargo, indicando que « [...] si el incremento patrimonial experimentado por ese funcionario público, no guarda relación con el ejercicio de un cargo o de sus funciones, o estaremos en presencia de una conducta atípica (como acontecería, por ejemplo, en el evento de que el funcionario se hubiese ganado una lotería o hubiese recibido una herencia, eventos estos como al parecer plenamente lícitos, no estarían comprendidos en la órbita del tipo penal, que exige conexidad con el ejercicio del cargo o de las funciones, desembocando en un juicio de atipicidad del comportamiento) o en su caso, de otro hecho punible»⁵⁵. Por su parte HUGO ÁLVAREZ, al hacer referencia a la expresión “durante el ejercicio de sus funciones” de la anterior redacción del tipo, que « [...] está referida a la oportunidad o término en que el agente valiéndose de sus funciones se enriquece ilícitamente. Tal expresión parece sugerir que el agente debe enriquecerse durante el ejercicio de la función pública, no antes, tampoco después; o, dicho de otra manera, durante el ejercicio de sus funciones públicas; porque se ejercita la función pública después de asumir el cargo»⁵⁶. Por su parte GÓMEZ MÉNDEZ, comentando el delito de enriquecimiento ilícito en Colombia, refiere que « [...] el incremento tiene que ser significativo, de allí que debe aparecer “un aumento significativo del activo o disminución considerable del pasivo”, esto es, una “mejora sustancial de la situación económica del agente”, tomando en consideración el momento de asunción del cargo y las posibilidades normales de evolución durante el tiempo del desempeño de la

⁵⁴ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 153.

⁵⁵ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición, Medellín: Editorial Leyer, 2000, p. 368.

⁵⁶ HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, p. 196.

función o en el lapso de dos años posteriores al cese de su desempeño»⁵⁷.

El elemento normativo “en razón del cargo” o “abusando del cargo” se encuentra descrito en varios tipos penales del título XVIII de los delitos contra la Administración Pública, específicamente en el capítulo destinado a los delitos cometidos por funcionarios públicos. Así el delito de concusión⁵⁸ y el delito de cobro indebido⁵⁹, hacen referencia a que la conducta típica se configura cuando el funcionario público “abusa de su cargo”, este elemento es compartido por el delito de enriquecimiento ilícito. Por el contrario, en otros delitos el legislador ha establecido el elemento normativo “en razón de su cargo” así el delito de colusión⁶⁰ y negociación incompatible⁶¹, mantienen en su descripción normativa esta fórmula legislativa.

Al respecto CASTILLO ALVA, al analizar la expresión “en razón del cargo” en el delito de negociación incompatible, señala que « [...] la referencia “*por razón del cargo*” por supuesto que comprende a los casos del mal uso de las competencias y atribuciones legales o reglamentarias en la intervención de un proceso concreto de participación estatal. Sin embargo, su ventaja principal es que va más allá del campo estrictamente formal, hasta abarcar los casos en

⁵⁷ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 438.

⁵⁸ Artículo 382 del Código Penal que establece: «El funcionario o servidor público que, **abusando de su cargo**, obliga o induce a una persona a dar o prometer indebidamente, para sí o para otro, un bien o un beneficio patrimonial [...]»

⁵⁹ Artículo 383 del Código Penal que establece: «El funcionario o servidor público que, **abusando de su cargo**, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal [...]»

⁶⁰ Artículo 384 del Código Penal que establece: «El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, **por razón de su cargo**, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concertada con los interesados para defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley [...]»

⁶¹ Artículo 399 del Código Penal que establece: «El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene **por razón de su cargo** [...]»

que el funcionario, sin ostentar facultad o competencia para participar en el contrato u operación, por el cargo o empleo que detenta puede influir de manera directa y decisiva en el contrato estatal. El criterio decisivo no es formal, legalista o reglamentario. Se trata más bien de tomar en cuenta un criterio material que, partiendo del respecto a la letra de la ley, permita comprobar si determinado funcionario está utilizando o manipulando su cargo para interesarse, dirigir u orientar determinado proceso de contratación estatal justamente valiéndose del poder (fáctico o jurídico) que le da ocupar determinado puesto en cierto sector de la Administración Pública»⁶². Por otro lado respecto del delito de colusión desleal, GARCÍA CAVERO refiere que « [e]l delito de colusión desleal es un delito especial propio que exige, como requisito típico para poder ser autor del delito, tener la calidad de funcionario o servidor público. Esta exigencia típica no debe quedar, sin embargo, en una simple verificación puramente formal del estatus de funcionario o servidor público, pues el propio tipo penal indica expresamente que dicho funcionario o servidor público debe haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de una comisión especial. Con esta delimitación típica se le impone al intérprete la obligación de establecer en el caso concreto la vinculación del autor del delito de colusión desleal con el ámbito de actuación funcional delimitado en este tipo penal».⁶³

La Corte Suprema de la República del Perú, al respecto ha señalado que « [...] de un análisis histórico del tipo penal del artículo 401°, se determinó que la locución “abusando del cargo” era el equivalente a “por razón del cargo”. Es decir, que hacen referencia al vínculo funcional que debe estar presente al momento en que acontece el enriquecimiento ilícito. 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

⁶² CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de negociación incompatible*, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 98.

⁶³ GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA José Luis, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 32.

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»⁶⁴.

Como primera acotación se debe indicar que las expresiones “abusando del cargo” y “en razón del cargo”, de ninguna forma pueden ser interpretadas como símiles ni con un mismo contenido normativo, en la primera expresión lo que habría querido disponer el legislador es la intervención abusiva del funcionario o servidor público, quien hace prevalecer la majestad que le da la función pública, ya sea respecto de particulares o respecto de otros funcionario, para realizar la conducta típica (en la concusión, el funcionario “abusa de su cargo” para requerir un beneficio patrimonial). Mientras que la segunda expresión, hace referencia a que el funcionario usa el cargo que tiene para intervenir en asuntos de la administración (contrato estatal), utilizando el conocimiento que le da el cargo de la cosa pública, para beneficiarse a sí mismo o a terceros (en la colusión).

La expresión “abusando de su cargo” a criterio nuestro importa no solo el aspecto formal de vinculación del agente con la Administración Pública, sino que va más allá y se convierte en un límite temporal de la realización del delito de enriquecimiento ilícito, que encuentra un hito en el ejercicio del cargo y puede realizarse antes o después de asumidas las funciones. De esto, un primer nivel de análisis será determinar si el agente tiene la condición de funcionario o servidor público, ya que el incremento patrimonial tiene que estar vinculado a la función pública; no obstante, lo que implica esta expresión es que el enriquecimiento este directamente vinculado con el ejercicio del cargo. Es decir,

⁶⁴ Sentencia de Casación emitida en el expediente número 782-2015- Del Santa, del 06 de julio de 2016, fundamentos 5 y 6.

por tener el cargo que tiene el funcionario tiene la posibilidad de incrementar ilícitamente su patrimonio. El considerar esta expresión como un límite temporal posibilita que no se quede en la impunidad conductas que se produzcan antes de asumido el cargo, ni después de cesar en las funciones; con lo que el enriquecimiento patrimonial puede efectuarse antes, durante y después del ejercicio cargo. El enriquecimiento anterior al cargo (v. g. un alcalde o un congresista electo) cuando indefectiblemente se tenga la certeza de que asumirá el cargo, es en razón de dicho cargo que su patrimonio se puede incrementar ilícitamente o sus deudas disminuir; siendo ello así, la expresión en análisis lo que delimita es un parámetro temporal, ya que el funcionario lo es desde el momento que asume el cargo, pero nada impide que antes de asumir el cargo ya ejerza un poder de facto, incluso se acuerde cometer actos de corrupción anteriores a la asunción del cargo, con la entrega de dádivas que tendrán su retribución una vez que el funcionario asuma el mismo. Un ejemplo claro de esta conducta serían los aportes en campaña, que pueden o no ser declarados por el partido, pero que pueden beneficiar económicamente al candidato, permitiéndole incrementar ilícitamente su patrimonio con miras en un futuro gobierno.

En similar sentido CARO CORIA refiere que « [...] debe admitirse la relevancia penal del enriquecimiento anterior al ejercicio del cargo, el artículo 401 del CP peruano se refiere en general al funcionario que “por razón del cargo”, lo que denota una neutralidad temporal en cuanto al incremento patrimonial. No se recurre pues a expresiones como “durante el tiempo de su encargo” del art. 353 del Anteproyecto del CP de Sinaloa, “posterior a la asunción de un cargo” del art. 268 del CP argentino o el art. 346. 4 del CP costarricense, o “desde la fecha en que se ha tomado posesión del cargo hasta aquella en que haya cesado en sus funciones” del art. 477 del CP de Puerto Rico. En esa medida, la norma nacional no erige una conexión causal-temporal entre el momento del enriquecimiento y el ejercicio del cargo, sino un nexo de imputación jurídico-penal, el incremento debe ser

objetivamente atribuible al ejercicio del cargo»⁶⁵. En igual sentido, opina por el enriquecimiento posterior al cargo haciendo ver que debe adoptarse una posición única respecto a excluir la realización del delito antes y después del cargo, o por el contrario, asumir que es posible su realización; así refiere que «[o] se asume una simple regla causal según la cual el ilícito ejercicio del cargo determina el enriquecimiento del funcionario, o se recurre más bien a criterios de imputación objetiva en donde la causalidad deviene en irrelevante, pudiendo admitirse que el incremento patrimonial (resultado) opere antes o después que el propio ejercicio del cargo (acción). Aquí no se llega a sostener la admisión de enriquecimiento anteriores a la propia existencia de la función pública, por ello el problema central para admitir la relevancia de los casos de incrementos posteriores al cese del cargo, se cifra en aceptar que el resultado de enriquecimiento, y en consecuencia la consumación pueda alcanzarse en un momento en que el objeto de la acción (la función pública), a pesar de haber estado presente cuando se ejerció ilícitamente el cargo, ha desaparecido»⁶⁶.

b. El resultado típico: el incremento patrimonial

En este punto, nos limitaremos a establecer que se entiende por incremento patrimonial. El hecho o expresión objetiva de la acción típica “se enriquece”, está determinada por la acción y efecto de incorporar los bienes, derechos o activos materia del enriquecimiento, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como persona interpuesta, o de extinguir o disminuir los pasivos (cargas, gravámenes, deudas, etc.), que integran el patrimonio. Asimismo, puede consistir en una omisión consciente y voluntaria a través de la cual se permite que un tercero incorpore al patrimonio del agente del delito un bien o activo, o que extinga o disminuya su pasivo patrimonial⁶⁷.

⁶⁵ CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 214.

⁶⁶ CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 214.

⁶⁷ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, pp. 123-124.

El enriquecimiento ilícito, tiene como fuentes generadoras una diversidad de actos, prestaciones y comportamiento que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales que regulan las interacciones humanas y los ámbitos pautados de competencias funcionales. Puede enriquecerse ilícitamente tanto el particular que cause lesión o menoscabo al patrimonio de otro, mediante diversidad de figuras de incumplimiento de obligaciones y contratos (modalidad de enriquecimiento indebido previsto en el Código Civil, en los arts. 1954 y 1955), como el que poseyendo cargo o empleo público se vale del mismo para incrementar su patrimonio. Obviamente que estamos así frente a dos vías, jurídicamente estimadas, desvaloradas de enriquecimiento, la primera de naturaleza civil y la segunda de contenido penal⁶⁸.

Así, « [e]l enriquecimiento en pequeña, mediana o gran entidad supuesto por el incremento del patrimonio del sujeto público, puede ser súbito o paulatino, en un solo acto o progresivamente, por acumulación o atesoramiento, de forma directa a través de actos propios del funcionario o servidor público o por medio de actos sufragados por terceras personas que pasan a incrementar el patrimonio del sujeto público. Este tipo de enriquecimiento siempre significará una ostensible y marcada asimetría entre lo que se tuvo y lo que se tiene, o entre lo que debía en términos contables y lo que se tiene. Patrimonio económico es todo lo que puede traducirse o convertirse a dinero (bienes muebles e inmuebles, dinero, derechos patrimoniales, acciones y participaciones, capital fijo y circulante, créditos, títulos valores, etc.)»⁶⁹. A efectos de cuantificar lo que importa el incremento patrimonial del funcionario o servidor público, ROJAS VARGAS considera que pueden adoptarse varios enfoques: a) una tesis económica que dará énfasis al monto patrimonial significativo (en sentido positivo de acrecentamiento o negativo de disminución de pasivos) con base a parámetros móviles de conformidad al rango y

⁶⁸ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 847.

⁶⁹ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 843.

remuneración del funcionario; b) una tesis normativa que destacará el desbalance patrimonial del incremento; y, c) una tesis mixta que partiendo de situaciones de desbalance lo cual sólo conferirá relevancia penal si el resultado es significativo⁷⁰.

En ese sentido, HUGO ÁLVAREZ considera que « [...] el problema surge al precisar cuándo se ha dado el incremento del patrimonio notoriamente superior. Para tal propósito se tienen dos referencias: a) la expresión “durante el ejercicio de sus funciones” utilizada por el legislador en la configuración del tipo que no conlleva mayores esfuerzos de interpretación y, b) recurrir inevitablemente a la cuantía para establecer si el incremento de su patrimonio durante el ejercicio y 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».⁷¹ De lo señalado se deduce que el incremento patrimonial tiene que tener la categoría de “ilícito” por disposición de la ley y esto en virtud que « [...] al momento de ser evaluado resultará aumentado con relación a un momento anterior y cuya magnitud fáctica evidencie el crecimiento que la ley castiga en caso de no ser justificado. Lo que la ley reprocha es un apreciable aumento patrimonial. Y esto obliga al juzgador a adentrarse en el mundo de las proporciones. Y a correlacionar esa apreciabilidad con la idea de riqueza»⁷².

c. Justificación del incremento patrimonial

Este punto resulta de vital importancia para comprender en su conjunto el delito bajo análisis. Como se ha indicado anteriormente fue en la doctrina argentina en donde más cuestionamientos ha tenido el delito de enriquecimiento

⁷⁰ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 845.

⁷¹ HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, p. 196.

⁷² INCHAUSTI, Miguel A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios- El art. 268.2 del Cód. Penal –Leyes 16.648 y 25.188*, p. 53.

ilícito de funcionarios públicos. Así SANCINETTI considera que al legislar tipos penales como éste se genera en cierta medida la prohibición de aumentar el patrimonio salvo causas justificadas. No obstante «el aumento patrimonial por excesivo que sea, no es un hecho que dé fundamento a un juicio de ilícito; y que esto no cambia por el hecho de que el titular del patrimonio sea “funcionario público”. Lo contrario implicaría representarse una norma prohibitiva dirigida al funcionario que –bajo la reserva de una permisión– operase más o menos de este modo: te prohíbo que aumentes tu patrimonio de modo apreciable (norma prohibitiva), salvo que sea por una causa legítima (causa de justificación). Ciertamente el Estado tiene derecho a imponer la declaración de bienes de quienes ingresan en la función pública, y requerir una información periódica de las fluctuaciones del acervo; pero no el de partir de la base de que el funcionario, en principio, tiene prohibido aumentar su patrimonio, y sólo permitido hacerlo en casos de excepción, que él debe acreditar»⁷³. Más aún cuando el incremento del patrimonio al que se refiere el tipo puede que no se llegue a determinar plenamente su fuente u origen, porque «el aumento del patrimonio puede producirse sin conducta del titular (derecho penal de acto) o provenir de una serie inacabada de comportamientos que quedarían sin identificar (principio de legalidad). Si el acto llegase a ser identificado “en concreto” ello sería posible sólo gracias a la colaboración coactiva del imputado (*nemo tenetur se ipsum prodere*)»⁷⁴.

ABANTO VÁSQUEZ, al pronunciarse sobre la discusión de cuál debería ser considerada la “conducta típica”, refiere que «para algunos, ella radicaría en el “enriquecimiento” del funcionario; para otros, se trataría más bien de la “no-justificación” del enriquecimiento. En efecto, esta última tesis parece ser la correcta, pues el “enriquecimiento” por sí mismo no es ninguna acción reprochable y la “ilicitud” de éste recién proviene de la falta de demostración de sus

⁷³ SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268.2, CP*, p. 77.

⁷⁴ SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público – art. 268.2, CP*, p. 79.

orígenes legítimos. Y esta situación no cambia por el hecho de que el tipo penal no exija expresamente demostrar la licitud del “origen” de los bienes que generan el incremento patrimonial del funcionario público, pues en su naturaleza reside precisamente la necesidad de demostrar esto para desvirtuar la sospecha de “ilicitud” del enriquecimiento verificado»⁷⁵. En igual sentido, MOLINA ARRUBLA señala que «[e]se incremento patrimonial, además de guardar relación con el cargo o las funciones del servidor público, debe conjugar la calidad de injustificado, pues que, en verdad, lo que está sancionando la norma no es el hecho de que los servidores públicos obtengan incrementos patrimoniales, como no podría hacerse ello dentro de un sistema pseudo-capitalista como el nuestro (que parte, precisamente, de la base de que las personas tienden a la acumulación de capital, y, consecuentemente, a la estructuración de un patrimonio cada vez mayor), sino que tales incrementos aparezcan como injustificados»⁷⁶.

En sentido contrario ALDANA ROZO, al comentar la conducta típica en la legislación colombiana, refiere que « [...] es indispensable que el incremento carezca de explicación justificativa; sin embargo, es posible que dicha conducta típica pueda estar justificada en la medida en que concurra una causa de exclusión de la antijuricidad. Conviene reiterar que en nuestra legislación, a diferencia de lo que ocurre en Argentina, la conducta típica consiste en obtener incremento patrimonial no justificado y no en omitir la justificación del enriquecimiento. Podría pensarse que sustancialmente hay identidad entre las dos conductas, pues tanto da enriquecerse y no justificar como no justificar el enriquecimiento; empero, en el aspecto jurídico hay diferencias no solo en el elemento descriptivo de la conducta sino en las consecuencias que se derivan de una u otra redacción en el plano del momento consumativo, de la prescripción, de la coparticipación y aun en el tratamiento

⁷⁵ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*, pp. 480-481.

⁷⁶ MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 369.

que puede darse en cada caso a las causales de justificación e inculpabilidad»⁷⁷. Continúa señalando « [...] luego de probado el “enriquecimiento” no explicable por las investigaciones de la autoridad, el acusado tiene que demostrar que éste provenía de fuentes lícitas. Recién entonces podrá hablarse de un injusto penal; es por ello que para la determinación de la ilicitud del enriquecimiento se produce una inversión de la carga de la prueba. La justificación no puede ser entonces una “condición objetiva de punibilidad”. En realidad, el trasfondo de este tipo penal es una “presunción *juris tantum*” sobre la comisión de infracciones funcionales que han llevado al funcionario a enriquecerse a costa del cargo que ostenta; aquí la licitud debe ser probada por quien la invoque, es decir, en este caso, por el funcionario a quien se le imputa el enriquecimiento ilícito. Aunque se diga que solamente existiría la imposición de un “deber” y que lo que se sancionaría sería su “incumplimiento”, esto no deja de constituir una ficción, pues el delito no puede ser un incumplimiento de un deber formal»⁷⁸.

El enriquecimiento *per se* no es un hecho que pueda ser sometido a un juicio penal, y esto en virtud de que cada quien es libre de determinar sus actividades económicas. No obstante, ello tiene un límite el cual viene dado por la licitud o legitimidad de las actividades que originen el enriquecimiento, ya sea una ilicitud civil (v.g. el enriquecimiento sin causa, que origina en el enriquecido la obligación de devolver o indemnizar al empobrecido) o una ilicitud penal (v.g. la apropiación ilícita, que origina réditos en el agente que ve incrementado su patrimonio a costa de otro sujeto). En ese contexto, para que el incremento del patrimonio pueda llegar a ser objeto de un enjuiciamiento penal, el enriquecimiento debe ser ilícito, ya sea por la comisión de otros delitos (que por la naturaleza de delito

⁷⁷ ALDANA ROZO, Luis Enrique, «El delito de enriquecimiento ilícito», VIII jornadas internacionales de Derecho Penal, Bogotá, 1986, [citado por GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 438].

⁷⁸ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 482.

subsidiario que tiene el enriquecimiento ilícito deberían ser únicamente delitos contra la Administración Pública y que no han podido ser probados) o incluso por la comisión de infracciones civiles o administrativas en la que haya participado el funcionario público en razón de su cargo y hayan generado un rédito económico en su beneficio⁷⁹. Esto se deduce de la disposición normativa contenida en el artículo 401° del Código Penal ya que será considerado incremento ilícito, todo aquel que no se encuentre justificado en base a los ingresos legítimos que tenga el funcionario (remuneración, dietas, estipendios o cualesquier otro ingreso legítimo como el ejercicio de la docencia universitaria) en contraste con su declaración de bienes y rentas.

En esta línea de ideas, siguiendo la posición de ABANTO VÁSQUEZ –respecto a cuál sería la conducta típica– consideramos que la misma no estaría constituida por el incremento patrimonial o el enriquecimiento (como una hecho determinable), sino más bien que la conducta típica se configuraría cuando el incremento del patrimonio del funcionario se convierte en ilícito, este momento, es decir cuando el funcionario al ser increpado por el desbalance patrimonial que ostenta y que no se condice con su declaración jurada de bienes y rentas, **no pueda justificar** la licitud del incremento patrimonial. Interpretar de esta forma el tipo penal garantiza incluir todos los elementos que el legislador ha considerado, los descriptivos y normativos y además permite fijar un comportamiento inicial que pueda ser imputado como una acción reprochable.

Al ser el delito de enriquecimiento ilícito un delito especial de infracción de un deber y conforme al bien jurídico antes determinado, lo que se exige al funcionario como

⁷⁹ Sobre este punto no existe consenso en la doctrina, en ese sentido señala GÁLVEZ VILLEGAS que «en torno a esto, en la doctrina nacional es unánime el criterio respecto a que el enriquecimiento debe provenir de un acto ilícito, es decir contrario al ordenamiento jurídico; sin embargo no se ha precisado con unanimidad si deben considerarse, los actos ilícitos de relevancia civil y administrativa, o únicamente los de relevancia penal». En GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, p. 138.

“deber institucional” es mantener la transparencia en las fuentes de sus ingresos. En ese sentido, el funcionario no es que tenga prohibido enriquecerse, incrementar su patrimonio o disminuir su pasivo, lo que prohíbe la norma es que el funcionario no justifique ante la Administración Pública las fuentes que originaron este enriquecimiento que se reputará ilícito de no condecirse con sus ingresos legítimos y sus declaraciones anuales de bienes y rentas. La declaración jurada de bienes y rentas, importa un elemento descriptivo del tipo, que es un referente objetivo del patrimonio del funcionario público, quien se encuentra en el imperativo de declarar mientras se encuentre en ejercicio de la función⁸⁰ todo lo que ingrese o egrese del mismo al inicio del cargo, durante el ejercicio con periodicidad anual y al finalizar el cargo. Esto permitirá que la Administración tenga un registro de lo que el funcionario tiene como patrimonio (ingresos, bienes, rentas y pasivos) siendo que cuando se perciba una fluctuación indebida, esta podrá requerir al funcionario, para que justifique el patrimonio no declarado y el incremento declarado que no se condice con sus ingresos. Ante este requerimiento, si el funcionario no puede justificar la licitud de su incremento patrimonial se podría imputar el delito de enriquecimiento ilícito; siendo en el proceso penal, donde ya se dilucidará la responsabilidad penal que pueda tener el funcionario, tomando como hecho imputable, el no haber podido justificar ante la Administración la fuente lícita de sus ingresos durante el ejercicio de la función pública.

Asumiendo esta postura, se podrá imputar responsabilidad penal cuando el incremento patrimonial se haya producido antes de asumido el cargo, ya que con la juramentación se generará en el funcionario la obligación de declarar sus ingreso, bienes y rentas. Si este omite declarar patrimonio y al ser requerido no justificase la procedencia de sus fuentes de ingreso, se configurará el delito. Así, incremento puede no ser determinable, pero el elemento

⁸⁰ El artículo 4 de la ley N.º 27482 establece que «La Declaración Jurada de Ingresos y de Bienes y Rentas deberá ser presentada al inicio, durante el ejercicio con una periodicidad anual y al término de la gestión o el cargo a la Dirección General de Administración o la dependencia que haga sus veces».

declaración de bienes y rentas importa un deber en el funcionario que está directamente vinculado al objeto del delito. Al generarse el deber (con la juramentación e inicio de labores) la conducta omisiva de no declarar y posterior de no justificar la licitud de este patrimonio se reputará como un incremento obtenido abusando del cargo. En caso que el incremento sea detectado con posterioridad al cese de la función, se tomará como referente la última declaración jurada que haya hecho y solo se le podría requerir se justifiquen fuentes de ingreso hasta el momento en el que estuvo en la función. Si el incremento es posterior al cese consideramos que no podrá imputarse el delito ya que no existirá la obligación de declarar y tampoco la posibilidad de que sea requerido por la administración, en este caso la conducta podría tipificar otros delitos mas no el de enriquecimiento ilícito (v.g. lavado de activos).

Señala ROJAS VARGAS, que con la vigencia del Código Penal de 1991, se prefirió omitir la mención a la no justificación por considerarse ello una inversión de la carga de la prueba, así como se optó por no hacer alusión al tiempo, límite de comisión del delito (más allá de la vigencia del cargo)⁸¹. No obstante, si bien no se hace referencia literalmente a la obligación de declarar las fuentes de ingreso, el tipo penal contiene elementos normativos como “ingresos legítimos”, “en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas”, “notoriamente superior al que normalmente haya podido tener”; estos elementos nos permiten afirmar que la intención del legislador es punir las conductas en las que el funcionario, subordinado a la Administración, tiene ingresos notoriamente superiores a su capacidad económica, que no puede declarar como lícitos, ni tampoco justificar sus reales fuentes de ingresos. Esto no amerita una inversión de la carga de la prueba, ya que el requerimiento es previo al Proceso penal. La obligación de justificar sus fuentes del ingreso, es un imperativo que nace de la función pública a la cual el funcionario se somete al ingresar. Por tanto, quien no se sienta capaz de soportar la carga de ser funcionario y las

⁸¹ ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 841.

obligaciones que del cargo nacen, debe declinar de la función.

d. Momento consumativo del enriquecimiento ilícito

Sobre el momento de la consumación del delito, ABANTO VÁSQUEZ considera que «el enriquecimiento ilícito deberá producirse precisamente durante el ejercicio del cargo de funcionario. Es dudoso que el tipo penal exija siempre que el “incremento patrimonial” se efectuó siempre después de la asunción del cargo por el funcionario. Si esto fuera así, no se abarcaría penalmente el enriquecimiento ocurrido antes de la asunción del cargo o después de haber terminado el ejercicio, pese a que estuvo motivado en el ejercicio funcional. En el primer supuesto no parece ser obligatoria la interpretación restrictiva, pues el tipo legal se refiere a un enriquecimiento del funcionario “por razón de su cargo” y ello también existe cuando el incremento patrimonial se verificó en un momento anterior a la asunción del cargo, pero precisamente motivado en éste y con una proyección a un momento en que el sujeto va a ejercerlo. Luego, no quedará impune quien, antes de asumir su cargo, reciba “beneficios patrimoniales” de particulares que tienen la expectativa de obtener alguna “contraprestación” durante el ejercicio funcional de aquél. Pero el tipo penal no parece abarcar los casos de “enriquecimiento” que tienen lugar en un momento posterior, cuando el enriquecido ya no ejerce funciones públicas, pues aquí esta persona ni es ya funcionario público, ni los actos pueden ser reputados como que han tenido lugar durante el ejercicio de las funciones»⁸².

Para nosotros el momento consumativo del delito, será cuando el funcionario requerido para justificar sus fuentes de ingresos ante la Administración, no justifica el desbalance patrimonial que haya sido advertido; siendo que será en este momento, que el incremento patrimonial se reputará como ilícito para efectos penales. Ello originará que el

⁸² ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, pp. 477-478.

requerimiento por parte de la Administración sea una cuestión previa, un procedimiento administrativo de justificación de fuentes de ingresos de los funcionarios públicos, que al no realizarse satisfactoriamente se acudirá a la vía penal a determinar si existe o no responsabilidad penal en el funcionario. Siendo que con ello se configurará la infracción del deber que le atañe al mismo.

5. Imputación subjetiva

Para el análisis del tipo subjetivo del delito de enriquecimiento ilícito debemos partir por señalar que entendemos por dolo, GARCÍA CAVERO señala respecto a la configuración del dolo, que este « [...] adquiere unos contornos normativos muy distintos si se centra en la norma de sanción, es decir, en la función que el Derecho Penal cumple con la imposición de la sanción penal. Desde esta perspectiva, la necesidad de reestabilización resulta mayor en los casos en los que el cumplimiento del deber de evitación de la defraudación de una norma resulta más patente, lo que permite concluir que la actuación subjetiva más grave es aquella en la que existe pleno conocimiento de la infracción de la norma. En este orden de ideas, el dolo estará conformado por la imputación del conocimiento necesario para que el autor reconozca suficientemente que su actuación producirá consecuencias que cuestionan la vigencia de expectativas sociales elementales, de manera que, si quiere mantenerse fiel al Derecho, tendría que desistir de emprender dicha actuación o interrumpir el suceso riesgoso»⁸³. En esa línea de ideas, la comprensión normativa del dolo «parte de la afirmación de que el conocimiento del autor no se constata, ni se verifica, sino que se imputa. Dicho conocimiento adquiere así una configuración distinta, en la medida que deja de ser un fenómeno psicológico ocurrido en la cabeza del autor durante la realización del delito y pasa a convertirse en una imputación de conocimiento con base a criterios normativos. Estos criterios normativos no dependen de indicadores externos al Derecho Penal, sino que se configuran desde una perspectiva propiamente penal. En este sentido, si el delito se define como la

⁸³ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, segunda edición, Lima: Jurista Editores, 2012, pp. 489-490.

infracción de un rol atribuido a la persona del autor, resulta lógico que los criterios de imputación del conocimiento se asienten en la idea del rol y la persona del autor. No obstante, la sola existencia de estas competencias de conocimiento no basta para afirmar un conocimiento fundamentador del dolo. Para ello es necesario además que el autor haya podido alcanzar esos conocimientos en sus circunstancias personales, pues de otra manera la imputación penal no estará personalizada»⁸⁴.

CARO CORIA refiere « [...] la necesaria concordancia entre el art. 401 y el art. 12 pf. 1 del CP conduce a la conclusión que el enriquecimiento ilícito es un delito doloso. Se ha postulado la exclusión de los supuestos de dolo eventual, “el sujeto debe saber que se está enriqueciendo”, pudiendo admitirse sólo el dolo directo. Pero el conocimiento eventual de los elementos de la tipicidad objetiva no sólo puede referirse al resultado de enriquecimiento sino también a los componentes del comportamiento prohibido. Así, el sujeto puede tener un conocimiento probable, no actual pero actualizable, en torno a la vigencia del nexo funcional entre su conducta de enriquecimiento y el ejercicio del cargo y en tales casos no parece existir argumento para bloquear la responsabilidad por dolo eventual»⁸⁵. En el mismo sentido, NÚÑEZ señala que el delito es doloso, no siendo admisible la tentativa⁸⁶.

Evidentemente compartimos la idea de CARO CORIA con referencia a que el delito de enriquecimiento ilícito es doloso. No obstante, considero que la única forma de dolo que puede presentarse es el dolo directo. Para arribar a esta conclusión, debemos partir por indicar que el funcionario público tiene un rol especial en la configuración de una sociedad ya que está sometido a la Administración Pública y a la finalidad de esta, la cual consiste en arribar al bien común. Este objetivo estará orientado a cumplirse cuando el funcionario público canalice todos sus esfuerzos en pro del interés general. El Funcionario es un sujeto cualificado que por sus especiales capacidades y destrezas ha sido elegido (ya sea por elección popular o por designación) para formar parte de la

⁸⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 494.

⁸⁵ CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, p. 221.

⁸⁶ NÚÑEZ Ricardo C., *Manual de Derecho Penal-parte especial*, p. 597.

Administración Pública; este especial rol importa que en el sector que se desarrolle tendrá pleno conocimiento de sus competencias institucionales para con la Administración Pública. Si su función es la de custodiar el patrimonio estatal tendrá pleno conocimiento que su actuación fiel al derecho repercutirá en bien de la institución. Por el contrario, se le podrá imputar que al ser infiel al Derecho y a su deber, su conducta de mala administración de los fondos estatales en beneficio propio o de un tercero le será reprochable. La posición social del funcionario permite imputarle a título de dolo cualquier defraudación en la que incurra respecto de sus competencias institucionales.

En ese sentido, el funcionario público conoce que existe una norma que prohíbe que su patrimonio aumente o su pasivo disminuya considerablemente en desproporción con sus ingresos legítimos en ejercicio del cargo y que puede ser requerido por la Administración para justificar sus fuentes de ingresos. Si el funcionario realiza acciones tendientes a incrementar su patrimonio o disminuir su pasivo ilícitamente y no tiene una justificación lícita de tal incremento, podrá imputársele a título doloso el delito de enriquecimiento ilícito.

6. Subsidiaridad del delito

Con referencia a la subsidiaridad del delito NAGASAKI SERVIGON sostiene que de revisar « [...] los criterios de diversos penalistas sobre este punto, ante la perjudicial impresión social que generaba un apreciable patrimonio sin justificación –al no poder probar el delito que permitió esta acumulación– se optó por el recurso de crear la figura delictiva del enriquecimiento ilícito, que se utilizaría precisamente en los casos en que no se acreditase la actividad criminal que llevó a cabo el funcionario público para la obtención del patrimonio sin justificación legal».⁸⁷ HUGO ÁLVAREZ sostiene que la subsidiaridad del tipo opera « [...] para impedir, precisamente, que por falta de pruebas o demostración de los hechos, quede impune una conducta que no se sabe que es, pero

⁸⁷ NAKASAKI SERVIGON, César Augusto, *Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria*, en *Ius et praxis*, N.º 33, enero-diciembre, Lima, 2002, p. 192.

que conlleva como expresión práctica un aumento patrimonial del agente derivado directa o indirectamente del ejercicio del cargo y razonablemente no lo justifique»⁸⁸.

En opinión de ABANTO VÁSQUEZ « [...] si se dice que el tipo penal de “enriquecimiento ilícito” tiene “carácter de subsidiario” (cedería ante otros delitos contra la administración pública), es lógicamente innecesario demostrar en concreto el origen ilícito (punible o no) del enriquecimiento. Decir que solamente sería aplicable cuando se tratase de incrementos patrimoniales provenientes de un “cohecho” o cualquier otro delito contra la Administración Pública, estaría presuponiendo que estos delitos se encuentran probados y, por lo tanto, no tendría que aplicarse la figura de “enriquecimiento ilícito” (por ser un tipo subsidiario), sino las otras figuras. Lo único que realmente interesa, lo que es inmanente a la naturaleza del tipo penal de “enriquecimiento ilícito” (criticable, además, por eso) es que sea el sujeto activo el que no pueda probar el origen “lícito” del incremento. Aun cuando el sujeto admitiera de manera general que el incremento patrimonial proviene de delitos, si su confesión no estuviera unida a otros medios de prueba, no bastaría tampoco para probar los delitos que menciona; pero en este caso, aunque no se pueda abrir proceso por estos delitos concretos, no dejará de aplicarse la figura de “enriquecimiento ilícito”, pues no ha dado una justificación razonable de su incremento patrimonial»⁸⁹. En el mismo sentido la Corte Suprema de Colombia considera que « [...] si la prueba permite deducir con certeza que el incremento patrimonial fue el producto de un peculado, de un cohecho, etc., pues obviamente el empleado oficial se le condenará por el peculado, o por el cohecho o por el delito contra la Administración Pública que con precisión se hubiere establecido. Esta subsidiariedad del tipo, como ya se anotó, es la que no permite que la prueba del nexo entre el enriquecimiento no justificado y el cargo público o las funciones propias de éste sea una prueba directa, porque entonces se

⁸⁸ HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, p. 217. En el mismo sentido PÉREZ LÓPEZ, Jorge A., «El enriquecimiento Ilícito», en NAKAZAKI SERVIGON, Cesar y Otros, *Delitos contrala Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2016, p. 453.

⁸⁹ ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, p. 484.

estructuraría no en el tipo subsidiario del enriquecimiento ilícito, sino cualquiera otro de los tipos principales (peculado, cohecho, concusión, etc.). La prueba, es pues, en relación con este aspecto, siempre será de carácter indiciario o circunstancial»⁹⁰.

Así al analizar la subsidiaridad del delito y el posible problema concursal GÓMEZ MÉNDEZ analizando la posición de CANCINO Y TOSCANO refiere que la gradualidad o progresividad del fenómeno adquiere trascendencia en el delito de enriquecimiento ilícito del funcionario, la prueba del nexo causal aplicación del fenómeno concursal. Cuando el funcionario se ha enriquecido como producto de la pluralidad de comportamientos, no es dable predicar el concurso homogéneo de delitos, pues la naturaleza misma de la figura lo impide. Es verdad, el aumento patrimonial no necesariamente debe ser fruto de esa habitualidad en el comportamiento deshonesto, como que el delito se estructurará cuando se produzca el ilícito enriquecimiento, con independencia del número de hechos que lo originaron, pero cuando así ha ocurrido, que es lo normal dentro de esta actividad delictuosa, no perderá la figura su unidad. Podría decirse que la solución no es justa o equilibrada, pero no debemos olvidar, por una parte, que este delito nace a la vida jurídica siempre que no constituya otro delito y, por la otra, que si el juez descompone el enriquecimiento en sus diversos momentos (cuestión que de por sí plantearía un problema probatorio), puede acontecer que cada conducta individualmente vista pierda su capacidad de tenerse como susceptible de enriquecer un patrimonio. Pero, por encima de estas consideraciones, la estructura dogmática de la figura así impone la interpretación⁹¹.

Independientemente de las consideraciones doctrinarias y jurisprudenciales respecto de la subsidiaridad del delito, en el tipo penal en análisis lo que se sanciona es una infracción de un deber distinto a los demás delitos contra la Administración Pública en

⁹⁰ Corte Suprema de Justicia de la Republica de Colombia, Sala de Casación Penal. 21 de noviembre de 1990. M.P. Guillermo Duque Ruiz. [Citado por GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, pp. 444-446].

⁹¹ GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso y GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, p. 449

general y a los de corrupción de funcionarios. No obstante, se ha considerado pacíficamente como un tipo penal subsidiario por una cuestión netamente probatoria, la que importa que ante la insuficiencia de pruebas que corroboren una imputación por delitos de corrupción al verificar el patrimonio del agente, es presumible que se haya enriquecido con el ejercicio de su cargo y surge el enriquecimiento ilícito. Conforme a lo antes indicado considero que lejos de las cuestiones probatorias el tipo penal mantiene su autonomía, como un delito especial, que si bien tiene la connotación de un delito de corrupción, estaría vinculado más a una obligación del funcionario con la Administración ya que el dinero que incrementa el patrimonio puede tener muchas fuentes generadoras y no necesariamente estatales; siendo que es una de las posibilidades, que el incremento sustancial del patrimonio sea producto de delitos contra la Administración Pública, que de ser imputados confluirían en un concurso real, al ser los bienes jurídicos distintos, los deberes defraudados distintos y poderse imputar ambos delitos sin problema alguno.

CAPITULO SEGUNDO

INTERVENCIÓN DELICTIVA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

El análisis de la participación en los delitos especiales resulta siempre una tarea complicada de abordar y desarrollar. Ello al no existir consenso respecto de la respuesta punitiva que debe darse a la conducta de un partícipe *extraneus* que realiza un aporte al hecho final que configura un delito especial. Pese a esta problemática se han realizado esfuerzos dirigidos a justificar el castigo del *extraneus*, bajo el mismo marco punitivo que el autor del delito (aplicando la teoría de la unidad del título de imputación). También ha sido considerada la posibilidad de que el castigo sea posible siempre que exista un tipo penal común que tipifique la defraudación de expectativas, en las que habría incurrido el partícipe (aplicando la teoría de la ruptura del título de imputación). Ambas posiciones se basan en la clásica distinción de los delitos especiales en propios e impropios, con la cual se distinguen aquellas conductas que tienen un correspondiente delito común, frente a las que son especiales en sentido estricto. La posición que aquí analizaremos, parte por dejar de lado esta distinción de delitos especiales en propios e impropios, ya que el parámetro que permite la clasificación no sería la existencia de un delito común frente al delito especial, sino que es la naturaleza de estos la que determinará su clasificación, en razón de la existencia de competencias por organización (dominio del hecho) o competencias institucionales (delitos de infracción de deber en sentido estricto) que confluyen en cada delito especial.

I. Fundamento del castigo del partícipe

En la doctrina se han esbozado diferentes justificaciones respecto de la viabilidad del fundamento del castigo⁹² del partícipe por el delito de otro. Entre ellas se encuentra la teoría de la corrupción en la que se postula que « [e]l partícipe no origina, ciertamente, el hecho, pero sí al autor culpable»⁹³; no obstante, esta teoría ha sido abandonada en Alemania cuando legalmente se consideró que, para el castigo del partícipe solo bastaba que el autor realice un hecho antijurídico⁹⁴. Cuestionado la teoría de la corrupción JAKOBS señala « [...] La conexión del marco penal de la participación con el marco del *hecho* del autor pone en evidencia que la ley atiende al injusto del hecho, con independencia de la corrupción del autor, y este injusto del hecho no concuerda con el injusto de la corrupción»⁹⁵. También fue esbozada la teoría de la causación, que postulaba en líneas generales, que se sanciona la participación en el delito por ser el partícipe quien contribuye o favorece la lesión de un bien jurídico por parte del autor, no siendo el injusto del autor lo cuestionable para el partícipe, sino la causación del resultado producido directamente por la acción del autor⁹⁶. Por su parte, SCHUMANN hace referencia a la teoría de la solidaridad en el injusto ajeno, como fundamento del castigo del partícipe considerando que « [...] el partícipe se solidariza con el ilícito o injusto doloso ajeno mediante su contribución dolosa, se mezcla o pone en común con el hecho ajeno»⁹⁷ siendo que «la lesión o puesta en peligro abstracta o

⁹² ROBLES PLANAS se muestra crítico al uso de esta expresión, considerando que “fundamento de la pena” o “fundamento del castigo”, son expresiones tomadas de la palabra alemana *Strafgrund*, siendo a su criterio preferible el uso del término “fundamento del injusto” ya que el fundamento de la pena o del castigo de la participación no ofrece problema alguno: es idéntico al de la autoría. Ello por su especial posición de considerar que el injusto del partícipe es distinto al del autor. En ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2003, p. 117.

⁹³ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, segunda edición, Madrid: Marcial Pons, 1997, Apdo. 22, n.m. 1.

⁹⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 699.

⁹⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 22, n.m. 1.

⁹⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 700.

⁹⁷ SHUMANN, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», 1986, p. 51. [Citado por ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, tomo II, Traducido por

concreta de un bien jurídico no es ni el único ni un criterio necesario para el juicio de una acción como socialmente lesiva. Los intereses sociales resultan lesionados desde el momento en que una acción que “comporta un desprecio hacia los valores fundamentales del sentir jurídico” conforma un peligro desde el punto de vista psicológico-social para la vigencia del Derecho y es adecuada para quebrantar el sentimiento de paz y seguridad jurídica, de manera que representa un “ejemplo insoportable” para la comunidad»⁹⁸.

Por su parte ROXIN, al postular una posición respecto del fundamento del castigo de la participación, explica su teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico, en los siguientes términos « [e]l punto fundamental en disputa en relación con el fundamento del castigo de la participación radica en la cuestión de si el injusto o ilícito de la participación se deriva del injusto o ilícito del hecho del autor o es independiente o autónomo. [...] El injusto de la participación se deriva en parte del injusto del autor, pero en parte es también independiente y autónomo. Se deriva del injusto del autor en cuanto que es accesorio: el injusto doloso que realiza el autor se imputa también al partícipe que colabora (con una atenuación del marco penal en la cooperación o complicidad). Pero es independiente o autónomo en cuanto que esta imputación sólo se produce si la colaboración en el hecho del autor representa simultáneamente un ataque propio al bien jurídico por parte del partícipe. [...] En todo caso, la concepción aquí defendida de la participación como “ataque accesorio al bien jurídico” supone una teoría mixta, que fundamenta el injusto o ilícito de la participación en parte desde la imputación del injusto del autor (o sea accesoriamente) y en parte a partir de elementos independientes o autónomos (el ataque al bien jurídico)»⁹⁹.

JAKOBS, esboza la teoría de la participación en el injusto referida al resultado, indicando que « [l]as descripciones de los delitos de la Parte Especial comprenden sólo la ejecución en concepto de autor de quien

Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2014, apdo. 26, n.m. 22.]

⁹⁸ SHUMANN, «Strafrechtliches Handlungsunrecht und das Prinzip der Selbstverantwortung der Anderen», 1986, pp. 49-50. [Citado por ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 127].

⁹⁹ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, apdo. 26, n.m. 11.

comete por sí mismo. [...] Pero las ampliaciones en concepto de autor vinculan la responsabilidad a la configuración de la concreta realización del tipo o a la decisión sobre si ésta se lleva a cabo; en todo caso, queda una relación estrecha entre el comportamiento de autor y la descripción del delito de la Parte Especial. En la participación esa relación es más laxa, ya que el partícipe no configura el hecho igual que el autor, ni tampoco decide sobre éste como el autor. Por eso, el hecho no es obra suya en la medida que lo es del autor; pero, desde luego, el partícipe tiene una parte en el hecho, sólo que reducida cuantitativamente. La ejecución del hecho principal no es sólo ejecución para el interviniente en concepto de autor, sino también para el partícipe: El comportamiento de intervención es el motivo por el que se imputa al partícipe la ejecución del hecho principal como obra (también) suya»¹⁰⁰. Es así como fundamenta su teoría de la participación en el injusto, considerando que la conducta del partícipe es reprochable penalmente porque el hecho del autor se reputará como obra también suya, siendo que « [e]l partícipe no responde porque llevar a cabo un hecho principal que constituye injusto para el autor principal, sino porque la ejecución de éste también se le puede imputar a él como partícipe: La ejecución es también obra *suya*, debido a la causa común que él lleva a cabo con el autor principal. Si la participación ha de consumarse, tiene además que afectar a un bien que también este protegido frente al partícipe»¹⁰¹.

Es de distinto parecer ROBLES PLANAS, quien se muestra contrario a las teorías de la causación y ataque accesorio al bien jurídico. Considera que ninguna consigue explicar satisfactoriamente el contenido del injusto del partícipe, siendo que el hacer depender el injusto del partícipe del injusto del autor, esta situación no resultaría compatible con el principio de responsabilidad por el propio injusto, ya que nadie puede ser responsable por un injusto ajeno¹⁰². En ese sentido, criticando las teorías tradicionales, ROBLES PLANAS construye un argumento peculiar para fundamentar su idea del castigo del injusto del partícipe señalando que « [u]n entendimiento normativo del principio de responsabilidad por el propio injusto comporta admitir un injusto como propio pese a que (en

¹⁰⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 22, n.m. 6.

¹⁰¹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 22, n.m. 8.

¹⁰² ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 131-132.

el plano físico-natural) no se ejecute de propia mano. El injusto típico no sólo es injusto del autor, sino que también pertenece al partícipe. Lo único que los diferencia es la forma en que cada uno de ellos responde por el injusto típico. Mientras que el autor aparece como el responsable más inmediato, el partícipe responde de una manera más laxa. [...] Para fundamentar la responsabilidad del interviniente, que, a su vez, se muestre respetuoso con el principio de responsabilidad por el propio injusto: esto es, mediante la fundamentación de que el interviniente, con su conducta, dispone una razón para que le sea imputado, como propio, el hecho típico. [...] Si, como se ha argumentado antes, la conducta del partícipe es en sí misma considerada atípica, entonces sólo queda la posibilidad de la imputación al partícipe del tipo que se realiza. A esta clase de imputación se le denominará aquí imputación por accesoriedad»¹⁰³.

GARCÍA CAVERO, al analizar el fundamento del castigo del partícipe, sostiene que « [...] cuando varios sujetos toman parte en un delito no es correcto diferenciar, como hace la teoría de la participación como ataque accesorio al bien jurídico, entre un injusto del autor y un injusto del partícipe, sino que se trata de un solo injusto penal. El reconocimiento lógico de cada interviniente responde por su aportación (autorresponsabilidad) no debe llevar necesariamente a conclusión de que cada uno ha realizado un injusto propio. Es perfectamente posible, en términos conceptuales, entender que los distintos ámbitos de responsabilidad se funden en una expresión de sentido mancomunada. Esta unidad de sentido la da precisamente el hecho típicamente relevante. [...] La vinculación de los aportes se deriva del sentido social que tienen dichos aportes de posibilitar la ejecución del delito, sin que sea necesaria una especial vinculación subjetiva entre los intervinientes»¹⁰⁴.

En esta línea de ideas, el reproche penal del aporte del partícipe debe ser entendido en relacionado al injusto del autor; el cual, no constituirá un injusto autónomo o propio, ya que éste no decide el hecho ni decide tampoco sobre su consumación como lo hace el autor, siendo que el aporte del partícipe se constituye en una “comunidad

¹⁰³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 178-180.

¹⁰⁴ GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, pp. 702-703.

mancomunada”¹⁰⁵ con el del autor. El injusto de la participación consiste en « [...] el ataque propio –pero no en concepto de autor– a un bien por medio de la causación imputable de un hecho en concepto de autor, o más exactamente: *la causación imputable de un hecho de autor con dolo propio de consumación*»¹⁰⁶. Si fuese un injusto propio, sería un hecho principal el que se configuraría con la acción realizado por el partícipe, por el cual debería responder en un plano distinto al del autor o como coautor si es posible que el bien jurídico protegido sea atacado conjuntamente, además que como bien reconoce ROBLES PLANAS el aporte del partícipe en un principio es una acción atípica que depende del tipo del autor para ser reprochable, solo siendo una razón para que opere la accesoriadad¹⁰⁷. Por tanto, se castiga la intervención del partícipe, no por la dependencia que tenga respecto del hecho del autor, sino porque contribuye a causar el hecho principal. Siendo así, lo que se reprocha al partícipe, es haber creado la relación de sentido conjunto entre su actuar y el actuar responsable del segundo sujeto (del autor); será solo de lo que depende de él, de lo que deberá responder el partícipe, conectando esta aportación a un hecho delictivo¹⁰⁸.

II. El autor en los delitos de infracción de deber

Una vez analizado cual es el fundamento del castigo del partícipe y siendo que la intervención de este depende del hecho principal del autor, resulta necesario, determinar si existe un concepto de autor distinto en los delitos de infracción de deber al propugnado normalmente para los delitos de dominio. Para ello debemos considerar como punto inicial que el Código Penal peruano en el artículo 23° no ha desarrollado una definición de “autor”; sino que, únicamente ha descrito quien es autor, la norma prescribe: « [e]l que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente serán reprimidos con la pena

¹⁰⁵ En ese sentido, «Lo primero que debe destacarse de la participación delictiva es que se sustenta en la mancomunidad respecto del hecho penalmente relevante. El hecho se imputa a quienes con su conducta expresan jurídicamente que ese hecho les pertenece, que es, por lo tanto, obra y realización de su autonomía». En García Cavero, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 704.

¹⁰⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 22, n.m. 9.

¹⁰⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 180.

¹⁰⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona: Atelier, 2007, p. 26.

establecida para esta infracción»; esta disposición normativa, lo que hace es distinguir un sistema de autores (incluyendo al autor mediato y a los coautores), no estableciendo criterios adicionales, limitándose a establecer que “el que realiza el hecho punible” será autor. Así de esta disposición no surgen elementos que permitan indicar que allí se establece una determinada y unívoca forma de autoría, ni tampoco un criterio diferenciador entre quien comete el delito y quien ayuda a su realización. A criterio propio se considera que el legislador ha dejado abierta la posibilidad de llenar de contenido el concepto de autor dependiendo de cada tipo penal de la parte especial. No obstante, el punto de partida será siempre la fórmula “quien realiza el hecho punible”, que es la que establece la ley. A este punto llegamos a establecer que existe un sistema dual de determinación de la autoría, el de los delitos de dominio y el de los delitos de infracción de un deber. A lo que nos atañe estudiaremos el concepto de autor desarrollado para la segunda categoría.

Como se indicó anteriormente, existe distinción entre lo que ROXIN considera como delito de infracción de deber y lo que JAKOBS entiende por tal. SILVINA BACIGALUPO al analizar las posiciones de ambos concluye que « [...] mientras que para ROXIN los delitos de infracción de deber son aquellos en los que el tipo penal requiere que el autor haya lesionado un deber extra-penal. Este elemento es irrelevante para JAKOBS, pues, como vimos, la calificación de delito de infracción de deber dependerá de la relación institucional que tenga el sujeto con el bien jurídico protegido por la norma. Esto explica una diferencia fundamental: para JAKOBS no es la estructura del tipo lo que fundamenta la categoría de los delitos de infracción de deber, sino el origen institucional del deber del sujeto activo que lesiona la norma. Para ROXIN, por el contrario, es la estructura del tipo la que determina si un delito es de infracción de deber o de dominio».¹⁰⁹ En ese sentido, uno y otro tendrá consideraciones distintas de quien es el autor de un delito de infracción de un deber, lo que pasaremos a exponer a continuación.

JAKOBS, al comentar el concepto de autoría en los delitos de infracción de deber, empieza por hacer una distinción con los delitos de

¹⁰⁹ Bacigalupo, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho penal de los negocios*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 85.

dominio, indicando que este criterio de autoría « [...] ha de limitarse a delitos en los que la relación con el afectado se agota en que ésta no sea dañosa. Sólo aquí –es decir, en la mayoría de los delitos– la responsabilidad es consecuencia de un acto de organización. Ejemplo lo constituye los delitos de resultado comisibles por cualquiera, cuando lo comete cualquiera.»¹¹⁰ Continúa y hace referencia a otro criterio de autoría « [...] también hay delitos en los que determinadas personas tienen que responder de la existencia de un bien y no sólo de que la propia organización no afecte a un bien, menoscabándolo (delitos de infracción de deber). En estos casos, la relación del interviniente con el bien es siempre directa, es decir, sin mediación accesorio, o sea, por su parte siempre en concepto de autor, y además sin tener en cuenta en absoluto un hacer. El interviniente es al menos autor por omisión y, en caso de aportación mediante hacer, por incidental que sea, autor por comisión; la distinción entre comisión y omisión pierde, pues, su sentido. Entre los delitos de infracción de deber se cuentan todos los delitos cuyos autores están obligados, en tanto, que garantes, a la tutela, institucionalmente asegurada, de un bien. [...] para los mencionados garantes, incluso los delitos comisibles por cualquiera se convierten en delitos de infracción de deber, hasta en caso de comisión; así pues, la participación decae en favor de un autoría más amplia»¹¹¹ concluye señalando que «[e]l grupo de los delitos de infracción de deber fue desarrollado conceptualmente pro ROXIN. Más exacta que la denominación “delitos de infracción de deber” sería la de “delitos con deber que elude la accesoriedad”»¹¹².

Por su parte ROXIN, ejemplificando la situación con el delito de administración o gestión desleal, explica el concepto de autor de un delito de infracción de deber, señalando que « [...] es autor quien infringe el deber específico del tipo de modo dañino para el patrimonio. Este denominado *intraneus* sigue siendo autor también cuando recurre a colaboradores o compinches para la ejecución que no están vinculados por el deber (los llamados *extranei*) y que por eso no entran en consideración como autores. Por tanto, si un administrador de un

¹¹⁰ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 21, n.m. 115.

¹¹¹ JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 21, n.m. 116.

¹¹² JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 21, n.m. 117.

patrimonio hace caso omiso del papel asumido por el e infringe daños al titular del patrimonio, comete una administración o gestión desleal incluso en la hipótesis de que él no efectúe en persona la transacción que daña el patrimonio, sino que se sirva para ello de un *extraneus* [...] comete el hecho “a través de otro” [...] y es autor mediato de una administración o gestión desleal, aunque desde la perspectiva del dominio del hecho sería solo inductor. El ejecutor, por no tener deber de ocuparse del patrimonio (ajeno), es sólo cómplice, pese a que posee el dominio de la acción y debería ser autor conforme a las reglas del dominio del hecho. De modo análogo solo puede ser coautor quien como *intraneus* tiene el deber con otro y lo infringe con él. Si lo hace, es coautor incluso sin deber prestar una contribución esencial en la fase ejecutiva, que es decisiva en los delitos de dominio. Por otro lado, alguien que presta una contribución esencial en la ejecución de las acciones dañosas para el patrimonio puede ser, sin embargo, sólo cómplice o cooperador si, como *extraneus*, no tiene deber de ocuparse del patrimonio»¹¹³. Concluye este punto haciendo una aclaración sustancial para entender el concepto de autor, refiere: « [I]as grandes diferencias que se producen en la delimitación de autoría y participación entre delitos de dominio y de infracción de deber no cambian para nada el hecho de que sus conceptos de autor coinciden en el punto de referencia superior de la “figura central del suceso o acontecer típico”»¹¹⁴.

Por su parte SÁNCHEZ-VERA, al hacer referencia al concepto de autor en los delitos especiales de infracción de deber, distingue como categorías los delitos de infracción positivados y el resto de delitos de infracción de deber, considerando: « [...] el obligado positivamente que quebranta su deber responde siempre como *autor* de un delito de infracción de deber. Es indiferente si junto a dicho obligado coadyuva para la producción del resultado típico un actuante –con o sin dominio del hecho–, un omitente o, simplemente, las fuerzas de la naturaleza: el obligado siempre responde como autor. En efecto, independientemente de la importancia de su contribución o de su dominio del hecho, el suceso incumbe al obligado especialmente a causa de la lesión de su deber. Su quebranto de los deberes que le impone la institución positiva le

¹¹³ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito*, apdo. 25, n.m. 271-272.

¹¹⁴ ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General. Especiales formas de aparición del delito*, apdo. 25, n.m. 274.

convierte siempre en completo incumbente o, en la terminología de ROXIN, en el centro del daño al bien jurídico»¹¹⁵. En cuanto a los delitos de infracción de deber que no se hayan expresamente positivados señala: « [...] no sólo en los delitos de infracción de deber positivados expresamente, según su inequívoca letra del tipo, ha de ser afirmada siempre la autoría del obligado especial infractor del deber, sino que, también, la misma ha de afirmarse rotundamente en todos los casos en los que existe lesión de un deber positivo. Lo que constatábamos que rige para los delitos de infracción de deber positivados ha de regir para todos los casos de infracción de deber, independientemente de que, por motivos históricos o de técnica legislativa, la letra de la ley lo haya puesto de manifiesto de forma directa o no»¹¹⁶.

Por tanto, el autor de un delito especial de infracción de deber será siempre el sujeto central del delito, no importando si tiene o no dominio del hecho. Será quien se encuentre obligado a salvaguardar un determinado bien, que le atañe por su especial competencia institucional, encontrándose obligado no solo como una institución negativa (prohibición de dañar) sino también con una institución positiva (tutelar y evitar los daños que pueda recibir el bien, es decir, edificar una esfera de protección sobre el bien). Siendo que, la infracción de estos deberes será lo que caracterice el criterio de autoría en este tipo de delitos. Al respecto, como señala SÁNCHEZ-VERA « [...] los tipos penales deben ser interpretados de acuerdo con los conceptos inintercambiables institución negativa/institución positiva, y no de acuerdo a los conceptos intercambiables de prohibición/mandato»¹¹⁷, esto permitirá identificar a quien será autor de un delito de infracción de deber, no desde el tipo penal específico que establezca una prohibición o un mandato, sino desde el sujeto y su posición especial en el orden jurídico. No importará si el obligado especial (titular del deber) tiene o no dominio del hecho, o si su conducta es comisiva u omisiva, o si se valió de un tercero con dominio del hecho para cometer el delito, siempre que haya infringido su deber, será imputable el reproche a título de autor. Los deberes institucionales como lo señala el profesor GARCÍA CAVERO « [...] no admiten

¹¹⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 184.

¹¹⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 186.

¹¹⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 281.

graduación, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes en los delitos de infracción de deber. El *quantum* organizativo del hecho no interesa a efectos de determinar la autoría, solamente es relevante el incumplimiento de un deber especial impuesto al poseedor de un estatus institucional»¹¹⁸.

1. Los deberes en virtud de responsabilidad institucional

La responsabilidad penal en un determinado hecho puede tener como fuente de determinación una prohibición (que se constituye en un deber negativo de omisión *neminem laede*) o un mandato (que importa un deber positivo de edificar un mundo en común para fomento y ayuda de un determinado bien jurídico)¹¹⁹. ROBLES PLANAS, sostiene que quien introdujo esta distinción inicialmente ha sido TOMAS DE AQUINO. No obstante, quien ha postulado esta distinción en la moderna dogmática penal ha sido GUNTHER JAKOBS, resumiendo su planteamiento en los siguientes términos «[...] los deberes negativos se refieren a la evitación de la ampliación del propio ámbito de organización a costa del de los demás, de manera que la relación entre el obligado y la víctima potencial se agota en algo puramente negativo; no dañar a los otros a través de la configuración del propio ámbito de organización. Los deberes positivos son propios de quien ocupa un “estatus especial”. El “obligado positivo” no sólo tiene que garantizar que de su organización no se derivarán efectos lesivos, sino que tiene que preocuparse “de la existencia no disminuida o incluso el fomento de un círculo de organización y en ese sentido conformar un mundo en común con la persona favorecida”»¹²⁰. Tales deberes derivarían de la existencia de instituciones¹²¹ diferentes a la de la libertad de

¹¹⁸ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 697.

¹¹⁹ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 108.

¹²⁰ JAKOBS, Günther, «System der strafrechtlichen Zurechnung», Klostermann, Frankfurt am Main, p.83. [ROBLES PLANAS, Ricardo, *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*, InDret 4/2013, p. 3.]

¹²¹ La “institución” deberemos entenderla en el sentido de las Ciencias Sociales como « [l]a forma de relación, permanente y jurídicamente reconocida, de una sociedad, que está sustraída a la disposición de la persona individual» en JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 29, n.m. 58, nota 114.

organización y libertad por las consecuencias –que sería la institución (negativa) elemental de toda sociedad–, pero en todo caso habrían de ser de la misma importancia básica que ella»¹²².

Estos conceptos de mandato/prohibición se presentan al momento de analizar una determinada norma jurídico-penal y son entendidos como conceptos intercambiables de una forma absolutamente discrecional, ya que la decisión del legislador de formular de una u otra manera la disposición normativa como mandato o prohibición, o el hecho que un juez la interprete como una prohibición o como un mandato, carece, de relevancia desde un punto de vista normativo¹²³. En ese sentido, también será irrelevante la consideración que equipara a un mandato y prohibición con un omisiones y acciones, por lo que, se debe descartar desde ya las ideas que entienden que “las normas que han sido formuladas como mandatos sólo pueden ser transgredidas por garantes” o que “normas que han sido formuladas como prohibiciones pueden ser quebrantas por cualquiera”¹²⁴.

Aclaradas las cuestiones terminológicas respecto de los deberes positivos y negativos, debemos entender que ambos sistemas de deberes se refieren a un mismo mundo de bienes y derechos, que buscan la conservación de los mismos a través de la normatividad penal. En ese sentido, la diferencia que existiría entre la institución negativa y positivas, está vinculada a las expectativas que vienen referidas a segunda, la cual posee un doble contenido, es decir, encierra a en sí misma, la institución negativa y el deber positivo –más esto no se produce al contrario–, ello lo ejemplifica SÁNCHEZ-VERA con el deber de la madre de edificar un mundo en común con su hijo para ayudar y fomentar su desarrollo, en virtud de la institución paterno-filial, que comprenderá siempre el deber de no dañar¹²⁵. Por otro lado ROBLES PLANAS, al hacer una distinción entre las dos instituciones, refiere que « [...] los deberes

¹²² ROBLES PLANAS, Ricardo, *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*, p. 3.

¹²³ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, pp. 110-111.

¹²⁴ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 111.

¹²⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 282.

negativos permiten la imputación directa del daño a quien los infringe, los deberes positivos sólo permitirían una imputación indirecta o débil, ajena por completo a lo que conocemos como imputación objetiva del resultado. Dicho de otra manera: la infracción de deberes positivos es un título *cualitativamente* distinto a la infracción de deberes negativos por el que responde de la lesión de bienes jurídicos»¹²⁶.

Esta clasificación de deberes, nos lleva a señalar que en los deberes positivos se enmarcan los deberes institucionales. Al respecto JAKOBS, los distingue en « [...] deberes en virtud de responsabilidad institucional en sentido inespecífico, que estarían constituidos por deberes en virtud de una responsabilidad por organización destinada al aseguramiento y la salvación de instituciones y la existencia de deberes en virtud de responsabilidad institucional en sentido estricto, que se tratarían de conexiones de ámbitos vitales, de un mundo que, idealmente, se ha de configurar de altruismo, por lo que, su afectación sólo podría ser equiparada a la comisión»¹²⁷. Las instituciones que generan una responsabilidad institucional en sentido estricto según JAKOBS son « [...] la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial, las relaciones estatales de poder, la función “policial” de velar por la seguridad básica y, por último, el velar por la sujeción a la ley de la Administración y la Administración de Justicia como principio básico del Estado de Derecho»¹²⁸. En el mismo sentido GARCÍA CAVERO, hace referencia a las mismas instituciones que reconoce JAKOBS, entendiéndolo que son relevantes penalmente: la familia, el Estado, la confianza especial y la solidaridad. Con lo que entiende que la vinculación institucional puede presentarse de forma intensa, como la relación paterno-filial, o solamente en un ámbito de la vida como es el caso de la institución de la confianza especial que ejemplifica con el caso de la confianza que debe regir en la actividad de un médico para con su paciente. Siendo que ante el incumplimiento del titular del rol especial de sus deberes positivos derivados de la vinculación institucional, se tendrá que imputar

¹²⁶ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*, p. 6.

¹²⁷ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 29, n.m. 58.

¹²⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 29, n.m. 58.

jurídico-penalmente el hecho que afecta la vigencia de la institución social respectiva¹²⁹.

A esta delimitación de las instituciones positivas efectuada por JAKOBS han generado una serie de observaciones. Entre ellas las realizadas por ROBLES PLANAS, quien refiere que con esta categorización sólo cabe hablar de deberes positivos en la medida en que se presenten estas pocas “instituciones”, siendo que, fuera de estas no existirían los deberes positivos y si existiesen carecerían de trascendencia penal como título de imputación equivalente a la infracción de un deber negativo¹³⁰. Siendo ello así, considera ROBLES PLANAS que lo que se estaría lesionando mediante la infracción del deber positivo no sería primariamente la esfera organizativa ajena (ello sólo sucede mediante la lesión de deberes negativos), por no mejorarla, sino que precisamente se estaría lesionando la institución de la cual se deriva aquel deber jurídico penal. Por consiguiente, en realidad, lo específico de las instituciones en este planteamiento es que su lesión podría castigarse con la misma pena con la que se castiga la lesión de un deber negativo al a que pudiera imputarse el resultado lesivo¹³¹. La respuesta de JAKOBS a estos cuestionamientos vendría se resume en lo siguiente « [I]a protección de bienes (más exactamente: la garantía de expectativas que se refieren al mantenimiento de bienes) representa siempre una de entre las diversas funciones de las instituciones respectivas»¹³². Ello importaría que la esencia de la institución tiene directa vinculación con el bien jurídico del que emana y el esfuerzo por delimitar a cierto número de instituciones es precisamente por la trascendencia de estas en la esfera social, ejemplo de ello es la relación paterno-filial, todas las consecuencias que de esta se produzcan tendrán una repercusión de mayor magnitud en la sociedad que la relaciones entre particulares, siendo que el fundamento de la pena no residiría en la lesividad propia derivada de la imputación del resultado sino en razones vinculadas a la importancia social de la institución. Es por ello, que nos parece adecuado para el presente trabajo asumir el planteamiento del

¹²⁹ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 369.

¹³⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*, p. 8.

¹³¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*, p. 8.

¹³² JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 29, n.m. 58.

profesor alemán en lo que respecta a las instituciones que protegen los bienes jurídicos relacionados con los delitos de funcionarios públicos¹³³.

Los delitos de infracción de deber en general tienen su fundamento en deberes positivos, que emanan de instituciones sociales preexistentes, que por su especial importancia necesitan de una especial protección por parte del Derecho Penal. Estos delitos no requerirán de la infracción de algún deber negativo o de organización, pues en ellos no interesa la infracción de algún deber de no dañar, sino el deber de salvaguardar la institución y construir un mundo de protección frente a los daños externos que puedan acaecer. Al Estado se ven vinculados dos deberes positivos, los que se derivan de las relaciones estatales de poder¹³⁴ y los que se corresponden con los fines estatales¹³⁵. En los primeros el Estado aparece como un ente que ejerce un poder y obligado a garantizar la asistencia respecto de los ámbitos donde ejerce dicho poder, el poder de organización « [...] sólo da lugar *per se* a deberes de garante en la medida en que la organización empeore las condiciones de existencia del bien»¹³⁶. En relación con este tipo de deberes se podría identificar el delito de abuso de autoridad que comete cualquier funcionario¹³⁷. Respecto a los deberes para los cuales existe el Estado, JAKOBS considera que « [e]l Estado se define a través de aquellas prestaciones que ha de llevar a cabo irrenunciablemente: previsión social elemental, seguridad exterior e

¹³³ En ese sentido, de reconocer que existen deberes positivos especiales en los funcionarios, ROBLES PLANAS refiere que « [l]os llamados a ocupar posiciones de garantía institucionales son, como se ha dicho, los funcionarios. De ahí que la lesión de la institución sea siempre vista como la infracción de un deber positivo y a la inversa: la infracción de los deberes positivos derivados de la asunción de una posición institucional constituyen lesión de la institución. Y lo que defrauda el funcionario es la expectativa ciudadana de su funcionamiento». En ROBLES PLANAS, Ricardo, *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*, p. 15.

¹³⁴ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 29, n.m. 74.

¹³⁵ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 29, n.m. 76.

¹³⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 29, n.m. 74.

¹³⁷ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 369.

interior y los principios básicos del Estado de Derecho»¹³⁸, la infracción de estos deberes puede dar lugar a la configuración de un delito de infracción de deber; así concluye la explicación de los deberes genuinos estatales indicando que «[f]rente al Estado asistencial surgen pretensiones garantizadas sólo en el marco del Estado de Derecho. Los principios básicos del Estado de Derecho, por eso, únicamente tiene trascendencia práctica en tanto que el propio Estado suscita pretensiones: se trata de legalidad y de la igualdad en el ámbito del monopolio de poder, o mejor, del monopolio de la intervención; merecen mencionarse la sujeción a la ley de los jueces y de las demás personas llamadas a decidir y ejecutar, así como el principio de legalidad tanto en la persecución penal como en la ejecución de las penas»¹³⁹. En cuanto a la infracción de este deber se puede identificar como ejemplo el delito de prevaricato.

2. Necesidad de una distinción entre los diversos delitos especiales

Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que los criterios de imputación de la autoría de un delito, son los criterios de dominio del hecho y de infracción de un deber. No obstante, SILVA SÁNCHEZ considera que es necesario reconocer que existen subcategorías dentro de los delitos especiales de infracción de deber, pudiendo dividirse esta categoría en delitos de infracción de un deber propiamente dicho y en delitos de infracción de un deber con elementos de dominio¹⁴⁰; asimismo considera que existen los delitos especiales de dominio. Todos ellos en contraste con los delitos de dominio en sentido estricto¹⁴¹.

Con esta interesante distinción se busca dejar de lado, la clasificación de los delitos especiales en propios e impropios. Siendo la única razón de esta distinción el delito común subyacente

¹³⁸ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 29, n.m. 77e.

¹³⁹ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 29, n.m. 77e.

¹⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona: Atelier, 2005, p. 69.

¹⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, p. 65.

al delito especial, que para efectos del presente trabajo resulta innecesaria. Al respecto GÓMEZ MARTÍN refiere que « [e]l dato relativo a la existencia de un delito común paralelo es completamente irrelevante, porque ninguna luz arroja en relación con la determinación del contenido de injusto del delito especial. Y puede llevar a solucionar la problemática de la participación del *extranei*, como históricamente ha sucedido, de un modo injustificadamente diferenciado»¹⁴². En esa línea de ideas ROBLES PLANAS, resulta aún más crítico al comentar la tradicional distinción de los delitos especiales, señalando que « [...] resulta sorprendente que una disciplina tan elaborada, precisa y distintiva como es la teoría del delito trabaje todavía en uno de sus ámbitos – el de la autoría y participación en delitos con exigencias especiales– con un instrumento tan rudimentario y formalista como es el que aporta la distinción entre delitos comunes, especiales propios y especiales impropios»¹⁴³. En ese sentido, la distinción de los delitos especiales no pasa por considerarlos propios o impropios. Sino más bien, que al ser el delito especial una clasificación en razón del reducido círculo de autores, será el tipo de competencia que asista a cada autor lo que clasifique a los delitos especiales. En la doctrina se han efectuado diversos intentos por alejarse de la división de delitos propios e impropios y aquí se recogerán someramente las propuestas sólo de manera descriptiva.

A. Los delitos especiales de dominio o delitos de posición

En este tipo de delitos lo que determina la autoría es la especial posición en la que se encuentra el autor en la organización social. No existe propiamente un deber en sentido de una institución positiva, sino más bien una institución negativa con la restricción del círculo de autores por voluntad legislativa. Al respecto, es ROBLES PLANAS, quien impulsa esta categorización, señala respecto de los delitos de posición que « [n]o todos los delitos que exigen una determinada cualificación en el sujeto

¹⁴² GÓMEZ MARTÍN, Víctor, «Los delitos especiales y el artículo 65.3 del Código Penal Español» en ROBLES PLANAS, Ricardo (Director), *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires: Editorial LBdeF, 2014, p. 133.

¹⁴³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, p. 113.

activo, sin existir correspondencia con un delito común, son, sólo por ello, delitos especiales en el sentido tradicional. Por el contrario, como parece ser la tendencia actual de un sector de la doctrina, debe distinguirse entre los delitos especiales, en los que la infracción de un deber es el núcleo de la conducta típica, de aquellos otros delitos en los que la restricción a ciertos sujetos activos obedece a una ulterior delimitación de la conducta típica, a determinados ámbitos vitales o situaciones sociales. Esto es, en muchos delitos “presuntamente” especiales, en realidad el legislador tan sólo está describiendo las formas de ataque idóneas o relevantes a través del señalamiento (por razones de técnica legislativa) de determinadas posiciones»¹⁴⁴. En este tipo de delitos especiales, la esencia del dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del *status* sino en la función materializadora realizada por el sujeto, siendo que, lo que confiere al sujeto dominio, entendido este como la capacidad de disposición del bien jurídico, no es pues, el *status*, sino el ejercicio de la función en que se encuentra implicado el bien jurídico¹⁴⁵.

En ese sentido, al igual que los delitos de dominio, lo que caracterizara este tipo de delitos y fundamentará la imputación, sigue siendo, el dominio de un riesgo prohibido¹⁴⁶, en igual sentido SILVA SÁNCHEZ señala que « [l]a aceptación de una categoría de delitos especiales que, sin embargo, siguen siendo “de dominio” determinaría caracterizar a éstos como delitos especiales en sentido

¹⁴⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 240.

¹⁴⁵ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, p. 158.

¹⁴⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*, Anuario de Derecho Penal-La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú, número 2009, p. 118. Considera también que « [e]n los delitos de dominio configurados típicamente como delitos especiales, el ámbito de protección de la norma está reducido a una estructura social determinada. Sólo a partir de ella se puede lesionar el objeto que la norma pretende proteger. La asunción ciertamente solo fáctica no justifica por sí misma una entrada en el ámbito de protección de la norma, sino solamente aquel criterio normativo, desarrollado por Gracia Martín denominado “dominio social”, que hace referencia a las posibilidades de un sujeto de realizar la acción típica; de vulnerar conforme al ámbito de protección de la norma, el objeto penalmente protegido» en GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona: José María Bosh Editor, 1999, p.175.

amplio. Es decir como delitos en los que la restricción legal del círculo de autores a un determinado grupo de sujetos, obedece a que se entiende que éstos son lo que, de entrada, se encuentran en una posición idónea para lesionar el bien jurídico al gozar de una mayor y permanente accesibilidad a éste. Ello permitiría al legislador aislar determinadas posiciones de dominio social típico (situaciones sociales o círculos de vida), pero no modificaría el título de imputación: la organización de la propia esfera de libertad»¹⁴⁷.

Para fundamentar este tipo de delitos especiales de dominio, es muy acertada, la distinción que hace GRACIA MARTÍN quien considera que existen delitos en los que el bien jurídico incide en la función desempeñada por el sujeto de forma esencial y otros en los que ello ocurre sólo ocasionalmente, según este autor cuando el sujeto realice la conducta típica en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, la lesión del bien jurídico será, respectivamente, esencial u ocasional al incumplimiento de la función de autor. En cualquiera de los dos casos, el autor se encontrará en una relación de dominio social con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico¹⁴⁸. Por su parte GÓMEZ MARTÍN denomina a este tipo de delitos como especiales de posición no institucionalizada, en los cuales el fundamento del dominio del riesgo típico reside, como en los delitos especiales de funcionario, en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una posición especial de dominio respecto del bien jurídico, que se presenta frente al *intraneus* como especialmente vulnerable. Considera que en este tipo de delitos el *intraneus* se encontraría obligado por un deber jurídico extrapenal (un delito de infracción de deber según lo estudiado por ROXIN). Pone como ejemplo de este tipo de delitos el de violación del secreto profesional y la reserva de información, siendo que la especial posición del profesional que accede a información sensible de un cliente, obtenida de propia mano del titular de la mencionada información en razón del ejercicio de la profesión, lo colocaría en

¹⁴⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, p. 65.

¹⁴⁸ GRACIA MARTÍN, L., «El actuar en lugar de otro», I, 1985, pp. 364 y ss. [Citado por GÓMEZ MARTÍN, Víctor, *La responsabilidad en los "delitos especiales"-El debate doctrinal en la actualidad*, pp. 158-159].

una posición ideal de acceso al bien jurídico intimidad y en una posibilidad real de afectación de dicho bien jurídico¹⁴⁹.

Este tipo de delitos se caracterizan porque el autor está ubicado en una posición preferencial respecto del bien jurídico, ya sea para su conservación o lesión, ello en comparación con otro sujeto que no ostenta esta posición. El legislador ha circunscrito determinados tipos penales que serán cometidos solo por determinadas personas, que se encuentran en una posición especial, siendo que aquí no resultará punible el deber especial que ostente el *intrañeus* sino la afectación de bien jurídico por el dominio del hecho que haya tenido en virtud de la posición que tiene. Siendo ello así, estos delitos pueden ser cometidos por cualquier persona, al requerirse una infracción de un deber de no dañar. Puede concluirse, como lo hace ROBLES PLANAS señalando que « [...] lo único que se requiere para afirmar la concurrencia de este tipo de delitos es la posición especial de un sujeto activo, siendo que, la posición especial de afectación al bien jurídico no determina, *per se*, la autoría, ya que si bien en general será autor el sujeto que aporte la posición especial, pero puede suceder que éste no sea el que configure en mayor medida el hecho típico, obrando, por ejemplo, bajo error de tipo, inducido por un tercero»¹⁵⁰.

Para ejemplificar este tipo de delitos tomaremos como referencia el delito de violación del secreto profesional (artículo 165 del Código Penal) que es un delito especial. Ello en razón de que no puede ser cometido por cualquier sujeto, sino solo por quien se encuentre en la posición descrita en el CP, es decir, por quien haya obtenido información privada y secreta de alguna persona, en razón de su “estado, oficio, empleo, profesión o ministerio” y la publique sin el consentimiento del involucrado causándole daño. Se aprecia en la disposición normativa que regula este delito que existe una restricción al círculo de autores, esta no emana de una institución positiva sino que la imputación seguirá siendo consecuencia del dominio del hecho que ostente el sujeto en la posición especial, quien organizará su conducta negando la norma

¹⁴⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, p. 165.

¹⁵⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 241.

prohibitiva de lesionar el bien jurídico protegido, defraudando así las expectativas de quien puso en su poder la información.

B. Los delitos especiales de deber o de infracción de deber en sentido estricto

En este tipo de delitos es el legislador quien seleccionaría una serie de posiciones de afectación al bien jurídico. No obstante, a diferencia de los delitos de posición, estos se caracterizan porque el injusto no consiste, principalmente en la lesión del bien jurídico a través de esa posición, sino en el incumplimiento del haz de deberes que la define. Los únicos delitos especiales en sentido estricto son aquellos en los que el contenido de injusto se agota en la infracción de determinados deberes especiales¹⁵¹. Estas posiciones especiales vendrán dadas desde la misma organización social por las instituciones positivas antes descritas.

GÓMEZ MARTÍN considera a este tipo de delitos, como delitos especiales de posición institucionalizada y los restringe a los cometidos por funcionarios. Siendo que en estos delitos, salvo en determinados supuestos específicamente previsto por la ley (entiendo aquí que hace referencia a los casos en los que el legislador abre la posibilidad de la comisión del delito a particulares, v.g. el delito de cohecho activo) la indemnidad del bien jurídico protegido depende de determinados sujetos (los funcionarios públicos) que ostentan la titularidad formal y material de la esfera funcional pública en la que aquél se encuentra inmerso, y a la que evidentemente será de difícil acceso a particulares no funcionarios, concurriendo además en ellos un deber especial personalísimo¹⁵².

En el mismo sentido, ROBLES PLANAS señala: « [...] el ejemplo paradigmático de situaciones de deber específicas que dan lugar a delitos especiales de deber es el de los denominados delitos de funcionarios. La lesividad específica de estos delitos reside en el quebrantamiento personal de la relación de confianza por parte del

¹⁵¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, p. 133.

¹⁵² GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *La responsabilidad en los "delitos especiales"-El debate doctrinal en la actualidad*, pp. 162-163.

funcionario frente al Estado. El funcionario es sujeto de una confianza especial por el Estado, que la deposita en él y no en cualquier otra persona, confiriéndole así una situación privilegiada, pero también particularmente obligada al cumplimiento de deberes. En el núcleo de tal relación de confianza se halla la idea de que el funcionario, al ocupar esa esfera especial, se comporte exclusivamente conforme a las reglas de su cargo y se mantenga inmune a cualquier otro influjo externo»¹⁵³. En igual sentido, PEÑARANDA RAMOS señala que es necesaria una distinción en los delitos especiales, entre ellos los que considera que tienen elementos de carácter limitadamente personal, siendo que el prototipo de estos delitos lo constituirían los delitos contra la Administración Pública y otros delitos de funcionarios¹⁵⁴. Por su parte SILVA SÁNCHEZ considera que estos delitos de infracción de un deber a diferencia de los anteriores no son sólo legalmente distintos, sino también dogmáticamente distintos, su esencia radica en la infracción de un deber de naturaleza institucional, siendo que las consideraciones de dominio son absolutamente ajenas a la lógica específica de los delitos de infracción de un deber, pudiendo ser autor quien en absoluto domina el hecho y no serlo quien lo domina¹⁵⁵. En la misma línea de ideas, GARCÍA CAVERO sostiene respecto de este tipo de delito que « [e]l delito especial es, por el contrario, un delito de infracción de un deber si el fundamento de la imputación no está en el dominio del riesgo, sino en la infracción de un deber institucional»¹⁵⁶.

La afectación del deber por parte del obligado especial, no solo determina la autoría del delito imputado, sino que también fundamenta su responsabilidad. En este tipo de delitos, verificar la infracción del deber y la institución positiva que le atañe, es suficiente para imputarle a título de autor el delito especial de

¹⁵³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pp. 133-134.

¹⁵⁴ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, «Sobre el alcance del art. 65.3 CP. Al mismo tiempo: una contribución a la crítica de la teoría de los delitos de infracción de deber» en ROBLES PLANAS, Ricardo (Director), *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires: Editorial LBdeF, 2014, pp. 17-19.

¹⁵⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, pp. 66-67.

¹⁵⁶ GARCÍA CAVERO, Percy, en *Anuario de Derecho Penal-La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú*, p. 119.

infracción de deber. Siendo que la obligación del titular del deber, es construir un mundo de protección respecto del bien jurídico, en ese sentido, al verse afectado este, se le imputa tal afectación por no haberla evitado o por haberla provocado. Este tipo de delitos tienen su prototipo en los delitos cometidos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos.

El ejemplo ideal para graficar los delitos de infracción de deber en sentido estricto lo es el de la prevaricación judicial (artículo 418 del Código Penal), para este delito se requiere previamente la concurrencia de una posición institucional especialísima, ser juez y luego la infracción de la institución positiva que atañe a esta función del Estado de impartir justicia. Esta posición especial debe ser entendida como un deber genuino, que se manifiesta a través de la actividad jurisdiccional realizada por el juez, quien infringiendo su deber emite una resolución con fundamentos o con una decisión manifiestamente contrarios al texto expreso y claro de la ley, o citando pruebas inexistentes o hechos falsos, o apoye su fundamentación en leyes derogadas o supuestas. Con lo que no estaría cumpliendo con edificar un mundo de protección frente al bien jurídico “administración de justicia” sino que se desentiende de su obligación positiva, infringiendo el deber y afectando el bien jurídico. De igual parecer es ROBLES PLANAS quien refiere « [s]i un juez no proporciona sentencias justas, ¿quién las va a proporcionar? Por este motivo, el delito especial de deber tiene un contenido muy delimitado: “tienes el deber de comportarte como juez y en esa medida producir sentencias justas”. Quien teniendo el deber no alcanza ese estatus, responde. En cambio, quien no tiene ese deber no puede responder, dado que no existe un objeto de intervención en el delito distinto del que supone la lesividad derivada de la infracción personal del deber»¹⁵⁷.

¹⁵⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo (Director), *La responsabilidad en los “delitos especiales”- El debate doctrinal en la actualidad*, p. 354.

C. Los delitos especiales de infracción de un deber con elementos de dominio.

La peculiaridad de este tipo de delitos es que concurren tanto una competencia por organización como una competencia institucional en el comportamiento del autor¹⁵⁸. Es decir, le asiste al autor un deber especial como consecuencia de una institución positiva, pero son necesarios actos concretos de organización para la producción de un perjuicio lesivo¹⁵⁹. Ahora bien, en los delitos de posición o delitos especiales de dominio, la autoría se determinaba en razón de la competencia por organización, en los delitos especiales de infracción de deber o de posición institucionalizada el fundamento de la imputación radicaba en la infracción de un deber especial atinente a una especial institución positiva estructurada socialmente. En este tercer grupo de delitos, cabrá determinar cuál será el fundamento de la imputación, por un lado, se podría decantar por una solución absoluta y considerar que al existir un deber positivo este enmarcaría el ámbito organizativo (deber negativo) o caso contrario debería evaluarse delito por delito y establecerse que competencia prima en cada uno de ellos.

GARCÍA CAVERO, al comentar el fundamento de este tipo de delitos, considera que la respuesta versa en distinguir entre instituciones positivas que vinculan de manera intensa e instituciones que vinculan de manera débil, con lo que será

¹⁵⁸ GARCÍA CAVERO, Percy, *en* Anuario de Derecho Penal-La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú, p. 119.

¹⁵⁹ En ese sentido, SILVA-SÁNCHEZ quien es el que propugna la distinción de este tipo de delitos, al hacer un análisis del delito de defraudación tributaria en la legislación española, refiere que « [e]n efecto, entiendo que el delito de defraudación tributaria es un delito especial en el que concurren tanto la dimensión de posición como la dimensión de infracción de deber. El delito fiscal no es, según creo, un delito que se configure sólo por la conjunción de la infracción de deberes tributarios formales y la producción de un perjuicio para la Hacienda pública (eso no permitiría distinguir el desvalor de acción del delito y de la infracción administrativa tributaria). Pero el delito fiscal tampoco es un delito de mera organización, en el que la provocación de la producción de un resultado de perjuicio para la Hacienda pública constituya por sí misma el tipo. El tipo delictivo se constituye, por tanto, por la conjunción de actos concretos de organización, la infracción de deberes tributarios y la producción de perjuicio. En ese sentido, sería uno de los delitos especiales en los que, a la organización, se le suma efectivamente la infracción de un deber institucional, comprendido, por tanto, ambas dimensiones» en SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, p. 71.

necesario evaluar si la institución positiva engloba la competencia organizativa o es a la inversa; para ello se deberá determinar el grado de vinculación que tenga la referida institución positiva¹⁶⁰. Así, cuando se trate de una institución que vincula de manera intensa como la relación paterno-filial, el componente organizativo quedará subsumido por la competencia institucional; ejemplo de ello será, el padre que se desentiende del hijo menor de edad que camina cerca de una piscina y producto de ello este muere ahogado, será determinante como fundamento de la imputación la infracción de deber de la relación paterno-filial, le será reprochable al padre el no haber creado un mundo de protección frente al bien jurídico que está obligado a tutelar, criterio que determinará la autoría y se impondrá respecto de la competencia organizativa de no matar o de no evitar la muerte del hijo. Un panorama distinto se producirá cuando sea una institución que vincule de manera débil, como las instituciones conectadas a los deberes de solidaridad, en estos casos, el delito será uno especial de infracción de deber pero primará la competencia organizativa, referida al deber de no incrementar riesgos por encima del nivel permitido y de no producir con ello resultados lesivos.

3. Incomunicabilidad de las circunstancias o condiciones personales.

Resulta importante analizar lo dispuesto en el artículo 26 del Código Penal Peruano, en cuanto criterio normativo que establece el alcance de intervención de cada sujeto que participa en un hecho punible. El legislador ha establecido la incomunicabilidad de las circunstancias o condiciones personales que afecten la responsabilidad de alguno de los autores o partícipes, prescribiendo que estas:

« [...] no modificaran las circunstancias o condiciones personales que afecten la responsabilidad de otros autores o partícipes que eventualmente intervengan en un mismo hecho punible».

¹⁶⁰ GARCÍA CAVERO, Percy, *en* Anuario de Derecho Penal-La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú, p. 119.

La Corte Suprema en un reciente fallo ha considerado que « [e]l 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 solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el desvalor 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»¹⁶¹. Esta posición de la Corte Suprema nos lleva a tratar de determinar si efectivamente el artículo 26 del CP prescribe la incomunicabilidad de circunstancias y cualidades que fundamentan la imputación o que modifican la responsabilidad penal.

Sobre el contenido del artículo 26° del CP debemos indicar que el legislador no ha establecido en dicha disposición normativa un criterio que permita o no la imputación de un *extraneus* en un delito especial, ya que hace referencia a circunstancias o cualidades que afecten la responsabilidad penal. Estas circunstancias o cualidades no estarían referidas a la culpabilidad, en la medida que esta categoría del delito no afecta la responsabilidad penal, sino que la fundamenta¹⁶² por el contrario estarían referidas a criterios de determinación de pena, de agravación o atenuación, que bien lo ejemplifica GARCÍA CAVERO con la autoría del delito de violación sexual en la cual el autor hace un prevailecimiento de la posición o cargo respecto de la víctima (artículo 170 del Código Penal) que vendría a ser una circunstancia que agrava la responsabilidad penal, que resulta personal y no sería comunicable a otro interviniente ya sea en condición de autor o de partícipe; o con el delito de lesiones graves –las condiciones especiales de los agraviados de ser menores de edad, mayores de sesenta y cinco años o discapacitados– (artículo 121A del Código Penal), el que el autor cometa el delito de lesiones sobre este sector poblacional, será un delito con una pena superior¹⁶³. En ese sentido, consideramos que

¹⁶¹ Sentencia de Casación Número 782-2015-Del Santa, considerando 10.

¹⁶² GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 708.

¹⁶³ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p.709.

el artículo 26° del CP que ha sido utilizado por la Corte Suprema para dar una solución a la intervención de un tercero *extraneus* en la comisión de un delito especial, resulta errada, ya que esta disposición está referida a criterios de determinación de la pena y las circunstancias personales de cada interviniente, mas no a razones que justifiquen el injusto de cada uno.

En el presente trabajo no se han considerado las posturas de unidad o ruptura del título de imputación, tampoco las posiciones que dividen los delitos especiales en propios e impropios. Consideramos que la solución del problema que aquí se plantea, no pasa por determinar si se debe mantener o no el mismo título de imputación en uno u otro delito, ya que con ello se dejara al juzgador la discrecionalidad de justificar la imputación a personas no cualificadas, basándose en criterios de política criminal, que siempre tendrán por finalidad “evitar cuestiones de impunidad”. Por el contrario, consideramos que los delitos especiales tienen sub categorías en las que las reglas de la participación dependerán de la naturaleza de cada una de estas categorías y de las instituciones negativas y positivas que los fundamentan. En ese sentido, la Corte Suprema ha incurrido en un error que peca de facilismo en la búsqueda de una solución dogmática concreta y fundamentada, que si bien en el presente trabajo no se llegará a establecer completamente, los lineamientos generales que en doctrina extranjera ya han sido considerando, con la finalidad de arribar a una solución que respete principios, tenga fundamento dogmático y no solo se base en cuestiones de política criminal.

III. Criterios aplicables a la participación

1. La accesoriadad de la participación

El partícipe no realiza un injusto autónomo, ya que no decide sobre el hecho del autor ni tampoco sobre su consumación, siendo que sin la realización del hecho por parte del autor, la acción del partícipe devendrá en atípica (salvo que por sí misma constituya un delito distinto). No obstante, contribuye con una razón a la lesión del bien jurídico, en una relación mancomunada con el autor. De ello surgirá la necesidad de analizar que importa la accesoriadad

para la participación y si es un criterio aplicable para los delitos especiales.

La accesoriadad será entendida como aquella regla que permite imputar un tipo penal a una conducta de participación (en sí misma atípica). El sentido de la misma es la retroacción de la tipicidad propia de quien exterioriza un hecho con significado delictivo a quien no exterioriza nada típicamente relevante pero ha puesto una razón (que materialmente es idónea de la comisión del delito) para que opere tal forma de imputación¹⁶⁴. Señala ROBLES PLANAS que « [...] con su conducta, el partícipe debe interponer una razón de la que se pueda inferir que entre ella y el hecho delictivo en el que intervine hay una relación de sentido conjunto. Cuando ello sucede, el hecho principal tiene el significado de ser tan propio del autor como del partícipe, quedando de esta manera salvaguardado el principio de autorresponsabilidad. [...] La contribución del partícipe fundamenta la idoneidad de la comisión del delito haciendo suyo el hecho, o en otras palabras: con su aportación dispone una razón para acceder al hecho típico»¹⁶⁵. Al respecto DONNA señala que la participación en general tiene carácter accesorio porque presupone tomar parte en un hecho ajeno, con lo cual, la accesoriadad significa la dependencia del hecho de los partícipes del hecho del autor¹⁶⁶.

¹⁶⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, pp. 179-180. En el mismo sentido, FIERRO sostiene que « [...] las auténticas formas de participación constituyen acciones atípicas que adquieren su coloración delictiva del hecho principal al cual acceden, y en tanto éste se haya manifestado como infracción punible o, dicho de otro modo, en tanto la acción del autor haya traspasado el umbral de la punibilidad y comenzado a ejecutar el hecho típicamente antijurídico. También se ha dicho que “la participación sólo es posible cuando concurre realmente un hecho cometido por un autor. Por eso, el hecho principal debe ser no sólo objetivamente típico, antijurídico y doloso, sino que deben darse todos los elementos de la autoría específica del delito”», en FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*, segunda edición, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, pp. 542-543.

¹⁶⁵ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 180.

¹⁶⁶ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, segunda edición, Buenos Aires: Rubinzal-Curzoni Editores, 2002, pp. 96-97.

La accesoriedad no importa la dependencia del hecho del partícipe respecto del hecho del autor o que su sentido originario sea fundamentar la pena del partícipe. La fundamentación del injusto de la participación no debe llevarse a cabo, con base en la dependencia del hecho principal, puesto que no se trata de determinar las condiciones para el castigo del partícipe sino del porqué debe castigarse al partícipe¹⁶⁷. No se le castiga por el hecho de que el autor haya cometido un delito, sino por haber exteriorizado una razón que se ha interpuesto entre ella y el delito en el que interviene; respecto del cual hay una relación de sentido conjunto, por cuanto, la vinculación del partícipe se produce por su propia vinculación al hecho típico, que también le pertenece.

Esto se hace referencia dada la tradicional clasificación de la accesoriedad en cualitativa y cuantitativa. Al respecto, se ha considerado como accesoriedad cualitativa la dependencia de los partícipes, respecto de hecho autor, siendo que se han formulado diversos grados o niveles¹⁶⁸, con lo que: a) habrá *accesoriedad mínima* cuando baste con que el autor principal haya realizado una acción adecuada a una figura legal; b) habrá *accesoriedad limitada* si se requiere que, además de haber realizado el autor una conducta típica, ella también se antijurídica; c) se configura *accesoriedad máxima* cuando el autor de ese hecho típicamente ilícito, además haya actuado culpablemente, y d) hay *hiperaccesoriedad* cuando todas las condiciones personales del autor principal se transfieren a los partícipes. La opinión que domina hoy tanto en la doctrina como en la jurisprudencia sería el aceptar una accesoriedad limitada¹⁶⁹, en la cual se requiere que el hecho principal sea típico y

¹⁶⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 169.

¹⁶⁸ DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, p. 97.

¹⁶⁹ En ese sentido DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, pág. 98; BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid: Civitas, 1995, p. 134; BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*, p. 147. La Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-2016, fundamento 7, hace expresa referencia a su vinculación con la accesoriedad limitada en los siguientes términos: « [e]l análisis de este punto debe partir necesariamente del principio de accesoriedad de la participación, que no es sino una concreción del concepto restrictivo de autor. Según este principio, el partícipe ocupa un lugar accesorio respecto del protagonista del delito, esto es, el autor. La doctrina

antijurídico, ya que la culpabilidad de cada partícipe, entendiendo esta categoría del delito en términos generales, es individual, siendo que la razón de ello radica en que la culpabilidad, al tratarse de una categoría personal de cada interviniente, no debería formar parte de la relación de accesoriadad entre el hecho principal del autor y el hecho accesorio del partícipe¹⁷⁰; esto implicaría que si existe una justificación, no sería posible la participación penal.

La accesoriadad cualitativa en cualesquiera de sus versiones lo que pretende es conectar el comportamiento del partícipe a la conducta de uno de los intervinientes, el autor. No obstante, partiendo del fundamento que hemos adoptado para el castigo del partícipe, la conducta de este, no ésta vinculada a la del autor, sino al hecho principal, al que accede por medio de su aporte. Esto se justifica y explica de mejor manera con lo dicho por ROBLES PLANAS quien señala « [...] de lo que se trata aquí es de predicar determinadas cualidades de la relación entre conducta del interviniente y hecho. Aquel nexo que permite normativamente poner en relación una conducta con el hecho y hablar así de intervención en el mismo es un nexo objetivo. Por consiguiente, para poder afirmar la participación, basta con que ésta vaya referida a la parte objetiva del injusto, es decir, debe tratarse de un hecho objetivamente típico y no debe encontrarse objetivamente justificado. Si el hecho constituye un injusto típico y antijurídico desde el punto de vista objetivo, puede hablarse entonces de intervención en el mismo. Nada más, pero tampoco nada menos»¹⁷¹.

En la accesoriadad cuantitativa, de igual forma se busca conectar el comportamiento del partícipe con la conducta del autor siempre que se haya iniciado la ejecución del delito, para ser pasible de sanción. No se exige la consumación del delito, sino que bastará con que haya iniciado actos ejecutivos que permitan llegar

ampliamente mayoritaria conviene en la necesidad de exigir ciertos elementos del delito cometido por el autor para admitir la punibilidad de la participación, tales como que el hecho principal sea típico y antijurídico (accesoriadad limitada)».

¹⁷⁰ GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 706.

¹⁷¹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, p. 29.

al nivel de la tentativa, ya sea acabada o inacabada¹⁷². Siendo que si el autor no llegase a iniciar la ejecución del delito, no se podría sancionar penalmente la conducta del partícipe, por no haber superado la fase de la tentativa. De la misma forma que con la accesoriadad cualitativa, debemos recurrir al fundamento del castigo del partícipe para entender este tipo de accesoriadad. El superar los actos ejecutivos es un requisito general de la atribución de responsabilidad aplicable a todos los intervinientes¹⁷³, siendo ello así, si no se han desplegado actos de ejecución del delito, no habría responsabilidad para ninguno de los intervinientes. Con lo que el trasfondo de la accesoriadad cuantitativa vendría dado por razones de lesividad, por lo que exigiría que el hecho sea penalmente relevante, lo que se consigue al superar la fase de la tentativa¹⁷⁴.

Sin perjuicio de lo antes indicado, el artículo 25 del Código Penal, dispone referente a la complicidad, que se configurará, cuando alguna persona dolosamente, preste auxilio para la realización de un “hecho punible”; en ese sentido, el partícipe prestará auxilio a un hecho eminentemente culpable, ya que un hecho solo será punible cuando cumpla todas las categorías de la teoría del delito hasta la culpabilidad. Resultando forzada la interpretación que se viene haciendo de este artículo entendiendo el concepto “hecho punible” solamente como antijurídico¹⁷⁵.

¹⁷² GARCIA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 706.

¹⁷³ En ese sentido señala JAKOBS que « [...] en la participación se unen las aportaciones de todas las personas en un suceso delictivo que recorre unitariamente los estadios de la preparación y de la tentativa (consideración global), es decir, no separadamente para cada interviniente (consideración individual). Aun cuando un interviniente haya realizado enteramente su aportación, para él solo existirá tentativa cuando el suceso delictivo en su conjunto haya alcanzado el grado de tentativa. Así pues, se trata a todas las aportaciones conforme al progreso cuantitativo del hecho en su conjunto, es decir, como si un solo autor lo ejecutara todo». En *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 22, n.m. 19.

¹⁷⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, p. 29.

¹⁷⁵ En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 699.

2. La accesoriadad en los delitos especiales

Como vimos en el punto anterior, la accesoriadad es una regla que permite imputar un hecho a una conducta de participación. Es decir, permite la vinculación del delito a quien haya contribuido a su realización. No obstante, no deberá tomarse como parámetro la conducta del autor sino el hecho global que haya sucedido. En ese sentido, el parámetro de evaluación de la conducta de participación será el hecho final. Este planteamiento inicial es aplicable a los delitos de dominio, en los cuales se puede apreciar un resultado lesivo como consecuencia de una conjunción de aportes (v.g. el que mata con el arma entregada por un tercero), en cierta medida resultaría fácil distinguir desde la perspectiva del hecho final, los aportes realizados por cada interviniente y poder determinar quien fue autor y quien fue partícipe. Sin embargo, la cuestión se complica al tratarse de delitos especiales (conforme a la categorización que se ha realizado) y resultará aún más complicado determinar si existe una real accesoriadad en los delitos especiales de infracción de deber en sentido estricto.

Respecto de los delitos especiales de dominio se entiende la accesoriadad en el mismo sentido que en los delitos de dominio. Ello debido que a estos delitos lo único que los distingue es la decisión legislativa de reducir el círculo de posibles autores en determinados delitos, siendo plenamente posible que un hecho final puedan evaluar los aportes realizado por uno u otro interviniente. En igual sentido, aplicaría el criterio de accesoriadad en los delitos de deber con elementos de dominio, ya que será en el ámbito de dominio donde pueda identificarse la conducta de los demás intervinientes.

En los delitos de infracción de deber en sentido estricto se requiere una solución propia. Como señala JAKOBS « [...] aquí, el obligado especialmente asume no sólo la acción ejecutiva, sino que solo él aporta el deber (separación de papeles). Por eso su infracción del deber indica la medida máxima de detrimento de la validez de la norma; por expresarlo gráficamente, su infracción de deber es el ojo de la aguja que ha de atravesar el injusto de todos

los intervinientes»¹⁷⁶. En ese sentido, consideramos que siendo las instituciones positivas deberes personalísimos exigibles únicamente a los obligados especiales, la relación de accesoriedad resultará en todo caso modificada, por ser indiferente si « [...] junto al positivamente obligado, coopera en el resultado típico un agente, por más que tenga dominio del hecho no le atañe el deber especial, un omitente o las fuerzas de la naturaleza»¹⁷⁷. Así las cosas, en los casos en los que exista un aporte por parte de un *extraneus* este resultará inoficioso para la realización del hecho final, ya que se ve configurado y es plenamente reprochable, con el solo incumplimiento del deber por parte del obligado. En ese sentido, en este tipo de delitos, el partícipe sencillamente no puede acceder al hecho principal, por existir un límite a su capacidad organizativa, que es, no tener el deber positivo.

3. El hecho final como objeto de referencia de la accesoriedad

La idea de la accesoriedad debe ser reformularse y trasladarse el parámetro de verificación de la conducta de los intervinientes (distintos al autor), al hecho final. Por lo que la accesoriedad tradicionalmente entendida pierde sentido, ya que no se evaluará la conducta de participación respecto de la conducta del autor, sino que la relación de dependencia se produce entre interviniente y hecho final. Así, ROBLES PLANAS sostiene que « [...] en un sistema de intervención el hecho adquiere significado por sí mismo y queda desprendido de la conducta de uno de ellos (el autor), la accesoriedad se integra en aquel nexo que permite poner en relación al interviniente con el hecho. En tanto la conducta de un interviniente sea en sí misma considerada atípica (no realización completa de un tipo), sólo podrá ser llevado a la responsabilidad mediante la imputación por accesoriedad, esto es, por el acceso a un tipo y no por la realización completa del mismo (en sentido,

¹⁷⁶ JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Apdo. 22, n.m. 16.

¹⁷⁷ BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*, p. 132.

pero solo en este, es decir, en el sentido de agregación puede hablarse de dependencia respecto del hecho principal)»¹⁷⁸.

En esa línea de ideas, queda por preguntarse, ¿Qué requisitos debe cumplir la intervención del partícipe para ser considerada accesoria del hecho final? Las condiciones mínimas que debe presentar toda conducta para acceder al contenido del injusto del hecho vendría dada por los requisitos del hecho (de carácter constitutivo y, por tanto, accesorios) al que se accede y los requisitos del partícipe para con este hecho (personales y, por tanto, no accesorios)¹⁷⁹. Respecto de los primeros, como se hizo mención antes, resultará necesario que el hecho final (producto de la conjunción de aportes de todos los intervinientes) tenga relevancia penal; por consiguiente, es necesario que haya entrado en la fase ejecutiva y haya superado la tentativa¹⁸⁰, que se hayan cumplido los requisitos necesarios para la imputación objetiva y que no se presente alguna causa de justificación o exculpación.

4. Los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo

Mediante Decreto Legislativo N° 1351, se ha incorporado un párrafo al artículo 25 del Código Penal el que ahora ha quedado de la siguiente manera:

«El que, dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiese 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 concurran en él».

¹⁷⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 220.

¹⁷⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 221.

¹⁸⁰ ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, p. 221.

De la incorporación realizada al artículo 25 del CP de un tercer párrafo, a parecer nuestro, se pueden extraer dos aspectos neurálgicos para la presente investigación: a) se estaría reconociendo legislativamente que existe una categoría de delitos en los que los elementos especiales que ostente el autor fundamentan la penalidad (delitos especiales de infracción de deber); y, b) que en los delitos de infracción de deber en los que sea posible la intervención delictiva a título de complicidad, el partícipe responderá como cómplice del delito cometido por el autor y no por otro común subyacente.

En extenso se han buscado y propuesto soluciones dogmáticas que logren determinar adecuadamente la responsabilidad de un partícipe en un delito especial. No obstante, legislativamente, no se había avanzado en ese sentido, se había mantenido un esquema general de participación para todos los tipos de la parte especial, a los que les sería aplicable las reglas de la participación, sin distinción entre delitos de dominio y de infracción de deber o delitos especiales. En ese caso, surgían dos posibles soluciones legislativas, establecer un tipo de la parte general que rijan la participación tanto en los delitos de dominio como en los delitos especiales o establecer en cada delito especial la respuesta punitiva –de corresponder– respecto de la participación (como en el caso del delito de cohecho, en el cual se ha establecido la tipificación de particular que interviene). Así, las cosas el legislador penal peruano ha considerado prudente establecer una cláusula en la parte general respecto de la participación en los delitos especiales, en los que las condiciones o elementos esenciales del autor fundamenten o justifiquen el injusto penal, con ello, no se hace referencia a otra cosa que a los delitos de infracción de deber, que como ya ha sido explicado, la infracción no solo determina la autoría sino que también justifica el injusto por sí mismo.

Así las cosas, *prima facie* la disposición normativa incorporada nos llevaría a concluir que en todos los delitos (de dominio y especiales en los que existan elementos que fundamenten la penalidad del tipo que concurren en el autor) el que realice un aporte doloso al hecho final y que haya superado el estadio de la tentativa, debería ser considerado cómplice. No

obstante, en la clasificación realizada de los delitos especiales, este criterio de imputación está referido a los delitos de infracción de deber con elementos de dominio, ya que en este tipo de delitos – como será explicado más adelante– será donde un *extraneus* pueda involucrar su comportamiento con el del autor en un hecho único final. En estos delitos la infracción de deber fundamenta el injusto pero a diferencia de los delitos de infracción de deber en sentido estricto, no reúnen la cualidad de altamente personales. En estos delitos la institución que subyace al tipo podría ser lesionada por cualquier sujeto, a través de un actuar negativo (matar a una persona, es diferente si lo realiza un sujeto cualquiera a si lo realiza un ascendiente), la infracción de deber fundamenta el injusto pero no constituye un elemento altamente personal. En los delitos de infracción de deber en sentido estricto, la infracción del deber justifica por si sola el injusto y la autoría, pero el tener el deber constituye un elemento de carácter altamente personal.

IV. Intervención delictiva en los delitos especiales

En este punto toca analizar si la intervención de partícipes es posible y punible en la clasificación de delitos especiales que hemos realizado. Es decir, si es posible que un partícipe acceda al hecho final, a través de su aporte. En ese sentido, se procederá a evaluar cada una de las categorías de los delitos especiales y determinar la punibilidad de dichas conductas.

1. En los delitos especiales de dominio

Lo que caracteriza a este tipo de delitos es la especial posición que tiene el autor para lesionar un bien jurídico. La posición especial si bien no determina por si sola la autoría, por regla general será autor quien ostente la posición requerida por el legislador; ya que será esta conducta la que atribuya la peculiaridad que la destaque respecto de los otros intervinientes. En ese sentido, este tipo de delitos siguen siendo delitos de dominio, donde se sancionará el descontrol de la esfera de organización, pero se restringe la autoría al círculo de autores determinados en cada tipo penal.

Ahora bien, dicho ello, no será difícil determinar que en estos delitos, al ser delitos compatibles con la accesoriedad de los delitos de dominio, la participación en ellos de cualquier tipo de interviniente es fácilmente aceptable, dado que al importar la infracción de un deber negativo, cualquier sujeto puede acceder a lesionar el bien jurídico, pero al no tener la posición especial accederá como partícipe. Al respecto Silva-Sánchez, comentando este tipo de delitos, explica que « [...] en la medida en que estos delitos no serían dogmáticamente distintos, sino sólo “legalmente” distintos, a los delitos comunes, la única diferencia con respecto a éstos radicaría en que sujetos que, de otro modo, podrían ser autores, habrían de ser calificados como partícipes (sujetos, por ello, al principio de accesoriedad de la participación)»¹⁸¹.

Los actos de complicidad podrán presentarse en cualquier momento de la preparación del delito o incluso durante su ejecución. Sin embargo, solo serán merecedores de un castigo, si el hecho final determinado por el autor llega a constituir una tentativa (acabada o inacabada). Todos los aportes que devienen en la consumación del delito serán punibles, siempre que se hayan realizado hasta el momento de la consumación. Por el contrario, los actos posteriores que tiendan a favorecer la consecución de la finalidad del autor del delito (v.g. ayudar a comercializar los productos provenientes del delito) no serán actos de participación, sino, en todo caso, otro delito si se encuentran tipificados como tal (ejemplo claro de ello es el delito de receptación)¹⁸².

Al ser compatibles con la accesoriedad aplicada a los delitos de dominio, no existen mayores problemas respecto de la posibilidad de la intervención. No obstante, se han planteado algunas observaciones sobre la cantidad de pena a aplicarse y la posibilidad de sustitución del sujeto que ostenta la posición especial por parte de un *extraneus* quien podría suplantarle, usurpado o desplazado al sujeto en la posición especial. ROBLES PLANAS al analizar la última observación plantea dos situaciones posibles: a) o bien se excluye la imputación del que aporta la posición, por obrar en un error imputable a quien no la aporta

¹⁸¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, p. 66.

¹⁸² GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-parte general*, p. 713.

(supuestos de usurpación); o bien b) si la conducta de quien no aporta la posición aparece como típicamente desvalorada en el primer nivel de análisis, en el segundo nivel se deberá calificar con arreglo a la medida de la correspondiente configuración (generalmente como mera complicidad)¹⁸³. Si el sujeto en la posición especial no es quien domina el hecho y actúa en algún tipo de error y se produce el resultado lesivo para el bien jurídico, la conducta del *extraneus* que se aprovechó de esta situación, dominando el hecho, podría considerarse como una autoría mediata. No siendo admisible la posibilidad de una atenuación, ya que este tipo de delitos no existe mayor distinción dogmática con los delitos de dominio, siendo que la pena del *extraneus* dependerá, fundamentalmente, de la mayor o menor distancia que lo separe del *intraneus* y de la accesibilidad al bien jurídico. Siendo que el partícipe del delito especial de dominio responderá con la misma pena del autor conforme a las normas de la parte general.

Posición distinta adopta GARCÍA CAVERO quien al analizar los delitos societarios, considera que un *extraneus* que asume funciones societarias (posición que no le correspondería en un inicio, y la estaría usurpando o tomando del estatus requerido por el tipo), seguirá siendo un ciudadano sin la posición especial, pero se convertiría en un destinatario de la norma; siendo que en estos casos no se han desprendido en ningún momento los deberes generales que atañen al rol general del ciudadano, sino que solo ha sido concretado en un ámbito especial, resultando relevante en estos casos el rol general de ciudadano que ha sido particularizado por el legislador en un ámbito determinado y no el vínculo formal de esferas de organización que pudiera existir, siendo que esta asunción de la posición especial por un *extraneus* no fundamenta por sí la responsabilidad de éste sino que siempre será necesario un grado de asunción que permita hablar de identidad normativa¹⁸⁴.

¹⁸³ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pp. 132-133.

¹⁸⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, p.174.

2. En los delitos especiales de infracción de deber

Este punto de análisis, resulta neurálgico determinar si en esta categoría de delitos (v.g. el delito de enriquecimiento ilícito) es posible la admisión de un aporte de participación por un *extraneus*, quien no resulta ser el obligado especial de la institución positiva. Se han emitido múltiples soluciones al problema, partiendo por quienes consideran que el castigo del partícipe es plenamente admisible (al igual que en los delitos de dominio), al reprocharse el aporte a la lesión del bien jurídico, debiendo recibir en abstracto es el mismo castigo que recibiría el del autor; pasando por quienes igualmente entienden que es posible la participación pero que la sanción debe ser por un delito subyacente (aquí los que hacen la distinción delitos especiales en propios e impropios); por otro lado, quienes consideran que la conducta del *extraneus* es impune, ya que no irrumpe en el bien jurídico a través del *intraneus* sino que lo hace “desde fuera”, no obstante, tal lesividad no está recogida en los delitos especiales de infracción de deber en sentido estricto, sino que necesitaría una tipificación especial.

Quienes consideran que el *extraneus* debe responder por el delito cometido por el *intraneus* parten de la idea que sería incorrecto afirmar que las expectativas garantizadas mediante los delitos de infracción de deber no incumben también a quien no se encuentra obligado positivamente. Siendo que, lo que restringe la configuración de un delito especial, solamente es la posibilidad de acceso al bien jurídico, ya que las expectativas que se tienen respecto de un delito de infracción de un deber no pueden ser defraudadas sin la concurrencia de un especialmente obligado por la institución positiva¹⁸⁵. Para justificar su posición SÁNCHEZ-VERA, se cuestiona respecto de si el comportamiento del *extraneus* resulta ser un actuar neutro respecto de la infracción de deber que acarrea la lesión del bien jurídico o por el contrario, este aporte de participación denota un comportamiento lesivo al cual también está orientada la norma¹⁸⁶. Al dar una respuesta refiere que las expectativas de las instituciones positivas atañen pues, al menos de

¹⁸⁵ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 119.

¹⁸⁶ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 219.

forma mediata, a todos, con lo que en los delitos especiales de infracción de deber, la cantidad de injusto de un *extraneus* será como mucho tan grande como la cantidad que el propio *intraneus* lleve a cabo¹⁸⁷.

Por otro lado, se han emitido razones que hacen ver la distinción entre el injusto del autor con el del partícipe. Así las cosas, se ha considerado que la solución adecuada es imputar al *extraneus* un delito que enmarca una institución positiva, es decir, aceptar la posibilidad de una contribución a la infracción del deber, ya que es este el criterio que determina la imputación. En ese sentido, GÓMEZ MARTÍN considera que « [...] debe existir una distinción entre los injustos, que se manifieste a través de una atenuación de la pena respecto del marco abstracto del autor, siendo que en los delitos de infracción de deber la atenuación de la pena del *extraneus* puede encontrarse justificada, porque el sujeto no cualificado se halla más alejado que en los delitos comunes del dominio del riesgo típico ostentado por el *intraneus*»¹⁸⁸. Este mismo autor, considera que para justificar la distinción entre el aporte de participación de un *extraneus* en un delitos de infracción de deber en sentido estricto respecto de los delitos de posición, entendiéndose que en estos últimos las esferas o estructuras sociales en las que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas, ni están tan formalizadas, como en los primeros¹⁸⁹; la intervención de un partícipe pasa por determinar el grado de accesibilidad a la esfera de protección del bien jurídico en uno u otro tipo de delito especial, pero que de igual forma podrá acceder. Consideramos que en esta posición se incurre en un error, dado que los delitos especiales de infracción de un deber y los de posición, no comparten una misma estructura de imputación. En los primeros lo que fundamentará la imputación de responsabilidad y de autoría, será la infracción del deber que atañe al obligado con la institución positiva, mientras que en los segundos lo que fundamentará la imputación será la esfera de organización propia que ha devenido en una lesión del

¹⁸⁷ SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, p. 222.

¹⁸⁸ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, p. 202.

¹⁸⁹ GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, p.202.

bien jurídico, pero desde un deber negativo de “no dañar”. En ese sentido, el acceso a las instituciones positivas y negativas es de distinta magnitud, siendo que será perfectamente aceptable que un *extraneus* pueda acceder a través de un aporte de participación a una institución negativa por ser también él destinatario de la norma, no se encentrándose en la especial posición, pero siempre podrá arrogarse esta y responder por la afectación a la institución. Mientras tanto que el acceso a las instituciones positivas sólo se ha reservado para el obligado institucional por ser exigible sólo a este la configuración de un mundo de protección frente al bien jurídico.

Por otro lado, aplicando la clásica distinción delitos especiales en propios e impropios, están quienes consideran que es posible la imputación al *extraneus* de un reproche por su conducta de participación en el hecho final de un delito de infracción de deber, pero la imputación sería por un delito subyacente. Ellos consideran que el delito común correspondiente al delito especial no sólo existe, sino que es siempre relevante, al menos en la medida en que describe el contenido material mínimo de aquello que se ha de imputar tanto al autor como al partícipe, incluso en ocasiones, definiría todo el contenido de la imputación¹⁹⁰. En ese sentido, refiere SILVINA BACIGALUPO que « [e]n los delitos especiales *proprios*, por tanto, la conducta viene descrita de manera tal que sólo puede ser autor el sujeto que ostente la característica exigida por el tipo. Es decir, que se trata de tipos penales que describen una conducta que sólo será punible a título de autor. Brevemente: el no cualificado no puede ser autor. De este modo, de acuerdo con la doctrina mayoritaria, los demás sujetos que participen en la realización de la conducta típica, sin reunir la cualificación de la autoría exigida, sólo pueden ser inductores, cooperadores necesarios o cómplices»¹⁹¹. Los que sostienen esta posición, en definitiva ven a la institución positiva como inaccesible al *extraneus* que al haber aportado al hecho final sin ser cualificado, de igual forma deberán recibir una respuesta punitiva, y buscando entre las posibilidades encuentran el delito común subyacente, al cual se debería recurrir para sancionarlo. Esta

¹⁹⁰ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, p. 37.

¹⁹¹ BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*, pp. 40-41

solución es criticada ampliamente por vulnerar los principios de unidad del título de imputación y de accesoriadad de la participación, siendo que el delito especial impropio constituye un delito cualitativamente distinto, *sui generis*, con respecto al delito común paralelo¹⁹². Resulta rescatable la posición de PEÑARANDA RAMOS, quien sostiene la punición del *extraneus* por el delito subyacente en los delitos de infracción de deber, pero considera que la pena « [...] debería ser no sólo atenuada, sino excluida por completo, la pena de aquellos partícipes a los que no pudiera comunicarse en absoluto el elemento que fundamenta la responsabilidad del sujeto cualificado por tener dicho elemento un sentido exclusivamente personal»¹⁹³. Con esto, se evidencia el problema de asumir la tradicional distinción entre delitos especiales en propios e impropios, donde en si la cualidad diferenciadora la tiene el delito subyacente que a la larga no soluciona en nada el problema del aporte de participación de un *extraneus*.

Por último, está la posición de quienes consideran que la institución positiva solo puede ser afectada por el obligado institucional y que cualquier aporte de participación, no llega afectar dicha institución, resultando inocuo respecto del tipo penal. Para arribar a esta solución, se parte por entender la especial configuración de los delitos de infracción de deber, en los cuales, el obligado se halla en una posición institucional idónea para atacar la institución positiva que le compete proteger. Delito en los cuales por un imperativo social y del legislador se ha visto reducido el ámbito de protección de determinados bienes jurídicos a cierto círculo de personas, a quienes se les ha encargado “generar un mundo de protección frente al bien jurídico”. En ese sentido, un *extraneus* no puede contribuir en virtud de su aporte de participación al hecho típico, pues éste demandará de los agresores una cualificación especial que les es atribuida en razón del deber, lo que permitirá « [...] afirmar la impunidad de todo *extraneus* en un delito especial de deber. En la medida en que al *extraneus* no le alcanza el deber especial presupuesto por el tipo, no puede

¹⁹² GÓMEZ MARTÍN, Víctor, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, p.199.

¹⁹³ PEÑARANDA RAMOS, Enrique, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, p. 18.

lesionarlo. Y si no puede lesionar el deber propio de la constitución del injusto, no puede admitirse el castigo de su intervención. Lo contrario sería imputarle un injusto ajeno»¹⁹⁴.

Resulta importante lo explicado por JAKOBS, respecto de la participación en un delito especial, quien señala: « [n]o es la prohibición de realizar el tipo, tal como está descrito en la Parte Especial, lo que infringe el partícipe, sino sólo la prohibición ampliada por medio de las regulaciones de la participación. De aquí se ha deducido que también la participación en los delitos especiales en sentido estricto no se deriva más que de esta ampliación. En tal conclusión es correcto que se trata, desde luego, de una ampliación de la punibilidad. Pero esta ampliación tiene en los delitos especiales un contenido distinto que en los comisibles por cualquiera. En los delitos especiales, el hecho principal conecta al partícipe con una institución que por lo demás a él no le concierne (no tiene estatus alguno); si al autor principal se le sustituye por una máquina, decae el tipo del delito. En los delitos comisibles por cualquiera no hace falta estatus alguno; si se imagina el hecho principal realizado por una máquina, el partícipe se convierte en autor que comete por sí mismo. Dicho de otro modo, la participación en los delitos especiales conduce a la imputación a pesar de la separación de papeles; la participación en los delitos comisibles por cualquiera, por el contrario, conduce a la imputación a pesar de la división del trabajo. En los delitos especiales, las reglas de la participación no amplían sólo el ámbito del comportamiento contrario a la norma, sino también el ámbito de destinatarios, desde limitarse al titular de un determinado estatus hasta abarcar a cualquiera»¹⁹⁵.

Teniendo en cuenta lo indicado por JAKOBS, al hacerse el análisis de quien puede ser autor de los delitos de infracción de un deber, debemos tener presente que en este tipo de delitos no es la estructura del tipo penal la que fundamenta la imputación, sino que lo es el origen institucional del deber del sujeto activo. Es decir, para la materialización de un delito de infracción de deber, no se

¹⁹⁴ ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, p. 135.

¹⁹⁵ JAKOBS, Günther, «Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación», Apdo. 22, n.m. 7.

necesita un elemento organizativo o de dominio respecto de la conducta típica, la cual se verá realizada por el obligado especial, siempre que se infrinja el deber que le atañe en razón de su posición frente a la institución, sumado a ello está claro, la imputación subjetiva. Siendo ello así, en este tipo de delitos el incumplimiento de deberes institucionales no admite graduaciones, lo que lleva a la conclusión extendida en la doctrina, que no es posible hacer una distinción entre los diversos intervinientes entre autores, coautores o cómplices, por lo que, todo el que ostente el deber institucional y lo infrinja, será considerado autor directo¹⁹⁶; es decir, todo aquel obligado por la institución positiva que realice un aporte con la finalidad de infringir el deber, lo haya realizado conjuntamente como un coautor, como autor mediato, como partícipe o inductor, siempre responderá a título de autor (v.g. el funcionario público que induce a un tercero para que se apropie de los bienes que están bajo su esfera de protección facilitándole el acceso, responderá como autor del delito de peculado, si a él le es imputable el deber de protección del bien jurídico tutelado por este delito). En ese sentido, si para los obligados especiales no se admite graduación del aporte ni cualificación de su conducta, respondiendo siempre a título de autor, por cuanto la infracción no sólo genera el título de imputación, sino que constituye en sí mismo la imputación; para un *extraneus* que no ostenta el deber, será imposible realizar una cualificación de su aporte, ya que al no poder ser autor, no se tendría un fundamento para imputársele responsabilidad, partiendo de la premisa que podrá ser cómplice quien pueda realizar el tipo penal como autor. Así las cosas, quien no ostente el deber de protección de la institución positiva y realiza un aporte al hecho final que se conjuga con la conducta del autor, por más que en el mundo factico determine la lesión del bien jurídico, resultará inocua al deber que constituye el tipo penal, ya que el *extraneus* no podrá infringir un deber que no le compete. Al *extraneus* no le alcance la norma de conducta dispuesta en el tipo penal, no pudiendo admitirse el castigo de su intervención, por estar interviniendo en un hecho totalmente ajeno a su alcance, al cual no podría acceder en condición de autor. En esa misma línea de ideas, otro fundamento de la posición analizada, es que en este

¹⁹⁶ CARO JHON, José Antonio, en *Estudios de Derecho Penal Funcionalista*, p. 69; GARCÍA CAVERO, Percy, «Derecho Penal-parte general», p. 697-698.

tipo de delitos se ve consumada la conducta típica con el solo incumplimiento del deber; es decir, cualquier aporte encaminado a “prestar auxilio para la realización del hecho punible” será innecesaria ya que con la conducta del autor es suficiente para configurar el delito.

Este tipo de delitos cometidos estaría constituyendo un grupo de delitos que manifiestan deberes altamente personales que son el fundamento del injusto¹⁹⁷, de allí que resulten incomunicables los elementos que fundamentan la responsabilidad del sujeto cualificado, por tener éstos un carácter personalísimo. Es decir, los hechos que pueden llegar a configurar en razón de su especial posición institucional y el deber especial que ostenta, hace que sea inaccesibles al no comunicarse el factor que permite infringir el deber y por tanto lesionar la institución. Ello, lo ejemplifica perfectamente ROBLES PLANAS con el delito de prevaricato judicial, del cual refiere que « [e]l *extraneus* no tendría ninguna participación en el desvalor de acción intensificado que respecto del juez radica en la deslealtad a la responsabilidad especial que le corresponde en el ejercicio de su oficio. En este sentido, un deber altamente personal, como el de hacer justicia, no parece que pueda transferirse o comunicarse; sólo el juez puede llevar a cabo un ejercicio abusivo de la Administración de Justicia, puesto que a él únicamente se le ha conferido, en persona, el ejercicio de esa función pública. Por tanto, el *extraneus* no puede intervenir en la lesión de ese deber especial, sino a lo sumo cometer un delito distinto»¹⁹⁸. Y continúa explicando su posición en pie de página señalando que « [l]a norma que prohíbe la prevaricación se le dirige única y exclusivamente al juez, que es quien precisamente puede dictar una sentencia –justa o injusta– y sólo éste tiene esa posición de poder especial para ejercer la Administración de Justicia. En ese sentido, sólo quien puede administrar justicia puede hacer un uso abusivo de esa función. El injusto en estos casos

¹⁹⁷ ROBLES PLANAS, Ricardo y JAVIER RIGGI, Eduardo, «El extraño artículo 65.3 del Código Penal. Un diálogo con Enrique Peñaranda sobre sus presupuestos dogmáticos y su ámbito de aplicación» en ROBLES PLANAS, Ricardo (Director), *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires (Editorial LBdeF), 2014, p. 74.

¹⁹⁸ ROBLES PLANAS, Ricardo y JAVIER RIGGI, Eduardo, en *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, p. 75.

radica en el incumplimiento del haz de deberes que define esa posición especial. El *extraneus* carece de ese poder y, por tanto, no puede abusar de algo que no posee; concretamente, no puede subrogarse en la posición de juez. Por esa razón, el *extraneus* no puede acceder normativamente a esa función ni lesionar la norma»¹⁹⁹.

En la misma línea argumentativa, SILVA SÁNCHEZ sostiene que al realizar la división de los delitos de infracción de deber, en delitos de infracción de deber en sentido estricto y de infracción de deber con elementos de dominio, es que puede concluirse que en los primeros la intervención “accesoria” del *extraneus* no sería una auténtica expresión de la accesoriidad, sino sencillamente de la infracción propia de un deber general (negativo) de abstenerse de perturbar la institución positiva que subyace al deber específico del *intraneus*²⁰⁰. Con esto nos toca analizar si efectivamente con el aporte de participación que puede realizar un *extraneus* es posible que acceda al hecho final. Debemos señalar que cualesquier aporte factico que pueda realizar un tercero no obligado, resultará inocuo para la materialización del tipo penal, ya que de la organización de su libertad que pueda realizar el partícipe, no coadyuvará en nada a la infracción de deber del *intraneus* de quien dependerá exclusiva y excluyentemente afectar la institución positiva. Será solo decisión del juez incumplir su deber de impartir justicia rectamente e incurrir en prevaricato, por más que exista un aporte de participación, en la redacción de la sentencia, en el aporte de datos del caso, en la entrega de normal legales derogadas, en cualesquier tipo de aporte que pueda realizar un ajeno al deber, siempre la materialización de la infracción se restringirá a la decisión del juez de infringir el deber, evitando con ello la edificación de un mundo de protección del bien jurídico subyacente al delito de prevaricato. El *extraneus* no puede acceder a la institución positiva, ni por su propia decisión ni por decisión del *intraneus*, lo que posiciona a la institución positiva en un lugar inalcanzable para el *extraneus*.

¹⁹⁹ ROBLES PLANAS, Ricardo y JAVIER RIGGI, *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, Nota 32.

²⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, p. 69.

La solución que propone la doctrina para evitar del todo la impunidad del *extraneus*, ya que la sociedad siempre reclamará una sanción por su aporte de participación (al no ser una conducta neutral) será considerar que dicho aporte si bien no puede infringir la institución positiva por carecer del deber especial, si infringe una institución negativa general que atañe a todos los ciudadanos, que vendría a ser la de no dañar “desde afuera” las instituciones positivas²⁰¹. Resultando adecuado hablar de intervenciones paralelas, ya que el *extraneus* debería ser considerado autor pero de otro delito. Esto se constituye como una propuesta de *lege ferenda* ya que no existen tipos penal para todos los delitos especiales en sentido estricto que puedan sancionar al *extraneus* por una lesión a una institución positiva desde fuera (v.g. será el delito de cohecho activo el ejemplo bandera de esta propuesta, ya que aquí se regula la afectación desde afuera de la institución que subyace al delito de cohecho, respecto del funcionario).

Al llegar a este punto, debemos señalar, que compartimos plenamente la última de las posiciones esbozadas, al tomar en cuenta el fundamento del castigo del partícipe, la distinción entre delitos especiales y la reformulación de la accesoriedad –que ha efectuado la doctrina y que meridianamente se ha tratado de explicar en las líneas precedentes–. En razón de ello, consideramos que efectivamente el *extraneus* no puede aportar a la infracción de un deber vinculado a una institución positiva, por cuanto, aceptar dicha intervención resultaría totalmente incoherente con el sistema de reconocimiento de los delitos especiales de infracción de deber en paralelo con los de dominio de hecho, ya que admitir una participación en este tipo de delitos con base en una competencia por organización (que sería el aporte que podría realizar un *extraneus*) tiraría por la borda la razón de ser de la distinción de los delitos en infracción de deber y de dominio²⁰².

²⁰¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, p. 69; ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, pp. 243-244.

²⁰² GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal económico. Parte especial*, Volumen II, Lima (Instituto Pacífico), 2015, p. 1111.

3. En los delitos especiales de infracción de deber con elementos de dominio

La solución que se propondrá para este tipo de delitos resultará controvertida, no sólo por la categorización propuesta que aún no ha sido asumida en nuestra jurisprudencia, sino también por romper con el uso de instituciones o teorías que resultan desfasadas en la inconmensurable tarea de adentrarse en la teoría de la autoría y la participación, de la cual aquí solo se ha pretendido hacer un aporte en la medida de las posibilidades y extensión del presente trabajo.

En este tipo de delitos, como se explicó anteriormente, concurren las dos competencias que identifican una imputación, primero una competencia institucional (materializada por la infracción del deber que se vincula a la institución) y también una competencia por organización o de dominio del hecho. Siendo que la participación de un *extraneus* puede ser aceptada en el componente organizativo del delito²⁰³, siendo posible la realización conjunta del hecho, aportando el autor la infracción de deber y el partícipe el incremento del riesgo para el bien jurídico. Siendo exigible al primero un deber positivo de “edificar un mundo de protección respecto del bien jurídico” mientras que al segundo un deber negativo de “no dañar”. A diferencia de los delitos especiales en sentido estricto, aquí si existe un componente de organización que será realizado por el autor o por cualesquier otro sujeto que desee cooperar dolosamente al hecho final, es decir, aquí no solo se afecta una institución positiva sino también una institución negativa, que si bien la negativa se puede ver subsumida por la positiva, esto será respecto del autor, mientras que para otros intervinientes que no ostenten la posición institucional especial, despliega sus efectos la institución negativa y es aquí donde puede prestar su aporte y acceder al hecho final “prestando auxilio para la realización de un hecho punible”.

²⁰³ GARCÍA CAVERO, Percy, *Anuario de Derecho Penal-La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú*, p. 125.

El ejemplo paradigmático de este tipo de delito es el de parricidio. El cual se ve constituido como un delito de infracción de deber, ya que el autor del mismo, vinculado a una institución positiva denominada paterno-filial. Esta vinculación resulta ser muy intensa y, por tanto, al hacer el análisis de la subsunción de las competencias institucional y organizativa, será pues la institucional la que prime respecto del ámbito organizativo. No obstante, para un sujeto que realice un aporte de participación al hecho final (muerte del hijo), para determinar la responsabilidad no se analizaran las dos competencias, sino que únicamente, saldrá a flote al momento de realizar la imputación, la competencia por organización. Es así que, si un padre (*intraneus*) decide matar a su hijo y contrata para ello a un sicario (*extraneus*), el elemento organizativo del hecho evidentemente lo realizara quien tenga el dominio del hecho que es el sicario; no obstante, el padre que lejos de proteger a la institución, genera su afectación, responderá no por tener dominio del hecho, sino por haber infringido la institución fomentando su lesión. En ese sentido, el padre responderá como autor del delito de parricidio aun cuando no hay sido quien mato al hijo. Lo que quedará por determinar será el delito que deberá imputársele al *extraneus*. Antes de ello, debemos indicar, que el aporte de participación se conecta con la intervención del autor de infracción de deber en el hecho final, al cual puede acceder el partícipe por existir una competencia organizativa en la que él puede coadyuvar para la realización del tipo penal, será pues, este aporte al hecho lo que permita imputar responsabilidad en el partícipe.

En este punto nos queda por determinar cuál será el del delito que deberá imputarse al partícipe. Consideramos que será el mismo que se le impute al autor. Es decir, que si el autor comete parricidio, el partícipe si bien no ostenta la condición especial para cometer el delito como autor, si está en condición de lesión en calidad de autor el bien jurídico que enmarca la institución positiva. El bien jurídico que subyace a la institución positiva vinculada al delito de parricidio es la vida del hijo o pariente (conforme la estructura del delito prescrita en el artículo 107 del Código Penal). Siendo ello así, el partícipe *extraneus* está en condición de lesionar dicho bien jurídico, a través de una institución negativa, de no dañar, con la descripción “no matar”, pero su reproche no será por el delito de homicidio sino por el de parricidio por ser su aporte

destinado a causar la muerte, no de cualquier persona, sino de alguien que está vinculado al autor por una institución positiva, la paterno-filial. En ese sentido, resulta importante recalcar la propuesta que realiza GIMBERNAT al cuestionar la posición dominante en España del castigo que debe imponérsele al partícipe que interviene en un parricidio, manifestado que « [d]el extraño que interviene en un parricidio dice que lo hace en un homicidio, a pesar de que los presupuestos típicos (muerte de un extraño por un extraño) de ese delito no existan. Del pariente que induce a un homicidio dice que induce a un parricidio, siendo así que nadie ha matado a un pariente. Estos parricidios de la doctrina dominante que aparecen y desaparecen, esos homicidios que surgen y se ocultan, que de pronto están ahí (para los autores en sentido estricto) y luego ya no están (para los partícipes), suponen una construcción extraordinariamente rara que viola la simple verdad de que el extraño que interviene en un parricidio lo hace en un parricidio, y el *intraneus* que colabora en un homicidio lo hace en un homicidio»²⁰⁴.

Como fue explicado en el rubro de los delitos de infracción de deber en sentido estricto, las posturas del delito subyacente, no son adecuadas para solucionar el problema de la participación, por lo que, en esta categoría de delitos, si bien existiría un delito común subyacente, el reproche penal debe ser por el delito que configura el hecho final, al cual el *extraneus* ha accedido por el componente organizativo que acompaña a la infracción del deber de dicho tipo penal. Esto se ve refrendado legislativamente con la incorporación realizada del tercer párrafo del artículo 25 del CP en el cual se comunican los elementos que fundamentan el delito especial al partícipe.

²⁰⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial LBdeF, 2006, pp. 247-248.

V. Posibilidad de la intervención de un *extraneus* en el delito de enriquecimiento ilícito

Respecto del delito de enriquecimiento ilícito queda completamente descartada la posibilidad que sea un delito especial de dominio, por su especial descripción típica y por el círculo de autores al cual se restringe (funcionarios públicos), además que existe un deber positivo que subyace al tipo, en consecuencia existe una institución positiva. Siendo ello así, lo que quedaría por determinar es si pertenece a la categoría de delitos de infracción de deber en sentido estricto o a los delitos de infracción de deber con elementos de dominio. Esta última posibilidad debe ser rechazada ya que de la estructura típica y de la conducta que importa este delito no converge ninguna competencia organizativa, sino que sólo la infracción del deber positivo la que da sentido de imputación. Es decir, la sola infracción de deber del obligado especial en el delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401 del Código Penal) fundamenta la imputación.

Siendo ello así, resulta aplicable todo lo estudiado en el punto anterior respecto a la participación del *extraneus* en los delitos de infracción de deber en sentido estricto. El delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial de infracción de deber, el deber que tiene el funcionario conforme al bien jurídico es “mantener la transparencia en las fuentes de sus ingresos”. El funcionario no es que tenga prohibido enriquecerse, incrementar su patrimonio o disminuir su pasivo, lo que le exige la institución positiva es mantener la transparencia en sus fuentes de ingreso y así no afectar a la función pública, infringirá este deber, el funcionario que no justifique ante la Administración Pública las fuentes que originaron el enriquecimiento advertido, que se reputará ilícito de no condecirse con sus ingresos legítimos y sus declaraciones anuales de bienes y rentas.

En ese sentido, un aporte de participación al hecho final, no resulta procedente, ya que, el autor lo configurará con la sola infracción del deber especial que le atañe, no resultando tampoco necesario para su configuración ningún tipo de aporte. Siendo que el *extraneus* no le asiste este deber especial para con la Función Pública, ya que él no es funcionario y, por ende, no tiene la obligación, con lo que la institución positiva se convierte en inaccesible para ser afectada por éste. Esto implica que la conducta de participación no podrá conectarse con el

hecho principal, por no aplicarse la accesoriedad en este tipo de delitos. Además de ello, este tipo de delitos no admite graduación respecto del grado de participación de los intervinientes (obligados especiales), es decir, no puede determinarse en razón de las contribuciones que cada interviniente haga, si han actuado como autores, coautores, cómplices o inductores, por lo que, todos los intervinientes obligados especiales que realicen el tipo penal, siempre responderán en condición de autores en los delitos de infracción de deber en los que sea posible una intervención de más de un obligado. No obstante, la especial configuración del delito de enriquecimiento ilícito hace ver, que es un delito personalísimo, en el cual se advierte una única infracción que puede ser cometida por un único obligado. La transparencia en las fuentes de ingresos de los funcionarios al servicio del Estado es un bien jurídico que se verá vulnerado individualmente por cada obligado. En esa línea de ideas, al no ser posible la realización conjunta del delito por varios obligados especiales, resultará totalmente inaccesible la participación de un *extraneus* que nada tenga que ver con la institución positiva.

Cualesquier aporte factico que pueda realizar un *extraneus*, resultará inocuo para la materialización del tipo penal, ya que de la organización de su libertad no coadyuvará en nada a la infracción de deber del *intraneus*, de quien dependerá exclusiva y excluyentemente afectar la institución positiva. Siendo ello así, lo que quedará por resolver será la determinación de la punición o no del aporte de participación, que si bien no resulta sancionable con el tipo penal de enriquecimiento ilícito, no es una conducta neutra, ya que importa un desvalor respecto del sistema. La solución que planteo para este problema será considerar que si el aporte ha sido de tal trascendencia social que ha logrado configurar por sí solo un tipo penal, entonces se deberá imputar tal delito al *extraneus*. Ejemplo de ello será, el funcionario que tiene en su ámbito de protección recursos y es quien asigna viáticos a los funcionarios de su institución, por negligencia ha estado asignando más de los que corresponde a un determinado funcionario quien ha visto incrementado su patrimonio, haciendo uso de este dinero sin rendir cuentas sobre sus gastos en las comisiones de servicio realizadas; el funcionario se ha enriquecido en su patrimonio, siendo que al ser requerido para que justifique el incremento no realiza tal acto y configura el delito de enriquecimiento ilícito; la conducta del funcionario dolosa o culposa que haya aportado para el incremento del patrimonio del funcionario enriquecido, no podrá ser considerado un aporte de participación en el

delito de enriquecimiento ilícito sino que podría ser calificada como un hecho distinto que calificaría peculado dolo o culposo (artículo 387 del Código Penal) y se le imputaría en grado de autoría. Por otro lado, si el aporte fuese realizado por un *extraneus* no funcionario, que por intermedio de esté el funcionario busca aparentar la disminución de su patrimonio para evadir la responsabilidad de su infracción (el típico caso del testaferro), de igual forma que sucede en el ejemplo anterior, de llegar a configurar esta conducta un ilícito distinto, deberá imputársele al particular en calidad de autor este delito, como el de receptación (artículo 194 del Código Penal).

Los delitos de infracción de deber en sentido estricto, tienen su fundamento en la protección de instituciones positivas, que no le alcanza proteger a todos los ciudadanos sino única y exclusivamente a los obligados especiales. Que son quienes tienen que vigilar la protección y evitar las lesiones que puedan configurarse al bien jurídico. Quienes no estén obligados por dichas instituciones no podrán acceder al bien jurídico, a menos que se legislen tipos penales en la parte especial, que regule dichas conductas, de realizar análisis forzados de las instituciones dogmáticas para justificar un injusto que no lesiona bienes jurídicos, se produce una injusticia mayor que la de dejar impune a alguien que ha realizado una conducta reprochable pero no que no tipifica en el delito que se le imputa.

CONCLUSIONES

1. El bien jurídico del delito de enriquecimiento ilícito está configurado por la “transparencia en las fuentes de ingreso que debe tener el funcionario público”. Este no está vinculado directamente con la Administración Pública, sino más bien es un aspecto de la función pública. Siendo ello así, los ingresos del funcionario público se deberían restringir a la remuneración como consecuencia de la función y de tener otros ingresos o rentas, deben ser declarados; estableciendo la ley penal una presunción en contra del funcionario, que de presentar un desbalance patrimonial, se evidenciaría indicios de enriquecimiento ilícito. La transparencia en las fuentes de ingreso debe ser considerada como un imperativo de honestidad del funcionario, de quien se exige un comportamiento probo en todos los ámbitos de su realización.
2. La expresión “abusando de su cargo”, elemento normativo del delito de enriquecimiento ilícito, importa no sólo el aspecto formal de vinculación del agente con la Administración Pública, sino que su análisis nos lleva más allá y se convierte en un límite temporal de la realización del delito, que encuentra un hito en el ejercicio del cargo. El considerar esta expresión como un límite temporal posibilita que no se queden en la impunidad conductas que se produzcan antes de asumido el cargo, por lo que el enriquecimiento patrimonial puede efectuarse antes y durante el ejercicio cargo. No obstante, si bien el enriquecimiento puede producirse antes de asumir el cargo, el deber de declarar se generará únicamente al

asumirlo y recién ahí le será exigible al funcionario la obligación de mantener la transparencia en sus fuentes de ingreso.

3. El delito de enriquecimiento ilícito, es uno de infracción de deber en sentido estricto. El funcionario en los diferentes estamentos de la administración, no solo se vincula a la protección de bienes jurídicos patrimoniales (caudales o efectos bajo su administración como en el caso del peculado) sino también a bienes jurídicos institucionales (transparencia en las fuentes de ingreso que debe tener el funcionario público), siendo uno u otro, el obligado no solo tiene el deber negativo de no lesionar estos bienes jurídicos sino el deber positivo de realizar un mundo de protección respecto de estos bienes jurídicos. Siendo ello así, cuando el funcionario público lejos de mantenerse en un estándar de protección del bien jurídico, ve incrementado su patrimonio ilícitamente y sin coherencia con sus ingresos legítimos, estará faltando a este deber positivo y en consecuencia le será imputable el enriquecerse ilícitamente.
4. En el delito de enriquecimiento ilícito, el deber que tiene el funcionario público conforme al bien jurídico antes determinado, es el de mantener la transparencia en las fuentes de sus ingresos. En ese sentido, el funcionario no tiene prohibido enriquecerse, incrementar su patrimonio o disminuir su pasivo, lo que prohíbe la norma es que el funcionario no justifique ante la Administración Pública las fuentes que originaron este enriquecimiento, que se reputará ilícito de no condecirse con sus ingresos legítimos y sus declaraciones anuales de bienes y rentas y será en este momento en que se infringe el deber especial.
5. El binomio delitos de dominio y delitos de infracción de deber, se distingue por la existencia de instituciones negativas en los delitos de dominio, mientras que en lo de infracción de deber concurre una institución positiva. Las instituciones negativas restringen el ámbito de libertad (competencia por organización) de cualesquier ciudadano, con deberes generales que están destinados a evitar que estos lesiones bienes jurídicos que la sociedad ha reconocido como valiosos. Mientras que las instituciones positivas existen deberes de fomento y ayuda, que vinculan al obligado restringiéndosele el ámbito de actuación propio y generan en el la obligación de edificar un mundo de protección respecto del bien jurídico que

subyace a la institución. Las instituciones o deberes positivos, abarcan también a las instituciones negativas. Mientras que las instituciones negativas vinculan a todos los miembros de una sociedad por igual, las positivas están restringidas a un cierto ámbito de obligados, los cuales ostentan por su especial posición institucional un deber especial (competencia institucional).

6. Los delitos especiales, son aquellos en los que el legislador ha dispuesto restringir el círculo de autores posibles, a través de una disposición que los identifica con elementos normativos como “el funcionario” en el delito de peculado, “la mujer que causa su aborto” en el delito de aborto, “el que omite cumplir su obligación de prestar los alimentos” en el delito de incumplimiento de deberes alimentarios o “el productor, fabricante o comerciante” en el delito de especulación. Los cuales se distinguen de los delitos comunes comisibles por cualquiera por la restricción legal de quien puede ser autor. No obstante, existe dentro de la categoría de delitos especiales sub categorías, regidas básicamente por un criterio diferenciador –nuevamente– del dominio del hecho. Es así, que habrán delitos especiales de dominio, en los cuales, será imputado el reproche a quien haya creado o incrementado el riesgo; también estarán los delitos de infracción de deber en sentido estricto, en los que concurre una institución positiva, no existen elementos de dominio y será autor el obligado especial; y los delitos de infracción de deber con elementos de dominio, en los que concurren competencias institucionales y de organización.
7. La accesoriedad debe ser entendida como un criterio de la participación, que permite vincular un hecho que supera el estadio de la tentativa, que es objetivamente típico y no está justificado, es decir un hecho punible, a un aporte de participación doloso. Entendiéndose que será el hecho y no el autor, el parámetro respecto del cual se deberá evaluar la accesoriedad del aporte de participación. La accesoriedad en los delitos especiales de dominio y en los delitos especiales de infracción de deber con elementos de dominio, al concurrir en ellos competencias por organización, funcionará respecto de esta competencia, siendo accesible las instituciones negativas por un partícipe *extraneus*. Mientras que en los delitos de infracción de deber en sentido estricto, el partícipe

extraneus no podrá acceder al hecho final, por ser inocua su participación en la afectación de una institución positiva.

8. En los delitos de infracción de deber en sentido estricto lo que fundamenta la imputación, es el origen institucional del deber del autor y la obligación personalísima que le atañe. Es decir, para la comisión de un delito de infracción de deber, no se necesita un elemento organizativo o de dominio respecto de la conducta típica, esta se verá realizada con la infracción del deber por parte del obligado. Por ello no resulta admisible ningún tipo de graduación de la responsabilidad, si son varios intervinientes y todos son obligados especiales y realizan conjuntamente el tipo, todos serán tratados como autores si les asiste el deber. En ese sentido, si para los obligados especiales no se admite graduación del aporte ni cualificación de su conducta, respondiendo siempre a título de autor; para un *extraneus* que no ostenta el deber, será imposible realizar una cualificación de su aporte, ya que al no poder ser autor, no se tendría un fundamento para imputársele responsabilidad, partiendo de la premisa que podrá ser cómplice quien pueda realizar el tipo penal como autor. Así las cosas, quien no obtente el deber de protección de la institución positiva y realiza un aporte al hecho final que se conjuga con la conducta del autor, por más que en el mundo factico determine la lesión del bien jurídico, resultará inocua al deber que constituye el tipo penal, ya que el *extraneu* no podrá infringir un deber que no le compete.
9. El delito de enriquecimiento ilícito es un delito especial de infracción de deber en sentido estricto, el deber que tiene el funcionario es el de “mantener la transparencia en las fuentes de sus ingresos”. En ese sentido, un aporte de participación al hecho final, no resulta procedente, ya que, el autor lo configurará con la sola infracción del deber especial que le atañe, no resultando tampoco necesario para su configuración ningún tipo de aporte. Siendo que el *extraneus* no le asiste este deber especial para con la Función Pública, ya que él no es funcionario y, por ende, no tiene la obligación, con lo que la institución positiva se convierte en inaccesible para ser afectada por éste. Esto implica que la conducta de participación no podrá conectarse con el hecho principal, por no aplicarse la accesoriedad en este tipo de delitos.

BIBLIOGRAFÍA

- ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra Editores, 2001.
- BACIGALUPO, Enrique, *La renovación de la dogmática penal. Análisis y revisión de los conceptos de culpabilidad, dolo, autoría, participación, tipo y error y delitos de omisión*, Buenos Aires: Hammurabi, 2011.
- BACIGALUPO, Silvina, *Autoría y participación en delitos de infracción de deber. Una investigación aplicable al Derecho Penal de los negocios*, Madrid: Marcial Pons, 2007.
- BERRUEZO, Rafael, *Delitos de dominio y de infracción de deber*, Buenos Aires: Euro Editores, 2009.
- BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, Madrid: Civitas, 1995.
- CARO CORIA, Dino Carlos y Otros, *Delito de tráfico de influencia, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, Lima: Juristas Editores, 2002.
- CARO JHON, José Antonio, *Normativismo e imputación jurídico-penal: estudios de Derecho Penal funcionalista*, Lima: Ara Editores, 2010.

- CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de negociación incompatible*, Lima: Instituto Pacifico, 2015.
- CREUS, Carlos, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires: Astrea, 1981.
- DONNA, Edgardo Alberto, *Delitos contra la Administración Pública*, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- DONNA, Edgardo Alberto, *La autoría y la participación criminal*, segunda edición, Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2002.
- FIERRO, Guillermo Julio, *Teoría de la participación criminal*, segunda edición, Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino, *El delito de enriquecimiento ilícito*, Lima: Idemsa, 2001.
- GARCÍA CAVERO, Percy y CASTILLO ALVA, José Luis, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal-Parte General*, segunda edición, Lima: Jurista Editores, 2012.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *La pena del partícipe extraneus en los delitos especiales*, en Anuario de Derecho Penal-La reforma del Derecho Penal y del Derecho Procesal en el Perú, número 2009.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, Barcelona: José María Bosh Editor, 1999.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Otra vez sobre la responsabilidad penal del administrador de hecho: una cuestión general y otra particular*, InDret 3/2006.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Autor y cómplice en el Derecho Penal*, Buenos Aires: Editorial LBdeF, 2006.

- GÓMEZ MÉNDEZ, Alfonso, GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo, *Delitos contra la Administración Pública*, tercera edición., Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, Lima: Gaceta Jurídica, 2000.
- HUGO ÁLVAREZ, Jorge B., *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2007.
- INCHAUSTI, Miguel A., *Enriquecimiento ilícito de funcionarios- El art. 268.2 del Cód. Penal –Leyes 16.648 y 25.188*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2001.
- JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*», segunda edición, Madrid: Marcial Pons, 1997.
- MIKKELSEN-LÖTH, Jorge Federico, *Enriquecimiento ilícito*, Buenos Aires: La Ley, 2001.
- MOLINA ARRUBLA, Carlos Mario, *Delitos Contra la Administración Pública*, tercera edición, Medellín: Editorial Leyer, 2000.
- NAKASAKI SERVIGON, César Augusto, *Problema de aplicación del tipo penal de enriquecimiento ilícito: desconocimiento de su naturaleza subsidiaria*, en *Ius et praxis*, N.º 33, enero-diciembre, Lima, 2002.
- NAKAZAKI SERVIGON, Cesar y Otros, *Delitos contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos*», Lima: Gaceta Jurídica, 2016.
- NUÑEZ Ricardo C. *Manual de Derecho Penal-Parte Especial*, cuarta edición, Buenos Aires: Lerner Editora, 2009.
- PALMA, Carlos y GUEVARA VÁSQUEZ, Iván P., *Autoría y participación criminal. Nuevos paradigmas*, Lima: Ideas Solución Editorial, 2015.

- REAÑO PESCHEIRA, José Leandro, *Tres estudios de dogmática penal. El desistimiento voluntario de la tentativa, el error de tipo y la teoría de la intervención delictiva*, Lima: Juristas Editores, 2010.
- REYNA ALFARO, Luis Miguel (Director), *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Jurista Editores, 2009.
- ROBLES PLANAS, Ricardo (Director), *La responsabilidad en los “delitos especiales”-El debate doctrinal en la actualidad*, Buenos Aires (Editorial LBdeF), 2014.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *La participación en el delito: fundamento y límites*, Madrid: Marcial Pons, 2003.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Deberes negativos y positivos en Derecho Penal*, InDret 4/2013.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*, Barcelona: Atelier, 2007.
- ROBLES PLANAS, Ricardo, *Los dos niveles del sistema de intervención en el delito (el ejemplo de la intervención por omisión)*, InDret 2/2012.
- ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, cuarta edición, Lima: Grijley, 2001.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte general. Especiales formas de aparición del delito*, tomo II, Traducido por Diego-Manuel Luzón Peña y otros, Navarra Thomson Reuters-Civitas, 2014.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ TRELLES, Javier, *Delitos de infracción de deber y participación delictiva*, Madrid: Marcial Pons, 2002.
- SANCINETTI, Marcelo, *El delito de enriquecimiento ilícito de funcionario público –art. 268.2, CP*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1994.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, *El nuevo escenario del delito fiscal en España*, Barcelona: Atelier, 2005.

SILVA-SÁNCHEZ, Jesús María y SUAREZ GONZALES, Carlos, *La dogmática penal frente a la criminalidad en la Administración Pública y otros problemas actuales del Derecho Penal*, Lima: Grijley, 2001.

JURISPRUDENCIA

- Acuerdo Plenario 3-2015/CIJ-2016 emitido por las Salas Supremas de la Corte Suprema del Perú
- Caso AV 06-2001, tramitado ante la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la Republica.
- Sentencia de Casación emitida en el expediente número 782-2015-Del Santa, del 06 de julio de 2016.
- Sentencia emitida por la Primera Sala Penal Especial de Lima en el Expediente N.º 99-2009, el 25 de enero de 2011
- Sentencia del Tribunal Constitucional de Portugal N.º 179/2012. Disponible en < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120179.html>> consultada con acceso el [15 de abril de 2016].

ANEXO

ANEXO 1.

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

El Peruano / Sábado 7 de enero de 2017

NORMAS LEGALES

67

juntas directivas de los colegios de notarios, el Consejo del Notariado, la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú y la Unión Internacional del Notariado Latino.

l) Proporcionar de manera actualizada y permanente de preferencia por vía telemática o en medios magnéticos los datos e información que le soliciten su colegio y el Consejo del Notariado. Asimismo suministrar información que los diferentes poderes del Estado pudieran requerir y siempre que no se encuentren prohibidos por ley.

m) Otorgar todas las facilidades que dentro de la ley pueda brindar a la inversión nacional y extranjera en el ejercicio de sus funciones.

n) Cumplir con las funciones que le correspondan en caso de asumir cargos directivos institucionales; y,

ñ) Aceptar y brindar las facilidades para las visitas de inspección que disponga tanto su Colegio de Notarios, el Tribunal de Honor y el Consejo del Notariado en el correspondiente oficio notarial.

o) Aceptar y brindar las facilidades para las visitas de inspección que disponga tanto su Colegio de Notarios, el Tribunal de Honor y el Consejo del Notariado en el correspondiente oficio notarial, así como la Unidad de Inteligencia Financiera.

p) Cumplir con todas las normas pertinentes en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, conforme a la legislación de la materia.

(...)

"Artículo 54.- Contenido de la Introducción
La introducción expresará:

a) Lugar y fecha de extensión del instrumento.

b) Nombre del notario.

c) Nombre, nacionalidad, estado civil, domicilio o profesión u ocupación de los otorgantes; seguida de la indicación que proceden por su propio derecho.

d) El documento nacional de identidad - DNI, los documentos de identidad o de viaje determinados para la identificación de extranjeros en el territorio nacional conforme a la normatividad sobre la materia, y la verificación de la respectiva categoría y calidad migratorias vigentes que lo autorice a contratar.

e) La circunstancia de intervenir en el instrumento una persona en representación de otra, con indicación del documento que lo autoriza.

f) La circunstancia de intervenir un intérprete en el caso de que alguno de los otorgantes ignore el idioma en el que se redacta el instrumento.

g) La indicación de intervenir una persona, llevada por el otorgante, en el caso de que éste sea analfabeto, no sepa o no pueda firmar, sea ciego o tenga otro defecto que haga dudosa su habilidad, sin perjuicio de que imprima su huella digital. A esta persona no le alcanza el impedimento de parentesco que señala esta Ley para el caso de intervención de testigos.

h) La fe del notario de la capacidad, libertad y conocimiento con que se obligan los otorgantes.

i) La indicación de extenderse el instrumento con minuta o sin ella; y,

j) Cualquier dato requerido por ley, que soliciten los otorgantes o que sea necesario a criterio del notario.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA DEROGATORIA

ÚNICA.- Normas derogadas

A partir de la entrada en vigencia de la presente norma se derogan el Decreto Legislativo N° 703 que promulga la Ley de Extranjería; el Decreto Legislativo N° 1043, Decreto Legislativo que modifica la Ley de Extranjería; el Decreto Legislativo N° 1236, Decreto Legislativo de Migraciones y toda norma que se oponga al presente Decreto Legislativo.

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

CARLOS BASOMBRIO IGLESIAS
Ministro del Interior

1471551-2

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 sesentecincos 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:

- Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- 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:

- Resulte con lesión grave.
- Tiene menos de dieciocho años o es mayor de sesenta años de edad.
- Padece de cualquier tipo de discapacidad.
- Se encuentra en estado de gestación.
- 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

Unica.- 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

1471551-3

DECRETO LEGISLATIVO N° 1352

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 sobre dichas materias por un plazo de noventa (90) días calendario;

Que, las facultades otorgadas en materia de seguridad ciudadana se encuentran previstas en el numeral 2) del artículo 2 de la citada ley; y, dentro de este numeral, el literal i) faculta al Poder Ejecutivo para incorporar la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas involucradas en actos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, respectivamente;

Que, el Perú ha ratificado los principales instrumentos internacionales en materia de lucha contra la corrupción, tales como la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo; instrumentos que exigen al Perú regular la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas por su participación en los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, sea en el ámbito penal, civil o administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que los hayan cometido;

Que, asimismo, conforme a las Recomendaciones tres (3) y cinco (5) del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y sus respectivas notas interpretativas, los países, entre ellos, el Perú - que asumió el compromiso de cumplirlas en el año dos mil - deben asegurar que se aplique a las personas jurídicas involucradas en los delitos de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo responsabilidad penal, civil o administrativa; y, por su parte, la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), exige legislar la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas por su participación en el cohecho activo transnacional;

Que, mediante Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, se estableció la responsabilidad de las personas jurídicas pero únicamente para el delito de cohecho activo transnacional, previsto en el artículo 397-A del Código Penal;

Que, con la finalidad de cumplir con todas las exigencias internacionales antes mencionadas, se hace necesario perfeccionar el marco normativo vigente y establecer un nuevo campo de responsabilidad administrativa que regule, además del delito de cohecho activo transnacional, la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas que participan en otros delitos de corrupción, tales como el delito de cohecho activo genérico y cohecho activo específico, así como en los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo;

De conformidad con lo establecido en el literal a) e i) del numeral 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; y,
Con cargo a dar cuenta al Congreso de la República;
Ha dado el Decreto Legislativo siguiente:

DECRETO LEGISLATIVO QUE AMPLIA LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS

Artículo 1.- Modificación la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional

Modifíquense los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 11, 12, 13, 14, 16, 17 y 18 de la Ley N° 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, en los siguientes términos:

"Artículo 1. Objeto de la ley

La presente Ley regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por los delitos previstos en los artículos 397, 397-A, y 398 del Código Penal, en los artículos 1, 2, 3 y 4 del Decreto Legislativo N° 1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado; y, en el artículo 4-A del Decreto Ley N° 25475, Decreto Ley que establece la penalidad para los delitos de terrorismo y los procedimientos para la investigación, la instrucción y el juicio.

Artículo 2. Ámbito subjetivo de aplicación

Para efectos de la presente Ley, son personas jurídicas las entidades de derecho privado, así como las asociaciones, fundaciones, organizaciones no gubernamentales y comités no inscritos, las sociedades irregulares, los entes que administran un patrimonio autónomo y las empresas del Estado peruano o sociedades de economía mixta.

El cambio de nombre, denominación o razón social, reorganización societaria, transformación, escisión, fusión, disolución, liquidación o cualquier acto que pueda afectar la personalidad jurídica de la entidad no impiden la atribución de responsabilidad a la misma.

En el caso de una fusión o escisión, la persona jurídica absorbente: (i) solo puede ser sancionada con el pago de una multa, que se calcula teniendo en cuenta las reglas establecidas en los artículos 5 o 7, según corresponda, y en función al patrimonio transferido, siempre que el delito haya sido cometido antes de la fusión o escisión, salvo que las personas jurídicas involucradas hayan utilizado estas formas de reorganización societaria con el propósito de eludir una eventual responsabilidad administrativa de la persona jurídica fusionada o escindida, en cuyo caso no opera este supuesto; y, (ii) no incurre en responsabilidad administrativa cuando ha realizado un adecuado proceso de debida diligencia, previo al proceso de fusión o escisión. Se entiende que se cumple con la debida diligencia cuando se verifique la adopción de acciones razonables orientadas a verificar que la persona jurídica fusionada o escindida no ha incurrido en la comisión de cualquiera de los delitos previstos en el artículo 1.

Artículo 3. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

Las personas jurídicas son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

a. Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias.

b. La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.

c. La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre