

ACUERDO PLENARIO N.º 3-2016/CJ-116

Corte Suprema de Justicia de la República X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitorias

Fundamento: Artículo 116.º TUO LOPJ.

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

Lima, 12 de junio de dos mil diecisiete

Los jueces supremos de lo penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116.º del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, han pronunciado el siguiente acuerdo plenario.

ACUERDO PLENARIO

I. ANTECEDENTES

1. Las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con la autorización del Presidente del Poder Judicial mediante Resolución Administrativa n.º 178-2016-P-PJ, de 22 de junio de 2016, y el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación

del señor Pariona Pastrana, acordaron realizar el X Pleno Jurisdiccional de los jueces supremos de lo Penal, en cuyo proceso se incluyeron los temas objeto de análisis propuestos por la comunidad jurídica, al amparo de lo dispuesto en el artículo 116.º, del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante, LOPJ), a fin de dictar acuerdos plenarios para concordar la jurisprudencia penal.

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

La primera etapa estuvo conformada por dos fases: La primera fase consistió en la convocatoria a la comunidad jurídica a fin de que proponga los temas que plantean problemas aplicativos por lo que requieren de una interpretación orientada a una uniformización de la interpretación judicial que se asiente como doctrina jurisprudencial para garantizar una aplicación judicial de las leyes concordante y uniforme. En la segunda fase, se examinaron los temas propuestos y se eligieron tres propuestas temáticas que se concretan en los siguientes: 1) Alcances de las restricciones legales en materia de imputabilidad restringida por edad y confesión sincera. 2) Participación del *extraneus* en delitos especiales. 3) Delitos de violencia contra la mujer y los integrantes del grupo familiar.

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

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

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

Interviene como ponente el señor Prado Saldarriaga, quien expresa el parecer del Pleno.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

[2.]1. Sobre la autoría y participación en delitos especiales propios

6. La clásica discusión teórica sobre la autoría y la participación en delitos especiales propios ha motivado complejos debates en el derecho penal contemporáneo. Sobre todo, a partir de los enfoques y planteamientos que califican a estos delitos como «delitos de infracción de deber y delitos de infracción de deber por competencia institucional»¹.

7. En el derecho penal nacional hasta antes de la promulgación del Decreto Legislativo 1361, la regulación legal de las formas de autoría en el artículo 23.º y de la instigación y complicidad en los artículos 24.º y 25.º del Código Penal, respectivamente, no desarrollaron reglas particulares con relación a los delitos especiales propios². De allí que su conexión con los aludidos debates teóricos solo se fue asimilando a partir de su reflexión por la doctrina o de su aplicación por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República como bien lo ha destacado Yván Montoya Vivanco³.

8. Ahora bien, la participación del *extraneus* en los delitos especiales propios de infracción de deber que cometen los funcionarios competentes contra la administración pública ha promovido también distintas posiciones teóricas sobre su punibilidad o no punibilidad. Al respecto, el tema controvertido se relaciona con el señalamiento de las implicancias y

1 ROXIN, Claus. *La teoría del delito en la discusión actual*. Lima: Grijley, 2016, pp. 305 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *El nuevo escenario del delito fiscal en España*. Barcelona: Atelier, 2005, pp. 65 y ss.

2 Cfr. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Dogmática penal, delitos económicos y delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 2014, pp. 405 y ss.

3 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yván. *Manual sobre delitos contra la Administración pública*. Lima: Idehpucp, 2015, p. 54.

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

9. Sin embargo, en lo que concierne a la participación del *extraneus* que no ostenta esa obligación especial, en la jurisprudencia nacional se ha detectado la aplicación de dos planteamientos contrapuestos⁴. El primero que plantea una diferenciación del título de imputación que debe alcanzar al partícipe (teoría de la ruptura del título de imputación) sostiene que cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos *intraneus* y *extraneus* ellos deben responder por distintos títulos de imputación. Esto es, el *intraneus* responderá como autor de un delito especial; mientras que el *extraneus* responderá como partícipe o autor de un delito común⁵. De ello se infiere, además, que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea su grado de intervención. Esta posición se ha

4 Cfr. PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. «La punibilidad de la participación del extraneus en el delito especial propio: La unidad del título de imputación». En *Gaceta Penal & Procesal Penal*, tomo 89, noviembre de 2016, pp. 104 y ss.

5 RUEDA MARTÍN, María Ángeles. «Reflexiones sobre la participación de los extraneus en los delitos contra la Administración pública». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, segunda época, n.º 8, 2001, p. 157.

fundamentado recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias que regula el artículo 26.º del Código Penal, estimando que dicha disposición legal consagraría la exigencia de impedir que la imputación del *extraneus* se asimile en el tipo penal especial, debiendo reconducírsele hacia un delito común. Asimismo, se ha sostenido que ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*. Y que solo el traslado de tales cualidades personales posibilitaría imputar al *extraneus* la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero, se agrega, el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. En consecuencia, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los *extraneus* solo la autoría o la participación de los delitos comunes⁶.

10. La segunda posición jurisprudencial, en cambio, propone la unificación del título de imputación que debe alcanzar tanto al autor como al partícipe (unidad del título de imputación). Este planteamiento sostiene que el *extraneus* si bien no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito, pues si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que es autor quien tiene el dominio del hecho y partícipe quien solo colabora, no hay ningún impedimento para que los *extraneus* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriadad⁷. En tal sentido, el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el mismo injusto realizado por el autor funcional que infringe el deber especial. Sobre todo, porque la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal⁸. Esto es, no posee una

6 Cfr. Ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad n.º 2628-2006, procedente de Ucayali del 25 de abril de 2008; ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad n.º 18-2008, procedente de Huancavelica del 5 de junio de 2008; Casación n.º 782-2015, procedente del Santa del 6 de julio de 2016.

7 PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. Madrid: Civitas, p. 22 y ss.

8 Cfr. Ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad n.º 375-2004, procedente de Ucayali, del 11 de octubre de 2004.

autonomía o configuración delictiva propia aún en aquellos casos donde aquel toma parte directa en la realización de la conducta punible.

[2.]2. Artículo 26.º del Código Penal y delitos especiales propios

11. Ha sido frecuente en la doctrina y en la jurisprudencia nacional atribuir al contenido del artículo 26.º del Código Penal la función dogmática de justificar el tratamiento del *extraneus* en delitos especiales propios de naturaleza funcional. En ese contexto, el mismo dispositivo legal ha sido utilizado coyunturalmente para afirmar o negar la validez de la teoría de la unidad del título de imputación y posibilitar o impedir el tratamiento de un tercero como partícipe de aquellos delitos especiales propios que colocan en su tipificación como autor exclusivo y excluyente a un funcionario, vinculado con deberes específicos y no transferibles del cargo o posición funcional que desempeña u ocupa en la Administración pública. Es así que tanto en el Acuerdo Plenario n.º 2-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011⁹, como en la Casación n.º 782-2015 procedente del Santa del 6 de julio de 2016¹⁰, se ha hecho evidente una contradictoria aplicación operativa del artículo 26.º del Código Penal. Resulta, por tanto, necesario, establecer cuál es la condición dogmática y el rol normativo que realmente posee y cumple el citado artículo en la legislación penal vigente. Especialmente, porque la discusión teórica y práctica sobre dicha disposición legal adquiere particular relevancia cuando se recurre con frecuencia a ella para justificar decisiones jurisdiccionales sobre la autoría o la participación en una modalidad relevante de delito funcional contra la Administración pública, cual es el de enriquecimiento ilícito. A este nivel, pues, resulta pertinente precisar también si en esta modalidad de delito especial propio y funcional es posible admitir la participación de tercero *extraneus*; así como identificar hasta qué momento de la ejecución de dicho ilícito penal se debe admitir la materialización de actos de complicidad o instigación.

12. Según el texto legal del artículo 26.º del Código Penal de 1991: «Las circunstancias y cualidades que afectan la responsabilidad de los autores

9 Cfr. Fundamento jurídico 12.

10 Cfr. Fundamento jurídico 10.

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

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

Cabe destacar, además, que las circunstancias no son tipos penales de delitos, ni integran los elementos típicos que identifica a su autor potencial. Solo de manera excepcional en la Parte Especial del Código Penal peruano ellas se integran o fusionan con un tipo penal básico para permitir la construcción de tipos penales derivados (elementos típicos accidentales). Lo cual ocurre en los casos de los denominados homicidios calificados o privilegiados que derivan del

delito de homicidio simple¹¹. Sin embargo, en ninguno de los diferentes tipos penales que describen delitos funcionariales contra la administración pública se ha empleado dicha técnica legislativa. Por el contrario, en la descripción de tales tipos penales que tratan de delitos especiales propios o de infracción de deber, el autor es siempre identificado como componente esencial de la estructura típica. Y a él se refiere la ley como un funcionario público o titular de un deber especial derivado o asignado por las competencias o facultades que ejerce. Tal condición funcional, no es, pues, una circunstancia para medir la intensidad de la punición del delito sino un elemento constitutivo fundamental para que el hecho punible se pueda configurar y realizar.

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

Lo expuesto, pues, permite señalar que el artículo 26.º no es una disposición que permita sustentar, legal o técnicamente, la adopción o preeminencia de cualquier enfoque teórico dirigido a excluir la necesaria accesoriedad de la intervención de un tercero *extraneus* como cómplice o instigador del mismo delito especial propio o de infracción de deber que solo puede ejecutar el funcionario público (teorías de ruptura del título de imputación). La eficacia y utilidad dogmática de dicha norma se limita, en realidad, únicamente a evitar que la mayor o menor punibilidad que puede proyectar una circunstancia genérica, específica o cualificada; así como causales de disminución o incremento de punibilidad¹², sobre la valoración y medición punitiva concreta del proceder delictivo del autor o partícipe de un mismo hecho punible —sea cual fuere la naturaleza de dicho delito—, afecte o privilegie en igual medida a las demás personas intervinientes que interactuaron con aquel.

11 *Cfr.* Artículos 106, 108, 112.

12 *Cfr.* REAÑO PESCHIERA, José. «La participación del *extraneus* en el delito especial: punibilidad o no punibilidad. Tratamiento sustantivo». En *Actualidad Penal*, n.º 29, noviembre de 2016, pp. 75-76.

[2.]3. El enriquecimiento ilícito como delito especial propio

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

Sujeto activo de este delito debe serlo necesariamente un funcionario o servidor público, en cualquiera de las categorías que registra el artículo 425.º del Código Penal. Se trata, por tanto, de un típico delito especial propio o funcional de infracción de deber. Sobre todo, porque el enriquecimiento ilícito que sanciona la ley se materializa a través de actos sucesivos o simultáneos de abuso de la posición y competencias funcionariales del sujeto activo y que originan para él un mejoramiento patrimonial indebido¹³. Como esclarece la doctrina especializada, este delito consiste en «enriquecerse sin causa justa. Lo justo de un enriquecimiento es el poder explicar los orígenes de un incremento patrimonial económico, según la ley y conforme a la ética que son los dos patrones que medirán esta justicia». Por tanto, «el que el enriquecimiento no sea justificable es parte estructural del delito de enriquecimiento ilícito y no una mera condición para hacer punible tal enriquecimiento»¹⁴. En consecuencia, pues, el delito se va materializando de modo continuado y acumulativamente mediante un conjunto conexo de actos dolosos irregulares que van procurando el aumento de los activos o la disminución de los pasivos del funcionario público. Sin embargo, es pertinente destacar que tales acciones se encuentran siempre vinculadas entre sí por el mismo designio lucrativo antijurídico (producir el enriquecimiento ilícito).

Ahora bien, tal potenciación patrimonial no debe corresponder al incremento o reducción ordinaria, regular y probable que producirían los ingresos o rentas personales que el funcionario genera, obtiene y posee lícitamente. Lo punible, entonces, está referido, exclusivamente, al efecto y beneficio lucrativo que deriva de aquellas «conductas anormales mediante las

13 Cfr. PRADO SALDARRIAGA, VÍCTOR. *Delitos y penas. Una aproximación a la parte especial*. Lima: Ideas, 2017, p. 195.

14 FERREIRA DELGADO, FRANCISCO. *Delitos contra la Administración pública*. Bogotá: Temis, 1985, p. 118.

cuales el funcionario incrementa ilícitamente su patrimonio»¹⁵. Por ende, toda modificación positiva o enriquecimiento patrimonial que sean justificados carecen de relevancia penal. «Lo importante es que el enriquecimiento o incremento patrimonial del funcionario sea el fruto de actividades ilícitas o injustas»¹⁶.

Cabe precisar, también, que el enriquecimiento ilícito puede ser paulatino. Este, sin embargo, debe acontecer y concretarse necesariamente durante el periodo de gestión o competencia funcional que ejerce el funcionario público. Esto es, desde que asume el cargo hasta que cesa en él. Ni antes ni después de tales sucesos formales será posible practicar o imputar un acto de enriquecimiento ilícito¹⁷.

No obstante, el enriquecimiento ilícito debe derivarse de la comisión de modalidades innominadas pero idóneas de abuso funcional, las cuales no deben constituir otros delitos funcionales, como los actos de corrupción pasiva, peculado o colusión. Este presupuesto material negativo del enriquecimiento ilícito lo convierte en un delito de carácter subsidiario o residual¹⁸. Por tanto, solo en la medida en que el enriquecimiento ilegal no sea efecto o derive de la realización de otro delito funcional, como los antes mencionados, será posible subsumirlo en la tipicidad del artículo 401.º del Código Penal. Se trata, pues, de un presupuesto negativo implícito en la construcción legal y sistemática de dicho tipo penal.

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

15 PORTOCARRERO HIDALGO, Juan. *Delitos contra la administración pública*. Lima: Editorial Jurídica Portocarrero, 1996, p. 229.

16 CANCINO, Antonio José y TOSCANO DE SÁNCHEZ, Maruja. *El delito de enriquecimiento ilícito*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1986, p. 36.

17 MONTOYA VIVANCO, Yván (editor). *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en el Perú*. Lima: Idehpucp, 2012, pp. 64 y ss.

18 Cfr. SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*. Cuarta edición. Lima: Iustitia/Grijley, 2016, p. 707.

patrimonial tiene siempre que ser *apreciable* —artículo 268.º del Código Penal argentino—. Siguiendo similar orientación legislativa, el párrafo tercero del artículo 401.º del Código de 1991 establece que constituye un indicio de enriquecimiento ilícito «cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración de su declaración jurada de sus bienes y rentas, es *notoriamente superior* al que normalmente hubiera podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita». Un criterio análogo se aprecia en el artículo 41.º de la Constitución de 1993. Siendo así, no cabe exigir un monto dinerario específico para identificar el enriquecimiento ilícito, pero sí una valoración razonable de su magnitud como desbalance notorio y apreciable en el patrimonio personal o familiar del funcionario, para, con base en ello, inferir e imputar su presencia.

[2.]4. El extraneus en el delito de enriquecimiento ilícito

14. La intervención de un tercero en la realización de un delito especial propio y de infracción de deber como el enriquecimiento ilícito ha sido siempre posible y punible en la legislación nacional. Por ejemplo, Bramont Arias comentando la regulación de este delito en el artículo 361.º del Código Penal de 1924, consideraba que ella debía ser sancionada conforme a las «disposiciones generales relativas a la participación en hechos punibles»¹⁹. Ella, por tanto, debe ser sancionada, según los casos, con los mismos estándares de penalidad conminados en el artículo 401.º y en concordancia con lo dispuesto al respecto en los artículos 24.º y 25.º del Código Penal. Esta opción hermenéutica ha sido, además, ratificada plenamente por la doctrina penal nacional más caracterizada. Por ejemplo, Rojas Vargas ha sostenido que «los terceros responden a título de cómplices en el delito de enriquecimiento ilícito. Nuestra legislación penal no tiene una figura propia de enriquecimiento ilícito de particulares, que, si la observamos, por ejemplo, en la legislación penal especial colombiana (Decreto 2266 de 1991). Pero cómplices no solo son los terceros interpuestos sino también quienes con diversidad de aportes contribuyen al enriquecimiento ilícito de

19 BRAMONT ARIAS, LUIS A. *Temas de derecho penal*. Tomo 4. Lima: SP Editores, 1988, p. 81.

los funcionarios y servidores públicos»²⁰. Similar posición ha sido asumida por Salinas Siccha al afirmar que «los terceros que participan en la comisión del delito responden por el mismo delito, pero a título de cómplices»²¹. Igualmente, la línea jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia ha sido recurrente a favor de dicho razonamiento dogmático y existen antecedentes de ello desde el año 2004. Es así que en el voto en discordia de una ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad n.º 2976-2004, procedente de Lima, fue sumadamente expreso sobre esta materia, al señalar que «aun siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un delito especial —propio, en este caso— es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la calidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, solo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría —el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume—; accesoriedad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes —como todas las personas— tienen el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico—penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es autor, sino un simple partícipe»²².

Por tanto, no cabe admitir, actualmente, la existencia de un problema dogmático que merezca ser discutido en torno al título de imputación que corresponde aplicar al tercero interviniente en un delito de enriquecimiento ilícito. En efecto, lo accesorio de la participación de aquel lo colocará siempre bajo el mismo título de imputación que comprende al autor funcional de dicho hecho punible. Lo cual, por lo demás, ha quedado formalmente consolidado con la adición de un párrafo final en el artículo 25.º del Código Penal, por el artículo 2.º del Decreto Legislativo 1361, que expresamente señala: «El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad

20 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración pública*. Lima: Grijley, 1999, p. 437.

21 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Delitos contra la Administración pública*, op. cit., p. 718.

22 *Cfr.* Ejecutoria suprema del 30 de diciembre de 2004. Voto de los señores vocales supremos César Eugenio San Martín Castro, Adolfo Barrientos Peña y José Luis Lecaros Cornejo. Considerando segundo.

del tipo legal no concurren en él». Cabe destacar que la misma alternativa legal que dispone la aludida reforma debe también aplicarse para resolver el caso del instigador *extraneus* de un delito de enriquecimiento ilícito, aun cuando el artículo 24.º del Código sustantivo no haya sido modificado, lo cual, además, ha sido igualmente sugerido por la doctrina nacional²³.

15. Sin embargo, subsiste un conflicto hermenéutico y práctico cuando lo que se pretende es fijar una delimitación temporal que determine la oportunidad de la intervención del *extraneus* en del delito de enriquecimiento ilícito. Especialmente cuando ella tiene lugar durante las postrimerías de la gestión funcional del *intraneus* o, incluso, luego del cese formal de este último en el cargo funcional que desempeñaba. Al respecto, es pertinente destacar que el delito de enriquecimiento ilícito, según la estructura típica que él posee en el artículo 401.º del Código Penal peruano es de naturaleza combinada o mixta. En efecto, la norma citada lo regula como de «ejecución continua y de consumación permanente»²⁴. El agente, por tanto, debe realizar mientras ostenta su condición funcional una secuencia de actos provenientes de la misma resolución criminal (producir su enriquecimiento ilícito); pero, además, la mejora acumulativa de su patrimonio que va obteniendo debe él mantenerla hasta el fin del periodo que ejerce su cargo funcional, sea este por cese o destitución. Lo cual posibilita que la intervención del tercero *extraneus* pueda ocurrir durante todo el tiempo que el funcionario *intraneus* se mantenga en el ejercicio de su posición y competencia funcional. Sea, pues, como instigador cuando motive o induzca a la realización de actos idóneos para el enriquecimiento; o como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener, recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos los bienes, créditos o réditos que van produciendo el enriquecimiento ilícito del *intraneus*, el tercero deberá siempre intervenir mientras el mal funcionario conserve su cargo y condición. Por consiguiente, si la conducta del tercero se realiza o tiene lugar con posterioridad al cese o después de la pérdida del estatus funcional del agente del enriquecimiento ilícito, esto es, después de que concluya la continuidad de la actividad delictuosa

23 Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *Delito de enriquecimiento ilícito*. Lima: Idemsa, 2001, p. 185.

24 Cfr. MONTOYA VIVANCO, Yván. *Manual sobre delitos contra la administración pública*, op. cit., p. 125; BRAMONT ARIAS, Luis A. *Temas de derecho penal*. Tomo 4, op. cit., p. 81.

y cese la permanencia, la conducta que despliegue aquel ya no será accesoria sino autónoma y deberá ser considerada como un delito diferente que bien puede ser el de *lavado de activos*.

III. DECISIÓN

16. En atención a lo expuesto, las Salas Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 116 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial:

ACORDARON

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

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

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

20. PUBLICAR el presente Acuerdo Plenario en el *Diario Oficial El Peruano*. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
HINOSTROZA PARIACHI
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
VENTURA CUEVA
SEQUEIROS VARGAS
FIGUEROA NAVARRO
PACHECO HUANCAS
CEVALLOS VEGAS
CHÁVEZ MELLA
CALDERÓN CASTILLO

[IV.] FUNDAMENTO JURÍDICO PROPIO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PARIONA PASTRANA

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

[4.]1. Consideraciones generales: autoría y participación

1. La autoría y participación representa uno de los problemas complicados de las formas de intervención delictiva en la teoría del delito. Por ello, se ha planteado en doctrina una amplia y variada discusión que pretenden conceptualizar y delimitar las diversas formas de intervención en el delito para determinar su configuración como autoría o en su caso como participación. Esta temática tiene un extenso debate en la doctrina y jurisprudencia, y de modo general se clasifica la intervención en el delito en: a) delitos de organización, y b) delitos de infracción de deber; o lo que, *mutatis mutandis*, conocemos tradicionalmente como: a) delitos de dominio y b) delitos

especiales. En el primer supuesto, se configura autoría cuando el sujeto activo actúa de modo competente teniendo el control o dominio del suceso delictivo vulnerando el deber negativo de no dañar; en el segundo supuesto, será autor quien teniendo un deber especial la infringe, por lo que, la infracción del deber jurídico positivo con el cual el autor tiene un vínculo de deber jurídico institucional es determinante para su configuración típica²⁵.

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

3. Mientras que la participación en sus modalidades de instigación y complicidad están reguladas en los artículos 24 y 25 del CP, respectivamente, y según el tenor de la ley se establece que, en ambos casos, deben ser dolosos, por lo que, por un lado, no puede haber participación culposa por impedimento legal, y, por otro lado, no habrá participación si la ayuda o cooperación es involuntaria. La instigación es el comportamiento que determina a otro a cometer el delito. La complicidad es la cooperación de quien presta auxilio para la realización del hecho punible: el acto de auxilio es «realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible principal haciéndolo posible o facilitándolo»²⁶. Esta cooperación o prestar auxilio en la complicidad debe darse antes o durante la ejecución del delito, puesto que se presta auxilio para cometer o consumir el delito. Los actos de cooperación posterior a la consumación del delito no configuran complicidad sino podrían configurar actos de encubrimiento. La complicidad puede ser primaria o secundaria: será primaria cuando sin la cooperación o auxilio, el delito no se hubiera perpetrado, es decir, se consuma con base en su cooperación esencial para el delito; en cambio, la complicidad secundaria se consuma con cualquier otro auxilio o asistencia distinto al de la complicidad primaria.

25 *In extenso* SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *El delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Marcial Pons, 2002, pp. 29 y ss.

26 HURTADO POZO, José. *Manual de derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2005, p. 898.

4. El artículo 2 del Decreto Legislativo n.º 1351, publicado el 7 de enero de 2017, ha modificado la regulación de la complicidad regulada en el artículo 25 del CP, dejando incólume las regulaciones de la complicidad primaria y secundaria reguladas en el primer y segundo párrafos, conforme a lo anteriormente referido. Pero se ha introducido una modificatoria de la complicidad, incorporando un tercer párrafo en el artículo 25 del CP, mediante la cual establece la punibilidad de la complicidad del *extraneus*. Y, precisamente, el tema de la participación del *extraneus* ha sido objeto de discusión del presente pleno jurisdiccional del que seguidamente nos ocupamos.

[4.]2. La participación del *extraneus* en el delito especial

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

6. El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos de infracción de deber especial. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que para su configuración se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde al ámbito de competencia del autor *intraneus* —característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos—. El autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción de dicho deber lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica en este específico tipo de delito, pues el fundamento está construido por la posición o estatus en relación con el deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de su deber positivo y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito de competencia. Por consiguiente, el funcionario o servidor público, en tanto y en cuanto su

responsabilidad penal se sustenta en la infracción del deber, siempre será autor del delito de infracción de deber²⁷.

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

8. La tesis diferenciadora (ruptura del título de imputación) sostiene que —cuando en los delitos de infracción de deber especial concurren sujetos *intraneus* y *extraneus*— cada sujeto responde por distintos títulos de imputación. Esto es, el *intraneus* responderá como autor de un delito especial; mientras que el *extraneus* responderá como partícipe o autor de un delito común²⁸. De esto se infiere que a los sujetos que no se encuentran obligados positivamente (*extraneus*) nunca se les podrá imputar la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial, sino únicamente la participación o autoría de un delito común, según sea el grado de intervención. Esta posición se fundamenta recurriendo a la incomunicabilidad de las circunstancias (art. 26.º del CP), pues consagraría la exigencia de impedir que la imputación del *extraneus* se fundamente en el tipo penal especial sino más bien en un delito común. Ello se debería a la imposibilidad de trasladar las cualidades personales del *intraneus* al *extraneus*. Solo el traslado de las cualidades personales posibilitaría imputar al *extraneus* la autoría o participación de un delito de infracción de deber especial. Pero el traslado de dichas cualidades personales implicaría violar los principios de legalidad y de responsabilidad por el hecho propio. Ante ello, lo dogmáticamente correcto sería realizar una imputación diferenciada, la cual, por un lado, no infringiría dichos principios, y, por otro, permitiría imputar a los *extraneus* solo la autoría o la participación

27 En el mismo sentido, CARO JOHN, José Antonio. «La autoría delictiva del funcionario público». En *Revista Ius Puniendi*, año I, volumen 2, 2015, p. 34, al referirse que el «obligado especial» —ergo, el funcionario— responde siempre como autor y no como partícipe por los delitos que cometa contra la administración pública.

28 RUEDA, Martín. «Reflexiones sobre la participación de los *extraneus* en los delitos contra la Administración pública». En *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 8, 2.ª época, 2001, p. 157.

de los delitos comunes²⁹. La jurisprudencia, en diversos pronunciamientos, ya ha argumentado que los tipos penales especiales (delitos de infracción de deber especial) solamente irradian su campo de acción sobre los *intranei*, mas no respecto de los particulares *extraneus*. Así, entonces «delitos especiales son todos aquellos en los que, eso se dice, no toda persona puede ser autor. Ejemplo: no todo el mundo puede realizar una malversación, sino solo un funcionario. No todo el mundo puede ser parricida, sino solo determinados parientes de la víctima. El círculo de autores no es, pues, en estos delitos, abierto, sino que está limitado a determinados sujetos»³⁰.

9. Por su parte, la tesis unificadora (unidad del título de imputación) sostiene que el *extraneus*, si bien no puede ser autor del delito especial de deber, sí puede ser partícipe de dicho delito. Pues, desde esta perspectiva, si los principios que determinan la autoría y la participación nos dicen que autor es quien tiene el dominio del hecho, y partícipe quien solo colabora, entonces, no hay ningún impedimento para que los *extranei* respondan como partícipes de un delito especial cuando hayan colaborado en su realización conforme a las reglas de la accesoriedad³¹. En ese sentido, el *extraneus* puede participar en delitos funcionariales y responderá por el injusto realizado por un autor que infringe el deber especial. Por tanto, la participación del *extraneus* no constituye una categoría autónoma de coejecución del hecho punible, sino que es dependiente del hecho principal³². Esto es, no posee autonomía y configuración delictiva propia, a pesar de que aquel toma parte en la realización de la conducta punible.

10. De otra parte, un sector importante en la doctrina plantea atribuir los ámbitos de responsabilidad de los intervinientes de modo separado, esto es, según corresponda partiendo de la distinción de si se tratan de «delitos de dominio», o de «delitos de infracción de un deber». Con «una matización

29 *Vid.* R. N. N. 2628-2006-Ucayali, del 25 de abril de 2008; R. N. N. 18-2008-Huancavelica, del 5 de junio de 2008; Casación 782-2015-del Santa, del 6 de julio de 2016.

30 GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Autor y cómplice en derecho penal*. Madrid: Universidad de Madrid, 1966, p. 229.

31 PÉREZ MANZANO, Mercedes. *Autoría y participación imprudente en el Código Penal de 1995*. Madrid: Civitas, 1999, pp. 22 y ss.

32 *Vid.* R. N. N. 375-2004-Ucayali, del 11 de octubre de 2004.

importante de este planteamiento, sería la de entender incluso que, además de los delitos puros de infracción de un deber, hay delitos especiales (solo) de dominio (o de organización) y delitos especiales en los que al dominio (la organización) se les suma la infracción de un deber»³³. Es decir, los delitos de dominio, de distinta fundamentación dogmática que los delitos especiales, se distinguen estos, en delitos especiales de deber con elementos de dominio y delitos especiales de infracción puro o institucional. En estos últimos no se admitiría la participación del *extraneus*. En cambio, los delitos de dominio al estar regidos por las reglas de la teoría de la accesoriedad, le rige un deber general negativo de no perturbar la institución positiva, debiendo sin embargo para su punibilidad ser tipificados expresamente por el legislador³⁴. Así, en la infracción del deber institucional, es posible las intervenciones paralelas o convergentes configurando cada quien su propio injusto, no siendo admisible la intervención conjunta. Por el contrario, en los delitos de infracción de deber que tengan un componente de dominio, la intervención conjunta del *intraneus* y *extraneus* es admitida al infringir el *extraneus* su deber general de abstención de no perturbar instituciones positivas, y con base en ello se funda su sanción³⁵.

[4.]3. Problemática en torno a la regulación vigente del modificado artículo 25 del CP (Decreto Ley n.º 1351) y los casos anteriores a su entrada en vigencia

11. Ahora, si bien la doctrina y jurisprudencia nacional han desarrollado teorías a fin de abordar la problemática en torno a la responsabilidad del *extraneus* en los delitos especiales, esta cuestión, sin embargo, parece superarse por la entrada en vigencia del Decreto Ley n.º 1351, del siete de enero de

33 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. «Determinación de la pena y responsabilidad civil en el delito fiscal. Un recorrido desde la participación de *extranei* hasta la imposición de intereses de demora». En *Estudios penales en homenaje al profesor Cobo del Rosal*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 904.

34 ROBLES PLANAS, Ricardo. *La participación en el delito: fundamentos y límites*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons, 2003, p. 243; también ROBLES PLANAS, Ricardo y RIGGI, Eduardo Javier. «El extraño artículo 65.3 del Código Penal». In *Dret. Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 4, 2008, p. 24.

35 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *op. cit.*, pp. 908 y 909.

2017, que introduciendo un tercer párrafo en el artículo 25 del CP, señala: «El cómplice siempre responde en referencia al hecho punible cometido por el autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad del tipo legal no concurren en él». Por lo que, con la entrada en vigencia de la presente ley, se establece textualmente la punibilidad de la participación del *extraneus* en los delitos incluso si no tienen la cualidad especial del autor, con lo que se resuelve la discusión sobre su punibilidad o no del *extraneus*, *siempre para los hechos que acontecen a partir de su entrada en vigencia*.

12. Bajo esa línea, para los hechos punibles ocurridos con anterioridad a la vigencia del Decreto Ley n.º 1351 que fueran materia de proceso, debe aplicarse la ley vigente al momento de la comisión del hecho punible, y, en caso de conflicto de leyes, la más favorable al reo conforme a los cánones establecidos en el inciso 11 del artículo 139 de la Constitución Política y artículo 6 del CP; en consecuencia, para los hechos ocurridos antes la vigencia del Decreto Ley referido, debe aplicarse el texto originario del artículo 25 del CP, el mismo que fuera regulado por el Decreto Legislativo 635 del tres de abril de 1991, en razón de que se trata de una norma más favorable para el reo como lo prevé nuestro ordenamiento jurídico, y, en conformidad también con la interpretación sostenida en la línea jurisprudencial de la Casación 782-2015-Del Santa, del 6 de julio de 2016, que estableció como doctrina jurisprudencial vinculante sus fundamentos normativos 10 y 11, que en puridad consagra la tesis de la ruptura del título de imputación, pues en los delitos especiales de deber, el estatus del autor impide que se pueda imputar responsabilidad penal a otra persona distinta de él; es decir, los delitos de infracción de deber especial solamente irradian su campo de acción sobre el *intraneus*, mas no respecto de los particulares *extranei*. Y ello ocurre para el caso del *extraneus* del delito de enriquecimiento ilícito, al ser este un delito de infracción de deber institucional o especial propio.

S. S.

PARIONA PASTRANA