

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD  
CATÓLICA DEL PERÚ**

**FACULTAD DE DERECHO**



Programa de Segunda Especialidad en Prevención y Control de la  
Corrupción

El delito de Enriquecimiento Ilícito como delito de consumación  
permanente y las consecuencias subsecuentes en la atribución  
de responsabilidad penal al extraneus

Trabajo académico para optar el título de Segunda  
Especialidad en Prevención y Control de la Corrupción

Autor:

*Dora Lucia Yaringaño Campos*

Asesor:

*Rafael Hernando Chanjan Documet*

Lima, 2021

## Dedicatoria

A mis padres, por todo.



## **Resumen**

El presente trabajo académico versa respecto del análisis realizado al delito de Enriquecimiento ilícito, el mismo que se encuentra tipificado en el artículo 401° de nuestro Código Penal. Al respecto, resulta posible afirmar que se cuenta con tres principales objetivos. El primero de ellos es el determinar el tipo de consumación que se produce en el delito materia de análisis. Sin perjuicio de ello, el segundo objetivo se encuentra abocado al análisis y determinación de la atribución de responsabilidad penal a los sujetos que intervengan durante la ejecución del delito mencionado previamente, sean estos pasibles de ser considerados como intranei o extranei. Asimismo, se tiene como tercer objetivo, al estudio del concepto jurídico “acuerdo previo”, o también llamado “*pactum sceleris*”, y, a partir de ello, se determinarán las consecuencias jurídicas que el mismo pueda conllevar en el marco de un proceso penal. Sumado a ello, se realizará una ejemplificación jurisprudencial en torno al concepto del *pactum sceleris*. Cabe mencionar que a lo largo del desarrollo del presente trabajo académico se ha hecho uso del método de investigación, mediante el cual se evaluó y aplicó el resultado de lo indagado en la doctrina autorizada actual y los pronunciamientos jurisprudenciales de mayor relevancia.

## **Abstract**

The present academic project deals with the analysis carried out on the crime of illicit enrichment, the same one that is typified in article 401 of our Penal Code. In this regard, it is possible to affirm that it has three main objectives. The first of these is to determine the type of consummation that occurs in the crime that is the subject of analysis. Notwithstanding this, the second objective is devoted to the analysis and determination of the attribution of criminal responsibility to the subjects who intervene during the execution of the aforementioned crime, whether they are liable to be considered as intranei or extranei. Likewise, the third objective of this report is to study the legal concept of "prior agreement", or also called "*pactum sceleris*", and, from this,

the legal consequences that it may entail in the framework of a criminal process will be determined. In addition to this, there will be a case law exemplification around the concept of the *pactum sceleris*. It is worth mentioning that throughout the development of this academic project, the research method has been used, through which the result of the investigation was evaluated and applied in the current authorized doctrine and the most relevant jurisprudential pronouncements.



## Índice de contenido

Dedicatoria

Resumen

Índice de contenido

1. Introducción.....	1
2. Los elementos típicos y la naturaleza del delito de Enriquecimiento Ilícito..	2
a. Elementos típicos y naturaleza del delito.....	2
i. Bien jurídico protegido.....	2
ii. Sujeto activo.....	3
iii. Sujeto pasivo.....	4
iv. Abuso de cargo.....	4
v. Incremento patrimonial.....	5
vi. Ilicitud del enriquecimiento.....	6
vii. Elemento subjetivo del tipo: el dolo.....	6
b. Naturaleza del delito.....	7
3. El delito de Enriquecimiento Ilícito como delito permanente.....	8
a. ¿Cómo se clasifican los delitos de acuerdo a su forma de consumación?.....	8
b. ¿Es posible hablar del delito de Enriquecimiento Ilícito como delito permanente?.....	12
4. Los extraneus en el delito de Enriquecimiento Ilícito.....	12
a. La responsabilidad penal del extraneus en el delito de Enriquecimiento ilícito.....	12
i. Teoría de la infracción del deber.....	13
ii. Teoría de la unidad de título de imputación.....	14
b. La responsabilidad penal del extraneus en un delito de consumación permanente.....	15
c. Ejemplificación jurisprudencial y el <i>pactum sceleris</i> .....	16
5. Conclusiones .....	19
6. Bibliografía.....	19

## 1. Introducción

Actualmente nuestra sociedad, tanto la global como la peruana, se encuentra rodeada de grandes y graves escándalos de corrupción. Demostrándose así que este es un mal generalizado que ha logrado enquistarse en los órganos más importantes de nuestro sistema. Lamentablemente, la corrupción no solo pervierte nuestras instituciones, sino que también aumenta las brechas económicas existentes.

Tal situación puede ser apreciada en el artículo elaborado por el Proyecto de Justicia Mundial (WJP – World Justice Project, en inglés), mediante el cual se hace una evaluación global a los países respecto de diversas categorías, entre ellas encontrándose la corrupción. Es en dicho informe que nuestro país se encuentra ubicado en el puesto 80 del ranking global. Cabe añadir también, que dentro del informe realizado por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) en el mes de mayo del año 2020, se indicó que el 60.6% del universo encuestado identifica a la corrupción como el principal obstáculo que enfrenta el Perú.

Los actos de corrupción pueden ser encontrados tanto en el sector público como en el sector privado. No obstante, existen una mayor cantidad de investigaciones en torno a los ocurridos en el sector público, los mismos que suelen encontrarse relacionados al delito de cohecho o al delito de Enriquecimiento ilícito. Ocurre una situación especial respecto de este último delito, puesto que existen ciertas discrepancias en su interpretación y, de ser aplicado incorrectamente, podrían generarse casos de impunidad.

Tomando ello en consideración, hemos podido identificar la presencia de tres problemas jurídicos. El primero de ellos se encuentra referido a la determinación del momento en el cual se encuentra consumado el delito de Enriquecimiento ilícito. Asimismo, el segundo problema jurídico identificado se encuentra vinculado a la atribución de responsabilidad y sanción penal a los agentes intervinientes, en especial referido a los extraneos. Sin perjuicio de ello, el tercer problema jurídico identificado se

encuentra asociado a la realización de un acuerdo previo o “*pactum sceleris*” y las acciones subsecuentes generadas, puesto que las mismas pueden generar la atribución de responsabilidad penal a los agentes intervinientes.

En ese sentido, hemos considerado necesario el tratamiento de tres objetivos. De manera inicial, tenemos planteado demostrar que el delito de Enriquecimiento ilícito es de carácter comisivo permanente. Luego de ello, será posible evidenciar que el delito materia de análisis nos permite también atribuir responsabilidad penal a los sujetos que sean intervinientes, pero que no sean funcionarios o servidores públicos, es decir, los extranei. Finalmente, analizaremos también la figura jurídica del *pactum sceleris* y la misma será ejemplificada.

De esa manera, habiendo utilizado el método de investigación correspondiente, habremos logrado como conclusiones el determinar que el delito de Enriquecimiento es un delito comisivo permanente, el mismo que puede sancionar penalmente a los extranei y, asimismo, se podrá tomar en consideración la ocurrencia de un *pactum sceleris*.

## **2. Los elementos típicos y la naturaleza del delito de Enriquecimiento Ilícito**

### **a. Elementos típicos**

#### **i. Bien jurídico protegido**

Como es de amplio conocimiento dentro del ámbito jurídico penal, todos los delitos se encargan de proteger determinados bienes jurídicos. Es así que se afirma que el grupo de delitos contra la Administración Pública se encuentran destinados a proteger el correcto y normal funcionamiento de la misma. Sin perjuicio de ello, cada delito se encargará de custodiar un bien jurídico en particular.

Respecto del delito de Enriquecimiento ilícito, coincidimos con lo mencionado por Gálvez Villegas, quien indica que el bien jurídico protegido para el delito sub examine sería la protección de la funcionalidad, regularidad e imparcialidad de la función



pública (2017:187), ello en cuanto es el funcionario quien ostenta la calidad de garante que le ha sido investida por la Administración Pública.

Respaldamos tal afirmación considerando lo expuesto en la Ley del Código de Ética de la Función Pública (Ley N° 27815), en la misma que se postulan los deberes de los funcionarios pública. En la mencionada ley se menciona que la actuación desplegada por los funcionarios públicos deberá ser acorde con los principios de probidad y transparencia.

## **ii. Sujeto activo**

Como primer elemento objetivo del delito de Enriquecimiento ilícito podemos encontrar al sujeto activo. Es así que en el presente apartado haremos una breve referencia al sujeto que realiza la acción antijurídica.

Al respecto, es pertinente mencionar que nos encontramos ante un delito especial, es decir, estamos ante un delito que únicamente podrá llevarse a cabo si es que el autor ostenta una condición o característica especial. En el caso del delito de Enriquecimiento Ilícito, se estipula que el sujeto activo deberá ostentar con la calidad de funcionario o servidor público.

Cabe mencionar que tal vínculo laboral con el funcionario o servidor público deberá encontrarse vigente durante la comisión del ilícito. No obstante ello, resulta pertinente mencionar que existe cierta controversia respecto a la situación que se produce respecto de los funcionarios de hecho, puesto que ellos formalmente no ostenta el título de funcionario, empero sí ejercen las funciones de uno.

Concordamos con lo señalado por Salinas Siccha, en tanto “los terceros – sujetos públicos o particulares – que ayudan al sujeto público a enriquecerse ilícitamente serán cómplices del delito. Dependiendo de la magnitud de su participación en el hecho



punible, se diferenciarán entre cómplices primarios, secundarios o instigadores” (2009: 599)

### **iii. Sujeto pasivo**

A fin de determinar el sujeto pasivo, deberemos tomar en cuenta en dónde se produce la afección. Es así que, tomando en consideración que el bien jurídico protegido es la actuación de manera proba y transparente del funcionario en razón de su cargo, entonces se puede afirmar la afectación se producirá respecto del Estado. En ese sentido, corresponderá considerársele como sujeto pasivo.

Sumado a ello, debemos tener presente que el delito de enriquecimiento ilícito genera una afectación en el patrimonio estatal. Ello en cuanto el dinero mediante el cual se enriqueció el funcionario o servidor público pertenecía inicialmente al Estado.

No obstante lo mencionado, según agrega Rojas Vargas, “pueden presentarse circunstancias en las que determinados particulares reclamen ser sujetos agraviados con el enriquecimiento del funcionario o servidor público, situación que puede conllevar a que dichas partes reconduzcan sus peticiones por la vía civil correspondiente, siendo difícil que en sede penal se satisfagan sus expectativas de restitución o reparación civil” (2007: 856)

### **iv. Abuso de cargo**

Conforme fue mencionado en el apartado referente al sujeto activo, se tiene que el autor del delito deberá ostentar la condición de funcionario o servidor público.

Es de tal manera que, para la comisión del delito de materia de análisis, se ha estipulado en el tipo penal, que deberá hacer un abuso de su cargo. Al respecto, el término “abuso de cargo” deberá ser entendido como un uso indebido de la posición de garante que le

fue investida por la Administración Pública – Estado. En ese sentido, se puede apreciar que cobra vital importancia la comprobación de que el funcionario público mantenga vigente un vínculo funcional al momento de la comisión del delito.

Lo mencionado previamente coincide con lo afirmado por la Sala Suprema en la Casación N° 343-2012-Lima, la misma que indica que “(...) el legislador no está cambiando el verbo rector del tipo penal, sino que solo está haciendo referencia tanto al momento en que debe producirse el enriquecimiento como al vínculo que debe existir con el cargo para enriquecerse (...)” (2013).

#### **v. Incremento patrimonial**

El delito de Enriquecimiento ilícito establece como elemento típico objetivo al incremento patrimonial del funcionario público. Tal incremento patrimonial se producirá en dos tiempos. Según menciona el profesor Yván Montoya, “son dos momentos relacionados pero distintos. El acto de incorporación es el primer momento y el acto de acrecentamiento o enriquecimiento del patrimonio es un segundo momento” (2012: 65).

Por otro lado, es menester que realicemos dos importantes precisiones respecto al incremento patrimonial. En primer lugar, el término “incremento patrimonial” no solo hace referencia a un aumento en los activos del funcionario público, sino que también hace referencia a la reducción de los pasivos que pueda tener el funcionario o servidor público. En ese sentido, al analizar el presente elemento objetivo, bastará con determinar que el funcionario o servidor público haya percibido un beneficio patrimonial (considerado este término de manera genérica).

Es pertinente mencionar también que este beneficio patrimonial no solo podrá darse respecto del patrimonio que le corresponde directamente al funcionario, sino que podrá tomarse en consideración el beneficio patrimonial que se haya producido en favor de

un tercero. Ello en cuanto, debido a la condición del delito, el sujeto activo opta por ocultar o encubrir el beneficio patrimonial mediante la utilización de un extraneus.

#### **vi. Ilicitud del enriquecimiento**

Resulta necesario pronunciarnos respecto al elemento objetivo de la ilicitud del enriquecimiento. Ello en tanto debemos tener presente que no todo enriquecimiento que obtenga el funcionario o servidor público será de carácter ilícito, sino que para que sea valorado de tal manera deberá ser resultado de un delito.

Un aspecto indiciario de esta ilicitud del enriquecimiento se encuentra regulado en el tipo penal del delito (Art. 401° del Código Penal), pues se menciona que deberá darse un “incremento notoriamente superior”. Este incremento patrimonial podrá ser fácilmente contrastado con los ingresos declarados por el funcionario o servidor público en su respectiva declaración jurada de bienes y rentas, sueldo u otros afines.

Asimismo, según señala Rojas Vargas, deberá entender que la ilicitud ostenta un carácter formal, conforme a lo que citamos a continuación:

“por cual no es objeto de la norma penal 401 el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados o los intereses y valores sociales afectados, tampoco el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito. Interesa tan solo la ilicitud penal del resultado <<enriquecimiento>>, es decir, demostrar que su procedencia u obtención no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados”. (2007: 862)

#### **vii. Elemento subjetivo del tipo: el dolo**

Habiendo previamente analizados los elementos objetivos del tipo, nos atañe ahora el análisis del elemento subjetivo del tipo. De la redacción del delito de Enriquecimiento ilícito se puede colegir que únicamente puede configurarse de manera dolosa.

En ese sentido, se exige que el funcionario o servidor público actúa con pleno conocimiento y voluntad de realizar las conductas que transgreden sus deberes de probidad y transparencia, las mismas que le permitirán apropiarse de los caudales estatales y lograr el enriquecimiento en su patrimonio.

Sin perjuicio de ello, es menester tener en consideración lo mencionado por Buompadre, en tanto nos indica que:

“Nos encontramos frente a un delito doloso, que exige que el autor tenga conocimiento del requerimiento y de la existencia misma del enriquecimiento. Volitivamente exige la voluntad de no justificar o de no aportar los elementos que demostrarían la procedencia del enriquecimiento, en insuficiente la prueba de justificación” (2009: 354)

De esa manera, podemos colegir que, si bien es de valorarse que el funcionario o servidor tiene conocimiento y voluntad respecto de sus acciones, también podrá valorarse el hecho de que el mismo opte deliberadamente por no justificar el origen de sus activos (o reducción de pasivos) en el momento en que le sea solicitado, en tanto se puede presumir que estaría ocultando la obtención de beneficios indebidos.

#### **b. Naturaleza del delito**

Por otra parte, luego de realizar el análisis de los elementos objetivos y subjetivo del tipo penal de Enriquecimiento ilícito, corresponde determinar su naturaleza.

Se tiene que el delito de Enriquecimiento ilícito resulta aplicable cuando la conducta considerada como ilícita no pueda ser subsumida dentro de los elementos tipificados

para otros delitos contra la Administración Pública. Es así que podemos afirmar que el delito manera de análisis es de carácter subsidiario.

Asimismo, se puede afirmar que coincidimos con lo mencionado por Bayes Antúnez, en tanto se pronuncia de la siguiente manera:

“El tipo penal de enriquecimiento ilícito tiene carácter subsidiario pues cedería ante otros delitos contra la Administración Pública. Si se admitiera la total autonomía del tipo de enriquecimiento ilícito, se atentaría contra el principio de ne bis in idem, ya que se sancionaría más de una vez a la misma persona por el mismo delito cometido, una vez por el delito de ‘enriquecimiento ilícito’, y otra por el delito principal contra la Administración Pública” (2018: 78)

Sin perjuicio de lo mencionado, es menester tener presente lo mencionado por el magistrado Prado Saldarriaga pues, según la sentencia del Exp. N° 24-2002 indica lo siguiente:

“este delito se da ante dificultades probatorias del origen de los signos de riqueza, aceptando que se trata de una figura subsidiaria residual, pues el enriquecimiento ilícito no debe prevenir de otro delito personal, aplicando cuando no se verifica la comisión de otro delito contra la Administración Pública. Por esta razón se admite que dada la subsidiariedad del tipo no es posible que concurra con figuras afines, descartándose en concurso real o ideal” (2005)

### **3. El delito de Enriquecimiento Ilícito como delito permanente**

#### **a. ¿Cómo se clasifican los delitos de acuerdo con su forma de consumación?**

El objetivo del presente apartado es desarrollar brevemente la clasificación de los delitos en relación con la forma de consumación. Para ello es necesario que tengamos presente las fases de desarrollo del delito.

El iter criminal del delito se divide en dos fases. En primer lugar, podemos encontrar la fase interna, la cual ocurre dentro de la psique del autor y, por ende, resulta muy complejo probarla. Dentro de esa fase podemos encontrar a tres principales momentos: (i) la ideación, momento en el cual el sujeto activo imagina la posibilidad de la comisión del delito, (ii) la deliberación, momento en el cual el sujeto activo inicia la elaboración del plan para la ejecución del delito y, (iii) la decisión, que es el momento en el cual el sujeto activo adopta la decisión de poner en acción el plan previamente ideado.

En segundo lugar, podemos encontrar a la fase externa del desarrollo del delito. Durante esta fase o periodo se externalizará la fase interna. En otras palabras, se puede afirmar que, durante esta fase se concretizará materialmente la ejecución del plan para la comisión del delito. Dentro de esta podemos encontrar a cuatro momentos: (i) los Actos Preparatorios, los cuales constan de los actos realizados de manera previa a la realización del delito, pero se encuentran dirigidos a la comisión del mismo; (ii) la Tentativa, la cual consta a su vez de tres elementos, según menciona Hans-Heinrich Jescheck, “la resolución a la realización del tipo como elemento subjetivo, la inmediata puesta en marcha de la realización del tipo como elemento subjetivo y la ausencia de la consumación del tipo como factor negativo conceptualmente necesario” (2002: 553). Asimismo, podemos encontrar a (iii) la Consumación, (iv) la Terminación y (v) el Agotamiento, elementos que desarrollaremos con mayor detenimiento a continuación.

En cuanto a la consumación, de acuerdo a lo señalado por Muñoz Conde, se puede entender a la consumación como “la plena realización del tipo en todos sus elementos” (2010: 412). Es así que se puede afirmar que esta deberá ser comprendida como una



expresión formal de la realización de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal.

Dentro de la consumación se puede encontrar diversas formas de consumación. De esta manera, podemos encontrar a los delitos de consumación instantánea, los delitos de consumación permanente y los delitos de consumación continuada.

En cuanto a los delitos de consumación instantánea, se puede afirmar que estos tienen como momento de consumación al momento en el cual las acciones han sido realizadas y, a través de las mismas, se obtuvo todos los elementos objetivos señalados en el tipo penal. De acuerdo a lo mencionado en la Casación N° 819-2016, los delitos de consumación instantánea son denominados de tal manera “porque la sola conducta consume el delito, no siendo indispensable que el autor siga realizando o efectúe otras.” (2016), es decir, bastará con el cumplimiento de los elementos del tipo para que inmediatamente se considere como consumado el delito en cuestión.

En ese sentido, podemos aseverar que este proceso de consumación no puede prolongarse a lo largo del tiempo, puesto que se dará por única vez en un momento determinado, aun cuando el agente comisor quisiera que la misma se prolongara. De la misma manera también se pronuncia el profesor Meini, en tanto indica que los mismos “se consumirían, como su nombre lo indica, en un instante, sin necesidad de que el autor mantenga en el tiempo la situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico” (2014: 90)

Los delitos de consumación permanente, al igual que los delitos de consumación instantánea, requieren de la realización de los elementos del tipo objetivo para que sean considerados como consumados.

Sin embargo, la diferencia entre estos dos tipos de consumación radica en que los delitos de consumación permanente cuentan con consecuencias generadas por la comisión de delito y, estas pueden encontrarse expresadas durante una fase específica



de tiempo, ello en conformidad con el proceder e intención del agente comisario del delito. Es pertinente añadir que según Jakobs “la ejecución del hecho (...) puede extenderse temporalmente del modo que se extiende la producción del resultado, sin que se pierda la unidad de infracción” (1997: 1085).

En cuanto sea referido a la consumación continuada, se tiene que el artículo 49° del Código Penal peruano lo define como reiteradas vulneraciones de un mismo tipo penal, las mismas que pudieron haber sido ejecutadas en diversas ocasiones. Durante el desarrollo de un proceso penal, tales conductas serán juzgadas como un mismo ilícito y, se procederá a la atribución de la pena asignada al delito de mayor gravedad.

Es pertinente tener presente lo señalado en la Casación N° 819-2016-Arequipa, la misma que nos señala las condiciones con las que se debe cumplir para considerar a un delito como de consumación continuada, las cuales son las siguientes: “1) pluralidad de acciones delictivas; 2) afectación del mismo bien jurídico; 3) identidad del sujeto activo; y, 4) unidad de resolución criminal.” (2016: 8)

Por otro lado, respecto a la terminación, se tiene que esta sí cuenta con relevancia jurídico penal. Al respecto, Montoya – tomando en consideración a Lloria García – indica que “la consumación material o terminación está relacionada con la idea de finalización o cese de la afectación al bien jurídico, aspecto éste último que no es cubierto por el concepto formal de consumación” (2009: 7). En ese sentido, podría afirmar que un delito es de consumación permanente cuando se haya producido el cese de la permanencia de la vulneración del bien jurídico, es decir, cuando se haya dado la terminación.

Finalmente, se tiene que el agotamiento es la expresión material de la consumación. Conforme lo señala Muñoz Conde, esta debe ser entendida como el momento en el cual “el autor no solo realiza todos los elementos típicos, sino que, además consigue satisfacer la intención que perseguía: heredar al pariente que mató, lucrarse con el delito patrimonial cometido, etc.” (2010: 412).

**b. ¿Es posible hablar del delito de Enriquecimiento Ilícito como delito permanente?**

Tomando en consideración lo señalado previamente en torno a los diversos tipos de consumación, corresponde que nos enfoquemos específicamente en el delito materia de análisis: el delito de Enriquecimiento ilícito. Al respecto, a nuestra consideración, nos encontramos frente a un delito de consumación permanente. Ello debido a que aun cuando los elementos del tipo penal hayan sido ejecutados, los efectos producidos por la comisión de este podrán ser prolongados a voluntad y conocimiento del agente comisor.

Resulta relevante tener en consideración lo señalado en el marco del expediente N° 85-2008, ya que se señala que “(...) la situación antijurídica relevante no culmina al momento de la consumación que es propia de los delitos instantáneos, sino con la fijación de la permanencia; en el delito permanente el menoscabo a los bienes jurídicos, esto es, a la administración pública es constante hasta el cese del estado antijurídico así la intervención de los extraneus es decir de los cómplices, en el mismo los torna en partícipes del delito (...)” (2011).

Resulta importante añadir que, si no se considera al delito de Enriquecimiento ilícito como un delito de consumación permanente, se generarían situaciones perjudiciales para la atribución de justicia, ya que al no valorarse ciertos aspectos nos conllevaría a tener casos de impunidad.

**4. Los extraneus en el delito de Enriquecimiento Ilícito**

**a. La responsabilidad penal del extraneus en el delito de Enriquecimiento ilícito**

## **i. Teoría de la infracción del deber**

En primer lugar corresponde analizar la teoría de la infracción del deber, la misma que tiene como representante dogmático al catedrático Claus Roxin. La presente corriente dogmática resulta de aplicación a la categoría de delitos especiales, en razón de la vulneración de un bien jurídico específico por parte de un agente con una característica especial (en el presente caso, funcionario público). De esa manera, puede afirmarse que “no se trata de la infracción de un deber impuesto por el rol general de ciudadano, sino de un rol especial o institucional” (2017: 144)

De acuerdo a lo postulado por la presente teoría, se afirma que la infracción de deberes por parte de los funcionarios públicos los hará susceptibles de otorgárseles la condición de autores del delito. Sin perjuicio de lo mencionado, se añade que los agentes que contribuyan a la comisión del delito y que no se encuentren investidos con la condición especial de funcionarios públicos (extraneus), son pasibles de ser considerados en calidad de partícipes.

Cabe mencionar que, según lo señalado por la presente teoría, y conforme a lo expone el profesor Montoya, “el partícipe extraneus siempre responderá por el mismo delito que el autor” (2015). Sumado a ello, también indica que “aunque el extraneus sea la persona que tiene el dominio del hecho, el intraneus es el autor del delito especial, pues este es el que infringe su deber especial” (2015).

Es menester valorar lo señalado por Salinas Siccha, ya que el mismo se pronuncia acertadamente respecto a la distinción entre las teorías de la infracción del deber y la del dominio del hecho:

“según la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En

cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la <<infracción del deber>>”. (S/F: 4)

## **ii. Teoría de la unidad del título de imputación**

De acuerdo a esta teoría, se puede entender que tanto los funcionarios públicos como los extranei cometen, o participan, de la comisión de un mismo delito, por lo que corresponde que ambos sean pasibles de ser sancionados por el mismo tipo penal.

No obstante ello, los extranei (sujetos ajenos a la función pública) responderán en calidad de partícipes y no de autores, en tanto no cuenta con la cualidad de ser funcionarios públicos.

Cabe considerarse que la presente postura se fundamenta principalmente en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Ello en tanto se considera que la afectación puede ser ocasionada tanto desde dentro de una institución pública (funcionarios públicos) como de un factor externo a la misma (extranei).

La presente teoría contraviene directamente lo señalado en la Casación N° 782-2015, pues en la misma los jueces supremos adoptaron la teoría de la ruptura del título de imputación argumentando que “los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona” (2016).

De acuerdo a la teoría de la unidad del título de imputación, los funcionarios públicos despliegan las conductas como autores del ilícito, pero, sin perjuicio de ello, también podrá sancionarse penalmente a los extranei que hayan coadyuvado en la comisión del hecho ilícito, aun cuando estos no cuenten con la calidad de funcionarios públicos. Esta sanción a los terceros intervinientes o “extranei” se da en razón de que han realizado un aporte en la vulneración al bien jurídico. Evidentemente, deberá haber una diferenciación entre las sanciones asignadas a los autores y a los partícipes.

Asimismo, ello mantiene relación con lo expresado en el Acuerdo Plenario N° 03-2016, pues se señala que “el artículo 26° y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitar la calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada” (2016)

De la misma manera, el acuerdo plenario N° 02- 2011, se pronuncia conforme se cita a continuación:

“(…) Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va a conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. (...) En suma, los extraneus se registrarán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor (...) pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente sólo corresponde al autor.” (2011)

**b. La responsabilidad penal del extraneus en un delito de consumación permanente**

Tomando en consideración las teorías analizadas de manera precedente, nos atañe tomar postura respecto de la atribución de responsabilidad penal a los terceros intervinientes, también llamados extranei, debido a su intervención en el delito materia de análisis.

Es así que corresponde indicar que nos encontramos en plena discrepancia con la teoría de la ruptura del título de imputación, en tanto nosotros consideramos que los terceros

intervinientes deberían ser pasibles de ser sancionados por su intervención en la comisión del ilícito aún cuando estos no sea funcionarios públicos.

En ese sentido, concordamos con la teoría de la unidad del título de imputación, la misma que ha sido plenamente adoptada por nuestro código penal y demás cuerpo normativo relevante. En ese sentido, se estaría manteniendo armonía con lo postulado en el Acuerdo Plenario N° 03-2016 el mismo que señala “como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener, recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos, bienes, créditos, o réditos que van produciendo el enriquecimiento del intraneus”. (2016)

### **c. Ejemplificación jurisprudencial y el *pactum sceleris***

El *pactum sceleris* o acuerdo previo deberá ser entendido como una promesa de ayuda posterior o, a su vez, como una situación de complicidad psicológica. Para su configuración, no será necesario se materialicen o lleven a cabo los actos prometidos, sino que bastará con la realización de la promesa en sí misma. En la misma línea, el profesor Montoya Vivanco lo considera como “un pacto o acuerdo previo a la comisión del hecho delictivo entre el autor (intraneus) y los partícipes” (2012:70).

Es importante mencionar que se produce una circunstancia excepcional en torno al *pactum sceleris*, pues aun cuando la realización de los actos prometidos se dé luego de consumado el delito, estos serán pasibles de ser sancionados penalmente, debido a que la promesa se dio antes de la consumación del ilícito penal. La razón de ello es que los participantes de este acuerdo previo demostraron una conducta de complicidad (aunque esta pueda ser únicamente psíquica) respecto de la realización del delito.

Ello puede ser apreciado en lo resuelto en el Expediente N° 99-2009 sobre el cual versa el caso de la Familia Cano. Es en la sentencia de la Primera Sala Penal Especial que se afirma que “[e]n caso de prometerle ayuda al autor una vez que haya cometido el



delito, se habla de complicidad psicológica o intelectual (...) En este caso, el cómplice no será reprimido por el acto que ha cometido después de la ejecución de la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo” (2011).

Sin perjuicio de lo mencionado previamente, resulta pertinente que tengamos presente lo sustentado por la Corte Suprema a través del Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima. El caso versa principalmente sobre la acusación a un entonces General del Ejército, su esposa e hijas por la comisión del delito de Enriquecimiento Ilícito. La acusación referente a la esposa e hijas se produce en tanto se consideró que las mismas participaron en la comisión del delito al facilitar el ocultamiento y dar una apariencia de legalidad del dinero obtenido ilícitamente. La Corte Suprema, mediante el voto dirimente del magistrado Quintanilla Chacón, opta por absolver de responsabilidad a la esposa e hijas del exfuncionario público, en tanto se consideró que las acusadas actuaron de manera posterior a la comisión del delito por parte del funcionario, y al no poderse probar la existencia de un acuerdo previo (*pactum sceleris*) no se podría sancionar la conducta posterior a la comisión del delito.

Al respecto, somos de la postura que en dicho caso debió considerarse que estamos ante un delito de consumación permanente, en cuanto las acciones ejecutadas tanto por el funcionario público como por sus familiares fueron destinadas a mantener en el tiempo los efectos de la vulneración del bien jurídico protegido. En ese sentido, al encontrarnos ante un delito de consumación permanente, es posible afirmar que el actuar de la esposa e hijas del entonces funcionario público se dio antes de que finalizara la consumación del delito, por lo que sí son pasibles de ser sancionadas penalmente en grado de partícipes.

Asimismo, consideramos también que en dicho caso sí se produjo un *pactum sceleris* o acuerdo previo. Somos de dicha consideración por tres principales motivos. En primer lugar, afirmamos que los acusados mantenían un estrecho vínculo familiar y una relación de confianza, puesto que las hijas tenían conocimiento de que en la caja fuerte, ubicada en la residencia familiar, se encontraba una gran cantidad de dinero.



En segundo lugar, consideramos que las acusadas tenían pleno conocimiento de los ingresos familiares mensuales, y bajo las reglas de las máximas de la experiencia y la lógica, era posible que las mismas dedujeran procedencia ilícita del dinero o, en todo caso se generara un alto grado de sospecha por parte de estas, en especial si se tiene en consideración que el monto obtenido por la comisión del ilícito ascendió aproximadamente a \$652,300 dólares. Resulta indudable que las acusadas tenían conocimiento de la existencia de tal monto dinerario, en tanto ellas recibiendo dicho monto dinerario en las cuentas creadas por las hijas únicamente con el fin de dotar de apariencia legal a dicho dinero.

En tercer lugar, y teniendo en consideración la existencia de un estrecho vínculo de confianza entre los acusados, así como el elevado nivel de sospecha por parte de las acusadas, es menester que tengamos presente también el despliegue de una conducta de encubrimiento por parte de las acusadas. Ello se ve plasmado no solo en la creación de cuentas bancarias (nacionales y extranjeras) o personas jurídicas para dotar de apariencia legal al dinero, sino también de la simulación de compra de un bien inmueble por parte de terceros (que durante juicio oral afirmaron haber realizado tal acto a manera de “favor”).

En ese sentido, resulta prudente considerar que las acusadas eran conscientes de que el funcionario público estaba realizando una conducta ilícita (comisión del delito de Enriquecimiento Ilícito) y, pese a ello, procedieron a brindar su apoyo psíquico y material.

Ahora, en cuanto a los medios necesarios para probar dicho *pactum sceleris*, resulta ilógico considerar que dicho acuerdo previo será plasmado en algún elemento objetivo determinado, pues por su naturaleza deberá ser oculto o disimulado. Es así que para demostrar la realización del mismo será necesario que nos basemos en pruebas indiciarias, las mismas que hemos descrito en los párrafos precedentes, por lo que no

resultarían procedentes los cuestionamientos al respecto y debió haberseles atribuido responsabilidad penal.

## **5. Conclusiones**

En primer lugar, podemos concluir que el delito de Enriquecimiento ilícito es un delito de consumación permanente, es decir, estamos ante un delito en el cual el autor opta (mediante su actuar) voluntariamente por la prolongación de los efectos del ilícito.

En segundo lugar, podemos concluir que el delito de Enriquecimiento ilícito debe ser aplicado en concordancia con lo señalado por la teoría de la unidad del título de la imputación. En ese sentido, se tomará en consideración las conductas que pongan en riesgo o lesionen los bienes jurídicos protegidos, ya sean estas provenientes de un funcionario público o de un extranjero.

En tercer lugar, hemos podido definir y ejemplificar la realización de un *pactum sceleris*. De esa manera, si estamos ante la realización de un acuerdo previo o *pactum sceleris*, este podrá ser sancionado aun cuando lo prometido no haya sido materializado o cuando la conducta desplegada (concretización del acuerdo) haya sido posterior al momento de consumación del delito.

## **6. Bibliografía:**

1. Acuerdo Plenario N° 02-2011 (VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria 06 de Diciembre de 2011).
2. Acuerdo Plenario N° 03-2016 (X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria 12 de Junio de 2017).
3. Casación N° 782-2015-Del Santa (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente 06 de julio de 2016)

4. Bayes Antúnez, A.E. (2018). El carácter subsidiario del delito de Enriquecimiento Ilícito, *Exégesis* (págs. 63-80). Lima: Lexis Legis
5. Buompadre, J. (2009). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial* (Tercera ed., Vol. III). Buenos Aires: Astrea.
6. Casación N° 819-2016-Arequipa (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Transitoria 24 de mayo de 2019)
7. Casación N° 782-2015-Del Santa (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente 06 de julio de 2016)
8. Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente. Casación N° 343-2012- Lima 16 de Abril de 2013.
9. Díaz y García Conledo, M. (2017). Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría. Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época(123), 5-40.
10. Estado Peruano (2005). Expediente N° 24-2002.
11. Gálvez Villegas, T. A. (2017). El delito de Enriquecimiento ilícito (Segunda ed.). Lima: Instituto Pacífico
12. Hans-Heinrich, J. (2002). *Tratado de Derecho Penal* (Quinta edición), (Trad. Olmedo Cardenete, M.). Editorial Comares: Granada
13. Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (Segunda ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano Gonzales de Murillo, Trads.) Madrid: Marcial Pons.
14. Meini Mendez, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
15. Montoya Vivanco, Y. (2009). La desaparición forzada de personas como delito permanente: Consecuencias dogmático penales. Lima: Departamento Académico de Derecho de la PUCP.
16. Montoya Vivanco, Y. (2012). El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión. En R. Pariona Arana, J. A. Caro John, Y. Montoya

- Vivanco, Y. Novoa Curich, J. Rodríguez Vásquez, E. Guimaray Mori, . . . L. Huerta Guerrero, & Y. Montoya Vivanco (Ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú* (págs. 53-72). Lima: Idehpucp.
17. Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual de Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Idehpucp.
  18. Muñoz Conde, F. (2010). *Derecho Penal. Parte General* (Octava edición). Valencia: Tirant Lo Blanch
  19. Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente 30 de Diciembre de 2004).
  20. Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública* (Cuarta ed., Vol. II). Lima: Editorial Grijley.
  21. Salinas Siccha, R. (s.f.). Delitos contra la Administración Pública: La teoría de la infracción del deber en la jurisprudencia peruana.
  22. Salinas Siccha, R. (2009). Delitos contra la Administración Pública.
  23. Scheller D'angelo, A. (2011). La teoría del domino del hecho en la legislación penal colombiana. *Revista de Derecho*(35), 244-263.
  24. Sentencia del Exp. N° 85-2008 (Primera Sala Penal Especial de Lima, 11 de Enero de 2011)
  25. Sentencia del Exp. N° 99-2009 (Primera Sala Penal Especial de Lima, 25 de Enero de 2011).
  26. Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú