

Sumilla:

A. El enriquecimiento ilícito es un delito de abuso funcional por parte del sujeto cualificado -el funcionario o servidor público-. No es un delito de no justificación razonable del incremento patrimonial, por parte del sujeto activo.

B. Bajo ningún concepto es de asumir que exista una inversión de la carga de la prueba, por la concurrencia eventual de un indicio de falsa justificación. Tal interpretación vulneraría la presunción de inocencia; excluiría inconstitucionalmente al Ministerio Público de su obligación de probar la imputación, y restringiría el derecho del acusado a guardar silencio frente a la acusación formulada en su contra.

C. El delito de enriquecimiento ilícito se consume con el abuso de la posición funcional por parte del sujeto activo, evidenciado en actos concretos que generan como resultado un incremento patrimonial ilícito.

D. En este contexto, no es admisible la denominada complicidad post consumativa, ni siquiera mediando acuerdo previo, pues los actos de auxilio o asistencia, conforme al artículo 25 del Código Penal, deben contribuir a la realización del hecho punible.

E. Los actos realizados por terceros de uso, conversión, ocultamiento del producto del incremento patrimonial obtenido por el sujeto activo, son actos de agotamiento de este delito y pueden eventualmente ser sancionados autónomamente como delitos de encubrimiento real o lavado de activos.

Lima, doce de julio de dos mil diecisiete

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el **MINISTERIO PÚBLICO Y LA PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN** contra la sentencia de fojas ciento seis mil ciento sesenta y ocho, de fecha doce de octubre de dos mil quince, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, que falla absolviendo de la acusación fiscal a Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, como cómplices secundarios del delito contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito en

agravio del Estado. Con lo expuesto por el Fiscal Supremo en lo Penal. Intervino como ponente el señor Juez Supremo **FIGUEROA NAVARRO**.

CONSIDERANDO

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

PRIMERO. El señor representante del **MINISTERIO PÚBLICO**, a fojas ciento seis mil trescientos noventa y siete, sostiene como agravios lo siguiente: **i)** El juzgamiento por el delito de Enriquecimiento Ilícito, según lo ordenado por la Corte Suprema de manera expresa, debía tener como base el despliegue del desarrollo funcional del excluido Walter Segundo Chacón Málaga, quien como eje principal en su condición de ex funcionario público ostenta la calidad de sujeto activo. Es a partir de la determinación del balance económico entre sus ingresos y egresos que se llegaría a establecer un equilibrio o desequilibrio económico; es decir, si estos guardaban coherencia con su incremento patrimonial y que, en el presente caso, comprende también a sus familiares los procesados Aurora Isabel De Vettori, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes; **ii)** La existencia o no de un desbalance en el patrimonio de los encausados (*extranei*), abona no a un desbalance propio, sino a establecer el desbalance patrimonial de la sociedad conyugal del que formaba parte el excluido Walter Segundo Chacón Málaga, pues como se demostró a lo largo del proceso, este era el que realmente tenía el manejo económico de toda la familia; **iii)** El desbalance patrimonial acreditado correspondía a la sociedad conyugal conformada por Isabel Aurora De Vettori Rojas y el excluido Chacón Málaga, de ahí que no sea de recibo la afirmación que sostiene que se habría privado del derecho de defensa a Walter Chacón Málaga, pues siempre estuvo presente a través de su abogado defensor designado por su esposa; **iv)** En los delitos contra la Administración Pública, se aplica la teoría de los delitos de infracción de deber, respecto a la complicidad sostiene la participación única, a través de la cual se considera que todo aquel que sin tener el deber especial penal participa en la comisión del delito que comete el sujeto público con deber especial, será siempre cómplice; **v)** El Ministerio Público no



solicitó que se declare la responsabilidad de Walter Chacón Málaga. Lo que solicitó fue que, a partir de los hechos cometidos por este, se declare la existencia del desbalance patrimonial de la sociedad conyugal; dado que los hechos habían sido generados a raíz de los actos funcionales de este, con participación de sus familiares directos; **vi)** El período de imputación corresponde al decenio comprendido entre los años mil novecientos noventa al dos mil, lapso que corresponde al desarrollo funcional del excluido Walter Chacón Málaga, destacándose que durante el plenario se acreditó que los acusados Isabel Aurora de Vettori Rojas, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, constituyeron empresas, adquirieron bienes, etc, pues actuaron previo acuerdo con el excluido para legitimar o dar apariencia legal al enriquecimiento ilícito que se venía efectuando; **vii)** El Ministerio Público no postuló el enriquecimiento ilícito de los cómplices como actores directos, para ello solo basta con dar una simple lectura del dictamen acusatorio; **viii)** La sentencia apelada no consideró debidamente situaciones factuales establecidas durante el plenario y que acreditaban la existencia de desbalance patrimonial en relación directa con el excluido Walter Chacón Málaga y los acusados; **ix)** Conforme al resultado de los balances financieros oficiales y la pericia de oficio, se llegó a inferir válidamente que Luis Miguel Portal Barrantes, Juan Carlos Chacón De Vettori, desplegaron conductas concertadamente con el excluido del proceso penal; **x)** El Colegiado no meritó que los procesados en mención hicieron posible la retroalimentación del incremento patrimonial constante del excluido del proceso hasta el año dos mil, incremento que es más notorio a partir del año mil novecientos noventa y cuatro como se acreditó en el plenario.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS DE LA PROCURADURÍA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN

SEGUNDO. La **PROCURADURÍA PÚBLICA ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN** a fojas ciento seis mil cuatrocientos once, sostiene que: **i)** La Sala Superior efectuó una errónea interpretación respecto al sustento fáctico del tipo penal imputado, de los elementos configurativos del delito de enriquecimiento ilícito, así como de la conducta del autor y la participación delictiva; **ii)** El hecho que el representante del Ministerio Público se haya

pronunciado sobre un enriquecimiento ilícito por parte de los cómplices, de ninguna manera "sustituye" lo afirmado en la acusación escrita, entendiéndose por tanto el supuesto enriquecimiento de los cómplices como un mero error material; **iii)** Los actos de complicidad materializados en actos de ocultamiento pueden perfectamente presentarse en supuestos de intervención post consumativa, en tanto los cómplices mantengan "ocultos" los bienes que sirven para enriquecer al autor, por tratarse de un delito de ejecución permanente; **iv)** El artículo 25º del Código Penal al regular la figura de la complicidad consagra implícita o explícitamente la dependencia del partícipe del hecho principal. De la misma manera, al regularse la figura del instigador en el artículo 24º del citado Código Sustantivo, hace referencia a la determinación "a cometer un hecho punible"; en consecuencia la "participación" en el referido cuerpo normativo, depende de la existencia de un hecho principal doloso, pues sólo a través de la comisión de este se consuma el tipo de injusto; **vi)** La exclusión de la persona que venía siendo procesada como autor, no significa la inexistencia del hecho por el que venía siendo investigada, ni supone un juicio sobre la antijuricidad de dicho comportamiento; ello nos permite concluir que el presupuesto de la participación no se vio afectado; **vii)** El Colegiado incurrió en error al fundamentar la relación del autor y partícipe desde el punto de vista de la responsabilidad penal del autor, cuando para resolver el presente caso solo se requiere establecer el "injusto" en que ha intervenido dicho autor; **viii)** La exclusión de Walter Chacón Málaga no puede beneficiar a los demás procesados a título de cómplice bajo el argumento que al haberse excluido al autor, también debió excluirse la participación criminal de los cómplices, conforme afirma el Colegiado; **ix)** Si bien en la etapa post consumativa no cabe la participación de los cómplices; sin embargo, existen excepciones a esta regla, puesto que pueden darse en los delitos permanentes en los cuales se extiende la consumación hasta que cese dicho estadio, o cuando la participación del cómplice se manifiesta en actos de preparación y de ejecución, incluso después de la consumación siempre que exista acuerdo previo; **x)** La sentencia impugnada carece de motivación en la valoración del material probatorio, al haber asumido la tesis de inviabilidad de condenar

a los acusados por la exclusión del proceso a la persona del autor; **xi)** Existe una afectación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales ante la inexistencia de una razonable y coherente motivación sobre la vinculación entre los actos del autor y cómplices, así como de la aplicación del principio de accesoriedad limitada, invocada por la defensa del Estado.

IMPUTACIÓN FISCAL

TERCERO. De acuerdo con la acusación fiscal de fojas cuarenta mil seiscientos ochenta y dos, integrado a fojas cuarenta y un mil trescientos diecisiete, los hechos imputados son los siguientes:

HECHOS GENERALES

3.1. El ex Asesor Presidencial Vladimiro Montesinos Torres – en su condición de asesor de Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional – ejerció un control absoluto sobre el aparato estatal, contando para ello con la autorización del ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori. Es así que haciendo abuso de dicha atribución y vulnerando los procedimientos establecidos por el Ejército Peruano, favoreció mayormente a ex compañeros de promoción de la Escuela Militar de Chorrillos, entre ellos al encausado Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, colocándolos en cargos estratégicos dentro de la jerarquía del Ejército Peruano, desde donde estos aprovecharon para enriquecerse ilícitamente durante el periodo de mil novecientos noventa a dos mil, lo que se demuestra con el desbalance patrimonial que se observa en las pericias que obran en autos, quedando de este modo comprometidos con Montesinos Torres para acceder a sus requerimientos económicos y funcionales cuando lo considerase conveniente.

IMPUTACIÓN CONCRETA

3.2. Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga: posee un terreno eriazo en Cieneguilla de mil metros cuadrados adquirido en el año mil novecientos noventa y nueve; un terreno eriazo en Zarumilla – Tumbes, ubicado en la playa Bocapán adquirido por veinte mil soles a un General de apellido

“Ramos”; una cuenta de ahorros en el Banco de Crédito con seis mil dólares y otra en el Banco Continental con veintidós mil dólares - al iniciarse el proceso, esta última cuenta fue dejada en cero dólares-. También posee una cuenta a plazo por veinte mil dólares; una cuenta de valores por tres mil setenta y cuatro soles y una tarjeta de crédito con un límite de hasta cinco mil dólares, bienes que no guardan proporción con el ingreso mensual de un General del Ejército que asciende a cinco mil ochocientos soles.

3.3. Juan Carlos Chacón De Vettori, Cecilia Isabel Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes: facilitaron su nombre para adquirir diversos vehículos, bienes inmuebles, además de crear empresas, bajo la directiva de su padre, utilizando para ello el dinero indebidamente obtenido por el inculpado Walter Chacón Málaga, durante su desempeño como Oficial del Ejército Peruano, tal como se detalla en el Informe pericial de fojas tres mil trescientos treinta y cuatro y sus recaudos respectivos.

3.4. Aurora Isabel De Vettori de Chacón: quien con conocimiento del notable incremento patrimonial de su esposo, en relación con los ingresos percibidos como Oficial del Ejército Peruano, ha utilizado el dinero obtenido indebidamente por su esposo para constituir empresas y adquirir participaciones en el Real Hotel Titicaca y en la Pesquera Real Titicaca S.R.L., lo que demuestra que esta persona ha facilitado el incremento patrimonial de la sociedad conyugal, sin que existan documentos que acrediten la proporción entre los ingresos y los gastos realizados por su familia.

PRECISIONES EN LA IMPUTACIÓN

CUARTO. Cabe precisar que de acuerdo al fundamento jurídico décimo sexto de la Ejecutoria Suprema recaída en el presente proceso, con motivo del Recurso de Nulidad número 2354-2010, emitida por esta Sala Suprema con fecha veintinueve de agosto de dos mil doce [voto en mayoría] obrante a fojas ciento cuatro mil quinientos veinticinco, apartado “Evitación de persecución penal múltiple”, se llegó a señalar la necesidad de hacer ciertas precisiones en torno a los hechos materia de imputación, indicándose lo

siguiente: "(...) debiendo establecerse con claridad los marcos de imputación y en el caso de tener que corregirse razonablemente, se deberá aplicar el sentido del artículo doscientos sesenta y tres del Código de Procedimientos Penales o en su caso el artículo doscientos ochenta y cinco-A del indicado cuerpo de leyes, en cuanto fueran pertinentes". En este sentido, en sesión de fecha diecinueve de noviembre de dos mil trece obrante a fojas ciento cuatro mil ochocientos cincuenta y ocho, el Fiscal Superior Adjunto, realizó su acusación en los siguientes términos contra los acusados absueltos:

4.1. Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón: el Ministerio Público la considera cómplice de su esposo Walter Chacón Málaga y le imputa específicamente haber prestado colaboración para ocultar el patrimonio ilícitamente acopiado por este, a través de la adquisición de bienes inmuebles, vehículos, creación de cuentas, adquisición de acciones y valores, además de abrir cuentas bancarias a nombre de su esposo o en forma mancomunada con depósitos que no guardan coherencia con el haber real que percibía el señor Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, como Oficial del Ejército Peruano, todo esto en el periodo de mil novecientos noventa al dos mil, conforme aparece en los informes periciales que ameritan este juzgamiento.

4.2. Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes: el Ministerio Público también los considera cómplices del señor Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y les imputa específicamente que, por indicación del antes mencionado, hicieron uso del dinero obtenido ilícitamente por este durante el desempeño de sus funciones como Oficial del Ejército Peruano en el periodo de mil novecientos noventa al dos mil; y como tal constituyeron empresas, adquirieron acciones y títulos valores, vehículos, así como bienes inmuebles a su nombre, para aparentar una supuesta solvencia económica. Ahora bien, lo percibido por estos no ha sido justificado razonable y coherentemente, conforme a lo detallado en los Informes Periciales que obran en autos y que evidencian su participación a favor de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga.



DELIMITACIÓN DEL ANÁLISIS DEL CASO

QUINTO. Frente a los agravios expuestos y el caso que nos ocupa, es de puntualizar que el desarrollo de la presente Ejecutoria se circunscribirá a examinar los siguientes aspectos:

- a. Abordar los aspectos dogmáticos respecto al tipo penal de Enriquecimiento Ilícito, su evolución legislativa desde la fecha de los hechos a la actualidad, y el momento de su consumación.
- b. Delimitar la relación de autonomía o accesoriedad entre el autor y los partícipes, en el marco de la unidad de imputación.
- c. Determinar los alcances dogmáticos de la complicidad en general y su configuración posible en el ámbito de los delitos de enriquecimiento ilícito, en particular a través de la llamada complicidad post consumativa.
- d. Realizar el juicio de subsunción de los hechos imputados a las personas absueltas, dentro del marco jurídico delimitado, previamente.
- e. Evaluar la suficiencia probatoria relacionada con la imputación formulada a los procesados, como presuntos cómplices del excluido Walter Chacón Málaga.
- f. Determinar si la comprobación de una insuficiente actuación probatoria, de cara a definir la responsabilidad de los acusados, justificaría un tercer juicio oral, a la luz de los criterios del plazo razonable.

Cabe precisar que el desarrollo de los tópicos jurídicos antes descritos en los cuatro primeros literales, resultan necesarios en atención a que nos encontramos frente a imputados cuyas conductas de complicidad, en el marco de la imputación, habrían consistido en haber utilizado y ocultado diversos bienes, objeto de un presunto enriquecimiento ilícito del entonces imputado como autor, Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga quien ha sido excluido del proceso penal, por sentencia del Tribunal Constitucional.

POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO

CUESTIONES JURÍDICAS: ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

SEXTO. El delito de Enriquecimiento Ilícito se encuentra tipificado en el artículo 401º del Código Penal. Desde una perspectiva sistemática, este delito siempre estuvo ubicado, desde el Código Penal de 1924, dentro de los delitos de corrupción y estos, a su vez, dentro de los delitos contra la administración pública, cometidos por funcionarios o servidores públicos. Desde su tipificación por vez primera en el Código derogado hasta la fecha, la descripción típica del delito de enriquecimiento ha sido objeto de varias modificaciones o agregados. Sin embargo, el núcleo de injusto se ha mantenido invariable en lo esencial: se describe el enriquecimiento ilícito o indebido como el acto por el cual el funcionario o servidor público acrecienta -en mayor o menor grado- injustificadamente su patrimonio¹. Las modificaciones se circunscriben fundamentalmente al contexto en el que se produce el enriquecimiento, a cuestiones procesales asociadas a los indicios de enriquecimiento, a la incorporación de penas acumulativas, o a la inserción de una circunstancia agravante por la calidad del sujeto activo.

6.1. Ahora bien, en la medida que el marco de imputación postulado por el Ministerio Público, en su acusación fiscal, comprende el periodo de mil novecientos noventa al dos mil, las versiones típicas a analizar comprenden desde la última descripción típica del Código Penal de 1924 hasta la versión típica vigente a la fecha del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, en atención a aplicación temporal de la ley penal. En efecto, a fin de determinar el tipo penal aplicable, es menester revisar las diversas versiones típicas que se han sucedido a lo largo del tiempo, conforme al principio de favorabilidad (artículo 6 del Código Penal).

¹ Casación N° 343-2012 de fecha 16 de abril de 2013 emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, fundamento jurídico décimo.

6.2. En el Código Penal derogado, se tipificaba el delito de Enriquecimiento ilícito con el siguiente tenor:

"Artículo 361º-A.- 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 menor de diez años, multa de la renta de treinta a noventa días e inhabilitación de conformidad con los incisos 1), 2) y 3) del artículo 27º, por doble tiempo de la condena.

Existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración o declaraciones juradas, fuere notoriamente superior al que normalmente hubiere podido tener en virtud de los sueldos o emolumentos que haya percibido, de los incrementos de su capital o de sus ingresos, por cualquier otra causa lícita.

Las pruebas presentadas por el procesado para justificar el incremento patrimonial, son reservadas y no podrán utilizarse para ningún otro efecto".

6.3. Luego, con la entrada en vigencia del Código Penal de mil novecientos noventa y uno, se tipificó el delito de enriquecimiento ilícito de la siguiente manera:

"Enriquecimiento ilícito: Artículo 401.- El funcionario o servidor público que, por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años".

6.4. Dos meses después de la entrada en vigencia del Código Penal, se incorpora, mediante la Ley número veintisiete mil ochocientos cuarenta y dos, una norma de carácter procesal, impropia en un Código sustantivo, cuyo tenor era el siguiente:

"Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/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."

6.5. Las modificaciones que pueden observarse entre una y otra versión del delito en cuestión son fundamentalmente cuatro. Primero, la denominación y con ella también el elemento normativo del delito en estudio varía de "enriquecimiento indebido" a "enriquecimiento ilícito"; modificación adecuada, pues pone acento en la naturaleza del injusto penal que se relaciona con la ilicitud -penal- de la conducta y no con lo indebido del enriquecimiento que tiene más bien, una connotación civil². Lo que le da la entidad penal, al ilícito no es el hecho del enriquecimiento -característica común con la institución civil- si no el abuso funcional del sujeto activo, en el ámbito público, para obtener este resultado. Segundo, en la primera versión del Código Penal vigente, se vincula correctamente el acto de enriquecimiento al abuso del cargo, y no como reiterativamente se hacía en el Código derogado aludiendo al abuso de la función. Si se asume que el cargo implica necesariamente el desempeño de funciones por parte del funcionario o servidor público estaba demás que se los mencionase de manera diferenciada, pues la función está implícita en el cargo. Tercero, el indicio de enriquecimiento, regulado en ambos casos, es mejor precisado en el Código vigente pues este puede evidenciarse con un aumento desmesurado del patrimonio del sujeto activo, pero también con un desmedido nivel de gastos, con relación a sus ingresos por cualquier causa lícita. Cuarto, con mayor rigor técnico, en el Código Penal vigente la comparación de los egresos se hace con la suma de la totalidad de los ingresos por cualquier causa lícita, y no necesariamente circunscrita a los sueldos o emolumentos.

6.6. Ahora bien, el cuatro de julio del año dos mil cuatro se promulgó la ley veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, que modificó sustancialmente el tipo penal -que pasó a ser un tipo penal básico- e incorporó un tipo penal

² En efecto, en el Código Civil se regula dentro de las "Fuentes de las Obligaciones", el también denominado "Enriquecimiento sin Causa". De acuerdo al artículo 1954 del Código Civil "Aquel que se enriquece indebidamente a expensas de otro está obligado a indemnizarlo".

agravado -la calidad de alto funcionario o sujeto a antejuicio-. En este sentido, el delito de enriquecimiento ilícito quedó configurado del siguiente modo:

"Artículo 401.- Enriquecimiento ilícito.- El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

*Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.
(...)"*

6.7. En la nueva versión se introducen dos modificaciones fundamentales en la configuración típica del enriquecimiento ilícito y, que podrían explicar una errada interpretación sobre el alcance actual del delito analizado. Primero, a diferencia de las dos versiones típicas anteriores, con la modificación última, se reemplaza el criterio causal por el criterio temporal, respecto al uso o abuso de la función por parte del sujeto activo. En la versión modificatoria bastaba con que se verificase que el funcionario o servidor público se había enriquecido durante el periodo en el que desempeñó el cargo. Ya no era necesario que el Ministerio Público probase el abuso funcional para enriquecerse. Segundo, en la nueva versión se adiciona que el delito, este se configuraba cuando el agente no haya podido justificar razonablemente el incremento de su patrimonio. De este modo, al criterio ocasional se le agregó el criterio de no justificación o de falsa justificación. Ambas modificaciones dieron lugar a que se pensase que se autorizaba una inversión en la carga de la prueba. Esto podría interpretarse en el sentido que el fiscal quedaba liberado de probar, primero, el abuso funcional, pues bastaba que se probase los incrementos en el periodo en que el procesado fue funcionario o



servidor público y, luego, que el incremento fue debido a una causa ilícita, dado que era el funcionario quien no justificó razonablemente dicho incremento. De esta manera, se pensó equivocadamente que nos encontrábamos ante un "tipo penal de no justificación"³. Así las cosas, se generó el malentendido que esta estructura típica invierte la carga de la prueba, a cargo del Ministerio Público.

6.8. Diecisiete años más tarde, mediante la Ley número veintinueve mil setecientos tres, de junio del dos mil once, se modificó el tipo base de la siguiente manera:

"Artículo 401.- *Enriquecimiento ilícito.- El funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de sus funciones, 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.*

(...)"

La reforma legislativa consistió únicamente en suprimir la cláusula de no justificación razonable del incremento, pero se mantuvo el criterio de temporalidad – durante el ejercicio de las funciones- del mismo.

6.9. Dos meses después de dicha reforma legislativa, se modificó otra vez la descripción típica de la modalidad básica. En efecto, mediante la ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, la conducta típica fue descrita del siguiente modo:

"Artículo 401. *Enriquecimiento ilícito.- El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos*

³ En la legislación penal argentina se configura el delito de enriquecimiento ilícito con una estructura similar. En efecto, en el artículo 268.2 se dice: "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". La descripción típica del delito de enriquecimiento en la legislación argentina, ha dado lugar a una discusión dogmática de alcance jurisprudencial, pero que debe ser asumida con reserva en nuestro país, pues la fórmula típica nuestra no es tan radical como el tipo penal glosado precedentemente.

será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años.

(...)”.

6.10. Con la nueva versión se retoma la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito como delito de abuso funcional, abandonándose el criterio de temporalidad. Pero también se precisa mejor el contenido del injusto cuando vincula el acto de enriquecerse con los ingresos legítimos del sujeto activo. En la reforma legislativa que se producirá dos años después, a través de la ley número treinta mil ciento once, se mantiene la misma estructura en el tipo básico, pero se agrega la pena de multa de trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa. Finalmente, la última reforma legislativa del tipo base del delito de enriquecimiento ilícito se da con el Decreto Legislativo número mil doscientos cuarenta y tres, de octubre del dos mil dieciséis. Mediante esta norma se prevé como pena acumulativa la de inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos uno, dos y ocho del artículo treinta y seis⁴.

MARCO NORMATIVO DE ANÁLISIS

SÉPTIMO. El análisis de la evolución legislativa del delito de enriquecimiento ilícito sirve para fijar el marco normativo en el que se evaluará la situación jurídica de los procesados. Si bien el objeto analizado se refiere a la descripción de la conducta del autor de dicho delito, y el título de imputación de los procesados es el de cómplices, la determinación de la versión típica, aplicable al caso, tendrá incidencia en la determinación de la cuestión de momento consumativo y la posibilidad de auxilio que pudieran haber prestado, conforme a la acusación fiscal.

En este sentido, lo que podemos colegir como conclusiones de las diversas versiones típicas que hemos mencionado, son las siguientes:

⁴ De conformidad con el Acápito VI del Literal b) del Artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1264, publicado el 11 diciembre 2016, se dispone que no podrán acogerse al Régimen temporal y sustitutorio del impuesto a la renta, los delitos previstos en el presente artículo; disposición que entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2017.

- a. El criterio típico que corresponde considerar, de acuerdo al criterio de favorabilidad, es el del abuso funcional y descartar el criterio temporal por parte del sujeto activo.
- b. La versión típica que debe asumirse es la que descarta la no justificación razonable del incremento por parte del sujeto activo.
- c. El fiscal debe probar la existencia del abuso funcional para enriquecerse de parte del sujeto activo.
- d. El marco temporal fijado en la acusación fiscal solo sirve como criterio referencial para medir un posible incremento patrimonial.
- e. El funcionario o sus familiares no tienen la carga procesal de probar la razonabilidad del incremento.
- f. La no justificación razonable del incremento es un indicio fuerte pero no suficiente para una declaración de responsabilidad por este delito.
- g. En términos de imputación objetiva, la versión que sería aplicable como marco típico referencial es la vinculada al enriquecimiento ilícito y no la del incremento del patrimonio.
- h. Ergo, la versión que conforme a los criterios de favorabilidad, aplicables independientemente del título de imputación, y extensibles por ende a los cómplices, es la primera versión típica del Código Penal de 1991, que alude al que por razón del cargo se enriquece ilícitamente.

TIPO OBJETIVO

OCTAVO. En las diversas versiones que hemos señalado, el verbo rector es el de "enriquecerse" o "incrementar" el patrimonio. En el sentido usual del lenguaje significa hacer rica a una persona o prosperar notablemente⁵. Como verbo reflexivo el "enriquecerse" significa hacerse rico uno mismo. En tanto que el enriquecimiento es la acción y efecto de enriquecerse⁶. En el contexto del tipo penal, objeto del presente proceso, el enriquecimiento

⁵ Real Academia de la Lengua; Diccionario de la Lengua Española; 13ava edición.
⁶ Real Academia de la Lengua; ibid.

vendría a ser la acción y el efecto de enriquecer el propio patrimonio, dado que se trata de una acción en beneficio propio -enriquecerse uno mismo-. Esta acción -de enriquecerse- genera una consecuencia en la configuración del delito en cuestión: se trata de un delito especial propio, realizable únicamente por el funcionario o servidor público quien es el que en buena cuenta abusa de su poder funcional para incrementar sustancialmente su patrimonio.

NOVENO. El acto de enriquecerse requiere necesariamente de un despliegue de actividades por parte del sujeto activo; esto es, es necesario que el sujeto activo se enriquezca "por razón del cargo". La modalidad conductual exigida es de orden causal, no temporal. Ha de existir una relación causal entre el acto de utilizar o valerse del cargo público y el efecto de enriquecerse. La relación causal anotada forma parte del tipo objetivo: por tanto, no es suficiente, en los términos del tipo penal aplicable al caso, con que se haya verificado el enriquecimiento, en el periodo investigado. El resultado del abuso funcional es el de un enriquecimiento efectivo, sustancial y real del funcionario o servidor público, evidenciado en un incremento ostensiblemente asimétrico con los ingresos percibidos, por cualquier causa.

LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO PRINCIPIO GENERAL

DÉCIMO. La correcta interpretación del elemento normativo del tipo tiene directa relación con el principio de presunción de inocencia. La razonable expectativa social por combatir la corrupción llevó a algunos sectores de la ciudadanía y de la doctrina a considerar la posibilidad que la presunción de inocencia y su correlato axiológico el deber público de probar la imputación pueda tener excepciones. Esto es, que en nombre de la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, puedan encontrarse resquicios a la exigencia probatoria a cargo del Ministerio Público. Este Supremo Tribunal debe por tanto evaluar si esta relativización es posible, en función de nuestro Estado Constitucional de Derecho y además si es admisible conforme a los criterios

de Convencionalidad, asumidos mediante la Cuarta Disposición Final y Transitoria de nuestra Constitución Política.

10.1. En principio, en el uso común del lenguaje, el término presunción – derivado del latín *praesumptio*, -ōnis- significa: 1. Acción y efecto de presumir. 2. Hecho que la ley tiene por cierto sin necesidad de que sea probado⁷. A este término se le asocia el de inocencia; esto es, al estado que se aplica a toda persona, aún no acusada en un proceso penal, mientras no se produzca sentencia firme condenatoria⁸. Desde el punto de vista procesal, entonces, la presunción de inocencia es la condición o el estado de inocente que se le atribuye a toda persona imputada por la comisión de un delito, mientras no haya una sentencia firme que lo condene.

10.2. Ahora bien, en la Convención Americana de Derechos Humanos se establece que *"Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad"* [Artículo 8º, numeral 2]. En el mismo sentido, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se consagra que *"Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley"* [Artículo 14º, numeral 2]. En la Constitución Política del Estado, se establece este principio como una manifestación al derecho a la libertad y seguridad personal [Artículo 2º, numeral 24, literal e].

10.3. Por su parte, a título referencial, en el Nuevo Código Procesal Penal se desarrolla este principio, con el siguiente texto: *"1. Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado. 2. Hasta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido"*. [Artículo II, numeral 1, del Título Preliminar].

⁷ RAE; *ibid.*

⁸ RAE; *ibid.*

10.4. Una primera cuestión que debe abordarse, con relación a este principio, es el término que sintetiza su contenido. Tradicionalmente se le ha identificado con una presunción del estado de inocencia de alguien que es inculpado de la comisión de un delito. Pero al usarse el término presunción, entendida en su acepción "*acción y efecto de presumir algo*", se está considerando el presumir (del latín *praesumere*), como el hecho de asumir anticipadamente, suponer o considerar algo por los indicios o señales que se tienen. Si esta asunción anticipada es con relación al estado de inocencia del inculpado podría considerarse, como dice Manzini, citado por Oré⁹, como un contrasentido, pues cómo podría asumirse anticipadamente la inocencia de alguien que precisamente está siendo procesado por la comisión probable de un delito. Pero esta *contradictio in terminis* no puede llevar al otro extremo de revertir la denominación y rotularla como "*presunción de culpabilidad*"; mal entendida esta institución podría generar un efecto gravoso y hasta catastrófico, porque podría asumirse anticipadamente que la persona es culpable.

10.5. Al respecto ha señalado el Tribunal Constitucional que este derecho en tanto que presunción *iuris tantum* implica que "[...] a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida sentencia definitiva"¹⁰.

10.6. En realidad, la denominación (conteniente) no es la más apropiada pues no da cuenta real de su esencia (contenido nuclear) de la institución procesal. Lo que en puridad quiere garantizarse con su consagración como principio, es que la persona imputada de un delito debe ser tratada como si fuera inocente, no que se asuma que en verdad lo es. Esta consideración se extiende a lo largo del proceso penal; solo es posible modificar su situación jurídica y, por ende, su tratamiento procesal cuando se expide una sentencia

⁹ Oré Guardia, Arsenio. Manual de Derecho Procesal Penal Tomo I. Editorial Reforma. Año 2011. Página 123.
¹⁰ STC 0618-2005-PHC/TC.

condenatoria firme; esto es, cuando no haya medio impugnatorio alguno, para cuestionar la declaración de responsabilidad.

10.7. Por su naturaleza jurídica, la regla provisional de inocencia solo es aplicable a los procesados penalmente. Es el imputado de la comisión de un delito, a quien se debe probar su responsabilidad penal. Se trata de un derecho subjetivo, invocable por cualquier imputado, independientemente de la gravedad del delito que se le impute, y cualquiera sea la circunstancia en la que haya sido incorporado, como tal, al proceso (flagrancia, cuasi flagrancia, denuncia).

10.7. El Tribunal Constitucional sostiene que este principio se manifiesta en un doble sentido:

"7. [...] la presunción de inocencia es un principio y, a la vez, un derecho fundamental de todo procesado penalmente, cuya eficacia se despliega en diversas etapas del proceso penal, en un doble sentido:

a) Por un lado, como una regla de tratamiento sobre la persona sometida al proceso penal, que exige partir de la idea de que el sometido al proceso es inocente.

b) Por otro, como una regla de juicio, "es decir, [como] una regla referida al juicio de hecho" de la resolución que sanciona, que se proyecta en el ámbito probatorio, conforme al cual la "prueba completa de la culpabilidad (...) debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución (...) si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada" [STC 3312-2004-AA/TC]."¹¹

10.8. Esta postura del Tribunal no es una expresión aislada de los pronunciamientos reiterados de la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que la carga de la prueba corresponde a quien acusa. La inocencia es un estado -presuntivo- que genera diversas obligaciones en el proceso penal. En puridad, la presunción de inocencia que el acusador debe probar todos y cada uno de los elementos del tipo objetivo. Si al procesado se le atribuye el título de imputación de complicia, debe probar

¹¹ STC-EXP. N.º 0506-2005-PA/TC. Fundamento Jurídico Séptimo.

que su auxilio y que este contribuyó necesariamente o de manera contingente al hecho punible.

10.9. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido tajante en afirmar que: *"incumbe al juez penal verificar que todos los elementos del tipo penal hayan sido probados por la parte acusadora, puesto que la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recaiga, como corresponde, en la parte acusadora y no en el acusado"*¹².

10.10. Aun cuando no se exprese de manera directa, a veces se asume que, ante la aparente contundencia de los indicios de cargos, que es el procesado quien debe realizar la actividad probatoria principal para revertir la sospecha. En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Perú porque, en el contexto de una sentencia condenatoria, se llegó a afirmar que: *"no surgió una prueba de descargo contundente que lo hiciera totalmente inocente de los ilícitos que se le imputaban"*¹³. La forma como está redactada la condena pareciera que generase la idea que el acusado es el llamado a hacer surgir la prueba de descargo, con lo que si ello no se produjese, debe optarse por la condena. Esta es una forma encubierta de inversión de la carga probatoria.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO

DÉCIMO PRIMERO. Lo establecido con claridad por el Tribunal Constitucional tiene una consecuencia general, ratificada además por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La presunción de inocencia, como principio, no admite excepciones. No es admisible ni constitucional ni convencionalmente que, por consideraciones a la naturaleza del delito o a exigencias sociales, se puedan crear legislativa o jurisprudencialmente resquicios que puedan invertir la presunción de inocencia; esto es, que se considere que la condición de enriquecido de un funcionario público suponga una presunción de culpabilidad que pueda ser revertida, por una

¹² Caso Norín Catriman y otros (Dirigentes miembros y activistas del pueblo indígena Mapuche) contra Chile, del 29 de mayo del 2014, párrafo 223.

¹³ Caso Zegarra Marín contra el Perú, del 5 de febrero del 2017, párrafo 141.

justificación no razonable de su condición. La presunción de inocencia es un derecho de entidad convencional y constitucional, Su contenido solo puede ser optimizado. No está sujeto a restricciones fuera de las constitucional y convencionalmente establecidas. En este sentido, se ha invocado como marco normativo que justificaría una inversión de la carga probatoria, lo establecido en el artículo IX de la Convención Interamericana contra la Corrupción. Al respecto, se señala en dicho instrumento internacional, del que el Perú es parte, lo siguiente: *"Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificados por él"*. En el mismo sentido, se establece en el artículo veinte de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; *"Con sujeción a su constitución y a los principios fundamentales de 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, cuando se cometa intencionalmente, el enriquecimiento ilícito, es decir, el incremento significativo del patrimonio de un funcionario público respecto de sus ingresos legítimos que no pueda ser razonablemente justificado por él"*. Ambas normas convencionales deben, sin embargo, ser leídas integral y sistemáticamente.

DÉCIMO SEGUNDO. En principio, este Supremo Tribunal debe precisar que las instituciones constitucionales y, sobre todo, los derechos fundamentales explícitos, implícitos e innominados deben ser interpretados, conforme a los criterios propios del ámbito constitucional. Esto significa varias cuestiones. Primero, las normas constitucionales se interpretan conforme a los tratados internacionales en particular de derechos humanos que el Perú haya suscrito -convencionalidad en el sentido hermenéutico de los derechos fundamentales-. Segundo, para comprender el contenido constitucionalmente protegido de los derechos fundamentales, deben considerarse principios esenciales como los de Unidad de la Constitución, concordancia práctica y sistemática de la Carta Fundamental. Tercero, una

lectura unilateral de las dos disposiciones convencionales antes glosadas puede llevar a la equivocada idea que la mención a la no justificación razonable, que se hace en esos instrumentos internacionales del incremento significativo del patrimonio, es una autorización a la inversión de la carga probatoria. Cuarto, quienes asumen esta lectura integral y sistemática, no toman en cuenta que la tipificación del delito de enriquecimiento ilícito en los Estado Parte debe hacerse *con sujeción a su Constitución y a sus principios fundamentales de su ordenamiento jurídico*. Y en el caso de nuestro país, la sujeción a la que debe adscribirse el poder constituido, es la de presunción de inocencia, la función constitucionalmente asignada al Ministerio Público, como titular de la acción penal y, por ende, de la carga de la prueba; y el derecho que tiene el procesado de optar, si lo considera, por guardar silencio ante la imputación fiscal.

DÉCIMO TERCERO. La no justificación o la falsa justificación puede ciertamente ser positivizado o evaluada judicialmente, en la investigación y juzgamiento de los delitos de enriquecimiento ilícito. Pero debe ser dimensionada en su justa y razonable medida. Puede servir por ejemplo como un indicio para la imposición de una medida cautelar como la prisión preventiva. Pero nada autoriza a pensar que sea una relativización del deber del Estado, residenciado en la función del ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público, de probar con suficiente prueba de cargo la responsabilidad del funcionario o servidor público de haberse enriquecido ilícitamente. Una explicación posible al malentendido es que se haya asumido, incorrectamente, que el delito de enriquecimiento ilícito es de carácter omisivo, en el que el Ministerio Público se limite a establecer el desbalance patrimonial y el funcionario requerido omita rendir cuentas del mismo. El error radica en la percepción que la exigencia del *accountability* – propia de cualquier funcionario o servidor público- del ámbito administrativo se extienda automáticamente al ámbito penal. No puede darse tal equiparación porque las exigencias, los efectos y la distribución de las cargas procesales son completamente diferentes. La rendición de cuentas es de orden exclusivamente administrativo y político. Sus efectos pueden significar

una responsabilidad administrativa o hasta política según el caso. Pero en el ámbito penal, nadie puede ser obligado a asumir responsabilidad penal, mediante una institución administrativa, como la rendición de cuentas. Pesa más el derecho a no auto incriminarse y, con ello, a guardar silencio si se estimase conveniente. Pero la omisión de explicar la causa lícita del incremento patrimonial, no puede generar responsabilidad. Por ello, es absurdo sostener que el funcionario o servidor público es un garante. La pregunta que surge a continuación: ¿Es garante de que no se va a enriquecer indebidamente? Este Supremo Tribunal considera que plantear los deberes de los funcionarios y servidores públicos en estos términos, es confundir exigencias éticas con la exigibilidad de comportarse de acuerdo a la norma penal¹⁴.

DÉCIMO CUARTO. Esto significa que ni siquiera era posible que, mediante una reforma legislativa, se entendiese que el delito de enriquecimiento ilícito fuera un delito de no justificación. El malentendido se acrecienta si se considera que la no justificación razonable del funcionario procesado por este delito, sobre su patrimonio o su nivel de gastos, sea una "prueba plena de mala justificación". Y es que el indicio de mala justificación, invocable como indicio de cargo es solo eso; no es suficiente para sustentar una declaración de culpabilidad por este delito. Sostiene con razón Miranda Estrampes que "*La inferencia de culpabilidad sobre la base de la falsedad y/o inverosimilitud de la coartada sería contraria al derecho fundamental a la presunción de inocencia en cuanto comportaría una inversión de la carga de la prueba que corresponde a la acusación, incompatible con las exigencias que derivan de dicho derecho en su acepción como regla probatoria*"¹⁵. La consideración como inocente solo se puede revertir si durante el proceso, se realizan actos de prueba, que rodeados de las garantías del debido proceso, pueden generar convicción de responsabilidad en el juzgador que el funcionario efectivamente hizo abuso de su posición de poder para acrecentar ilícitamente su patrimonio.

¹⁴ En el delito de enriquecimiento ilícito la exigencia jurídica planteada por la norma penal sería: "El funcionario o servidor público no debe abusar de su cargo para enriquecerse ilícitamente".

¹⁵ Miranda Estrampes, Manuel: *La prueba en el proceso penal acusatorio. Reflexiones adaptadas al Código Procesal Penal peruano del 2004*; Colección de Ciencias Penales N° 3; Jurista Editores; Lima 2012; p. 48 y s.



No es suficiente para enervar la regla provisional de inocencia, los indicios o elementos indiciarios del inicio de la investigación preparatoria. La incoherencia de la declaración jurada con los gastos reales o el patrimonio del funcionario, es como siempre se ha expresado desde el Código derogado indicio de cargo -no prueba-. Lo mismo puede señalarse del criterio temporal asumido por la fiscalía y la procuraduría pública, como marco contextual de su pretensión acusadora. No es suficiente que se verifique que, durante el periodo investigado, un acrecentamiento del patrimonio del presunto autor. El periodo investigado sirve como contexto situacional, pero la actividad probatoria debe abarcar los otros elementos del tipo penal. En consecuencia, el elemento temporal en el que se verifica el enriquecimiento del funcionario debe ser interpretado conforme a la Constitución y a la exigencia de Convencionalidad. Este Supremo Tribunal ha sido claro en la interpretación de los alcances, en general, de la presunción de inocencia y su vinculación con la actividad probatoria. En este sentido ha establecido que *"Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente -primer párrafo del artículo dos del Título Preliminar del NCPP Procesal Penal-. Ello quiere decir, primero, que las pruebas -así consideradas por la Ley y actuadas conforme a sus disposiciones- estén referidas a los hechos objeto de imputación -al aspecto objetivo de los hechos- y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio"*¹⁶. En suma, la conversión de la no razonabilidad de la justificación del incremento patrimonial y la circunstancia que dicho incremento se hayan producido en el periodo en el que procesado fue funcionario o servidor públicos son circunstancias periféricas que consideradas, per se, como suficientes para inferir una responsabilidad penal por enriquecimiento, equivaldría a convertirlo en un delito de sospecha. Ello es incompatible con un derecho penal de acto, propio de un Estado Constitucional de Derecho. Finalmente, entender que el delito de enriquecimiento ilícito exige una justificación razonable al funcionario o

¹⁶ Sentencia de Casación N° 03-2007-HUAURA, del 07 de noviembre de 2007, fundamento jurídico séptimo, primer párrafo.

servidor público procesado, colisiona con el derecho del procesado a guardar silencio frente a la imputación; actitud que puede tener sustento en el derecho a la no autoincriminación, de tesitura igualmente convencional y, por ende, constitucional.

BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

DÉCIMO QUINTO. El bien jurídico protegido de modo genérico es el recto y normal funcionamiento de la administración pública como resultado global de la actividad regular del funcionariado público. En tanto que el bien jurídico protegido específico es el normal ejercicio del cargo por parte de cualquier funcionario o servidor público. La corrección en el ejercicio funcional se expresa en cualquier acto administrativo o de administración que realice el funcionario o servidor público. Este ejercicio funcional se rompe con la conducta ilícita del agente que se desvía de la línea de lo correcto, para aprovecharse del cargo y enriquecerse a costa de él. Nótese que la vulneración al bien jurídico protegido, guarda relación con el momento mismo del enriquecimiento del funcionario o servidor; y esto es así porque nos encontramos ante un delito de índole comisivo y de resultado.

IMPUTACIÓN OBJETIVA EN EL ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

DÉCIMO SEXTO. En términos de imputación objetiva, el riesgo prohibido se percibe con incremento sustancial en el patrimonio o en los gastos del sujeto activo y que no guarda absoluta proporción con sus ingresos por cualquier causa lícita. Lo indebido de su conducta o, mejor, lo prohibido de su accionar se concretiza en la instrumentación del cargo para generar un desbalance importante entre sus ingresos lícitos y su patrimonio o nivel de gastos. El resultado típico, interpretado en estos términos y conforme a su versión típica inicial, difiere ciertamente de la caracterización típica del delito, en la versión vigente. En la actualidad, no se requiere para imputar objetivamente el resultado al autor, que este se haya enriquecido y que implique acrecentar de manera considerable el patrimonio. Solo basta que el funcionario público haya incrementado su patrimonio. Y el incremento patrimonial, conforme a las máximas de la experiencia y al uso común del

lenguaje no se equipara al enriquecimiento. Solo implica un aumento de los egresos sin guardar equilibrio con los ingresos -lícitos-; aun cuando en los dos instrumentos internacionales contra la corrupción se alude a que el deber de los Estados Parte es sancionar penalmente el enriquecimiento significativo. Pero este es un mínimo normativo que deben respetar los Estados. Será cada Estado soberano para decidir si, conforme a su política criminal, tipifica el simple incremento patrimonial.

MOMENTO CONSUMATIVO

DÉCIMO SÉTIMO: La comprensión adecuada de los elementos del tipo objetivo tiene incidencia directa en la determinación del momento consumativo del delito. De la forma cómo se entienda la conducta típica y el resultado de la misma, podrá inferirse el carácter instantáneo, permanente o de ejecución instantánea, pero de efectos permanentes del mismo. Ahora bien, la conexión de la conducta del sujeto activo con el resultado obtenido determina que en realidad el delito, en la versión típica aplicable al caso, tenga que evidenciarse en actos de abuso funcional que generan el incremento sustancial del patrimonio. Desde un punto de vista jurídico, no se podría concebir el delito en cuestión, como un delito de estado -como la posesión de drogas para tráfico o la tenencia ilícita de armas-. No se reprime al funcionario por el hecho de ser indebidamente rico o solvente. Juicio de valor que tendría sentido si el delito de enriquecimiento ilícito fuera uno de no justificación. La cuestión sustantiva -el estado de enriquecimiento indebido- se conjugaría con su contraparte procesal -el que el enriquecido no haya razonablemente justificado su estado de riqueza-. Por tanto, el momento consumativo de este delito es cuando el funcionario o servidor público, en el ejercicio de sus funciones frente a la entidad pública, se enriquece ilícitamente. En efecto, para que el delito se encuentre consumado, es necesario que el contenido injusto de la norma prohibitiva se haya realizado plenamente en la forma en que se concretó la prohibición en el tipo penal; esto es, que el sujeto activo haya realizado algo -una conducta abusiva concreta- que haya realizado el tipo penal y que, además se dé el resultado

propio al correspondiente delito o injusto¹⁷. Es por eso que es un delito de resultado, pues el momento consumativo coincide con el de la producción de una modificación material de la realidad -el enriquecimiento-¹⁸. En otros términos, con la conducta abusiva del agente se genera el resultado típico. Cuestión distinta es que ese estado producido a partir de la conducta concreta del sujeto activo se extienda en el tiempo; esto es, mientras este conserve su patrimonio -enriquecido indebidamente-. Pero ese periodo de permanencia no es más el momento previo al enriquecimiento. Esta afirmación tendrá implicancia para evaluar el título de imputación de los cómplices.

DÉCIMO OCTAVO. Si desarrollamos concretamente la cuestión del momento consumativo podemos ver más claramente la diferencia entre un delito de estado y uno de acto. En efecto, el enriquecimiento no es más que el incremento patrimonial sustancial del sujeto activo; y, este enriquecimiento se da con el efectivo y ostensible incremento del patrimonio -vinculado al abuso funcional-. No se efectúa en el momento en que se adquiere un bien o se deposita en una cuenta bancaria, con el dinero ilícitamente obtenido. Pensar que el momento del enriquecimiento se da cuando el agente efectúa tales conductas, ya sea por mano propia o a través de terceros, es llevar el momento consumativo del delito más allá del ámbito de protección de la norma. Los actos posteriores al acto de enriquecimiento son de agotamiento del delito. Cuestión distinta es que para cubrir estas conductas posteriores, el legislador haya decidido, con buen sentido político criminal, reprimir autónomamente estas conductas post consumativos -mediante el delito de lavado de activos, por ejemplo-.

DÉCIMO NOVENO. De lo antes dicho se puede inferir entonces que el delito de enriquecimiento ilícito no es un delito de carácter permanente; es un delito instantáneo, se consume en el momento en que el agente público en

¹⁷ Bustos Ramírez, Juan. *Derecho Penal Parte General*. Obras completas. Tomo I. Editorial Ara. Año 2004. Página 1056.

¹⁸ Villa Stein, Javier. *Derecho Penal Parte General*. Tercera Edición Aumentada y Actualizada. Editorial Grijley. Año 2008. Página 304.

forma real incrementa ilícitamente su patrimonio y ello puede producirse en periodos cortos o largos, en una actividad ilícita o en varias. Lo importante es dejar establecido que el delito se consuma cuando el sujeto público abusa de su posición funcional, dando lugar al acrecentamiento sustantivo de su patrimonio; y este incremento se da con la disponibilidad económica que el agente ha adquirido de manera ilegal como lo hemos referido.

"COMPLICIDAD POST CONSUMATIVA" EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO

VIGÉSIMO. Nuestro sistema penal asume un criterio diferenciador entre los autores y partícipes. Dicha distinción se evidencia en el desvalor de la conducta, y se sustenta en la mayor y menor contribución a la comisión del hecho punible. Esta diferenciación tiene tres consecuencias fundamentales. Primero, es el desarrollo de la conducta del autor el que marca la pauta valorativa de la de los partícipes. En el Código Penal vigente se asume un criterio de accesoria relativa entre el autor y los partícipes; dependencia relativa que a su vez tendrá como veremos -y es uno de los agravios invocados- en la cuestión procesal de si es posible declarar la responsabilidad del cómplice sin que se haya podido dilucidar la responsabilidad del autor. Segundo, el contenido de los aportes de los partícipes no tiene punto de comparación con el dominio del hecho que tuvo el autor. Tercero, así las cosas, siendo el aporte de los partícipes menor al del autor, la reacción penal debe ser también diferenciada.

VIGÉSIMO PRIMERO. Ahora bien, en el presente caso interesa delimitar los alcances de la complicidad, como forma de participación aplicable al caso; relacionarla de qué manera podría concretarse en el delito de enriquecimiento ilícito, para finalmente contestar la cuestión de hasta qué momento es jurídicamente concebible la complicidad en este supuesto. El Código Penal en el artículo 25º distingue dos casos de complicidad: los cómplices primarios y los cómplices secundarios. El cómplice no ejecuta la acción descrita en el supuesto de hecho del tipo penal ampliado; es decir, no realiza el tipo principal; y ello en razón a que las conductas precisadas en los artículos que componen la parte especial no abarcan el comportamiento

del partícipe en su descripción. Por ello se dice que el tipo penal que describe su conducta es un tipo general y ampliado. En concreto, en el artículo mencionado se describe las conductas de los cómplices de la siguiente manera: "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado, será reprimido con la pena del autor" (complicidad primaria). Luego, en el siguiente párrafo se señala: "A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudentemente la pena" (complicidad secundaria).

VIGÉSIMO SEGUNDO. Tal como se encuentran descritas las conductas de los cómplices, estos solo prestan auxilio -necesario- o asistencia de cualquier modo -entiéndase no necesaria- a la realización del hecho punible. Los cómplices, cualquiera sea su contribución no tienen el dominio del hecho, pues este pertenece, por definición, a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material (darle la llave de la casa al ladrón o el veneno al homicida), sea psíquicamente (prometerle al delincuente ayuda o reforzar su decisión de consumir el delito, pero evidenciable en actos de asistencia previa)¹⁹. Pero en ambos casos, sea el auxilio necesario o la asistencia contingente, estas deben servir "para la realización del hecho punible". En el uso común del lenguaje "auxiliar" es prestar ayuda, cooperar o coadyuvar. Si se vincula con el objeto de auxilio -el hecho punible- este consiste en prestar ayuda para que el delito se realice o, en términos jurídico penales, se consume. Si relacionamos este auxilio a la comisión de la infracción penal, a un caso de enriquecimiento ilícito, el auxilio necesario o contingente que puede prestar el cómplice -*extraneus*- es para que el sujeto activo pueda realizar los actos de enriquecimiento. En consecuencia y, conforme a una regla lógica, no se puede ayudar a realizar algo que ya fue realizado; no se puede coadyuvar al futuro de algo que ya es pasado²⁰.

¹⁹ Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Tercera Edición, Editorial Grijley. Año 2005. Página 897.

²⁰ Nadie podría decir con sentido lógico lo siguiente: "me ayudó a matar a mi enemigo, ocultando su cadáver".

VIGÉSIMO TERCERO. De manera tal que los actos de colaboración del cómplice solo son posibles durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución. Si la colaboración se da durante esta etapa del itinerario delictivo, no convierte al colaborador del enriquecimiento en autor, pues se trata de un delito especial propio -del funcionario o servidor público que se enriquece-. Así las cosas, no es posible admitir jurídicamente, conforme al principio de legalidad, una complicidad posterior a la consumación. Si la ayuda se da en la etapa post consumativa del delito, dicha conducta podría configurar otro delito, pero no complicidad del delito que antecede [encubrimiento real, receptación, lavado de activos etc.]. Un sector de la doctrina asume que la única manera para que sea reprimible la ayuda posterior a la ejecución, es al mediar previamente - antes de la consumación - una promesa efectuada por el cómplice al autor, y que se denomina "complicidad psicológica o intelectual"; la cual debe estar debidamente acreditada con medio de prueba objetivo que lo demuestre. 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.²¹ Sin embargo, esta postura doctrinaria enfrenta dos problemas. Por un lado, no hay una norma penal que la sustente pues en nuestro sistema jurídico no existe la llamada "complicidad psíquica" (principio de legalidad). Por otro lado, no queda claro si ese aliento sustentado en una promesa de ayuda posterior no es sino una forma soterrada de instigación. La ayuda intelectual, en nuestro concepto, que puede brindar un cómplice debe estar relacionada con la forma o el procedimiento que el autor debe utilizar para realizar el hecho punible. En otros términos, dentro del sentido posible del significado gramatical del auxilio no cabe, ni siquiera proteícamente hablando, comprender el aliento al autor para realizar el delito con la esperanza de ser ayudado posteriormente. El aliento a su comisión con una promesa -no presente- de ayudar luego de cometido el delito, no se encuentra dentro del ámbito de protección de la norma, en materia de complicidad. Por tanto, en el delito de enriquecimiento ilícito no resultará

²¹ Hurtado Pozo, José. *Manual de Derecho Penal Parte General I*. Tercera Edición. Editorial Grijley. Año 2005. Página 901.

punible la ayuda prestada por el cómplice en la etapa post consumativa, ya sea a modo de adquisición, depósito en una cuenta a su nombre u otro acto análogo de ocultamiento.

PLAZO RAZONABLE Y DEFINICIÓN DE LA SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS PROCESADOS

VIGÉSIMO CUARTO. El proceso penal, como mecanismo legítimo del Estado para investigar y juzgar a las personas por la comisión de infracciones penales, exige un tiempo determinado para la realización de los actos de investigación y de prueba. Esta es una exigencia que surge del hecho que durante el trascurso del proceso se crea un estado de sujeción jurídica del imputado y que trae consigo restricciones a sus derechos. El proceso acarrea afectaciones al patrimonio, al honor, la libertad personal, de tránsito, de trabajo, al procesado. Por tanto, frente al deber del Estado de investigar y juzgar a las personas, por la comisión de hechos punibles -artículo cuarenta y cuatro de la Constitución-, debe contraponerse la exigencia que estas actividades se desarrollen en un plazo razonable. Al respecto se establece en el artículo ocho numeral uno de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo siguiente: *"Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente"*. En tanto que en el artículo catorce numeral tres del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos se consagra que *"Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho: c) A ser juzgado sin dilaciones indebidas"*. Ambos textos normativos forman parte del bloque de constitucionalidad y sirven como criterio axiológico a considerar en la actividad de investigación y juzgamiento estatal, conforme a la cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política. Consecuencia de esta vinculación axiológica con los instrumentos internacionales de derechos humanos, hacen que el plazo razonable tenga rango constitucional y pase a ser un derecho fundamental tutelado en nuestro país.

VIGÉSIMO QUINTO. Ahora bien, la determinación del plazo razonable aplicado al proceso se relaciona con la proporcionalidad que debe existir entre el plazo que dure el mismo y las circunstancias concretas que

condicionan su desarrollo. Las condicionantes que influyen en el desarrollo del proceso son de diverso orden; a saber, la complejidad del asunto y la prueba; la cantidad de imputaciones e imputados; la gravedad del hecho o hechos imputados y la conducta procesal del imputado. La razonabilidad de la duración del proceso penal debe derivarse por cada caso. En ese sentido, ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo siguiente:

*"155. La Corte ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve."*²²

VIGÉSIMO SEXTO. Ahora bien, no cabe duda que, el tiempo de duración de un proceso, está en directa relación con la afectación de la presunción de inocencia. Al respecto, ha señalado el Tribunal Constitucional que: *"Precisamente el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De allí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal"*²³. En efecto, la duración irrazonable del proceso penal mantiene en el limbo jurídico a la persona del procesado. Pues por un lado existe una imputación vigente contra dicha persona, pero tampoco una definición de su situación jurídica. Si la excesiva duración del proceso es debido a las deficiencias estructurales del propio sistema procesal penal, mal podría el Estado buscar remediarlas a cuenta de la indefinición de la situación jurídica del procesado; máxime si el procesado ha sido sometido a juicio de única instancia, más de una vez, por nulidades declaradas.

²² CIDH, Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C No. 192, párr. 155.

²³ STC, Exp. 5228-2006-PHC/TC.

VIIGÉSIMO SÉTIMO. Por lo demás, si como hemos dicho, forma parte del bloque de constitucionalidad, los alcances de las normas internacionales y decisiones que derivan de su reconocimiento, de las que el Perú es parte y sirven como criterio interpretativo de los derechos y principios reconocidos en nuestra Constitución. Al respecto, la Corte Interamericana de Derecho Humanos, en la sentencia recaída en el caso Genie Lacayo vs. Nicaragua - fundamentos jurídicos setenta y siete al ochenta- se pronunció respecto al tema del plazo razonable en los siguientes términos:

"77. El artículo 8.1 de la Convención también refiere al plazo razonable. Este no es un concepto de sencilla definición. Se pueden invocar, para precisarlo, los elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos en los cuales se analizó este concepto, pues este artículo de la Convención Americana es equivalente, en lo esencial, al 6 del Convenio Europeo para la Protección de Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. De acuerdo con la Corte Europea, se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales." No puede por ende buscarse coartadas, en nombre de imperativos loables, para prolongar, sine die, procesos penales, con la expectativa de impulsar soterradamente una condena.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

ACCESORIEDAD RELATIVA Y EXCLUSIÓN DEL AUTOR

VIGÉSIMO OCTAVO. Como primera cuestión controvertida a dilucidar, se encuentra la posibilidad de determinar responsabilidad penal en los cómplices, ante la imposibilidad jurídica de sancionar al autor. En el caso que nos ocupa, se llegó a imputar a Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, a título de autor, la comisión del delito de enriquecimiento ilícito. Con relación a dicha persona, el Tribunal Constitucional expidió una sentencia como consecuencia del Habeas Corpus planteado a su favor, en el Expediente



número 3509-2009-PHC/TC [aclarada mediante resolución del Tribunal Constitucional de dos de diciembre de dos mil nueve] en la que declaró fundada en parte la citada demanda de Habeas Corpus por haberse acreditado la vulneración a su derecho al plazo razonable del proceso, disponiéndose que la Sala Penal emplazada [Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima de ese entonces], excluya del presente proceso penal, al citado favorecido. Es así que mediante resolución de fecha catorce de diciembre de dos mil nueve, obrante a fojas ciento dos mil ciento ochenta y cuatro, la Sala Superior emplazada, resolvió la exclusión del mencionado encausado del presente proceso. No obstante, se resolvió además declarar improcedente la inejecutabilidad del referido fallo solicitado por la Parte Civil, resolución que, al ser impugnada, dio lugar a la Ejecutoria emitida por esta Sala Superior, en la que se declaró no haber nulidad en la recurrida, con fecha veintinueve de agosto de dos mil doce, recaída en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-LIMA.

VIGÉSIMO NOVENO. Esta situación, determinó que la Sala Superior sentenciadora llegue a la conclusión que la conducta atribuible por el Ministerio Público a los cómplices, no puede ser materia de condena, en tanto no se puede demostrar la responsabilidad penal del supuesto autor – Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, excluido del presente proceso– extremo que es cuestionado por los impugnantes. En efecto, el Ministerio Público indica que según lo ordenado por la Corte Suprema de manera expresa, el presente proceso debía girar en torno al despliegue del desarrollo funcional del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, y sería a partir de la determinación del balance económico entre sus ingresos y egresos que se llegaría a establecer un equilibrio o desequilibrio económico; por lo que la existencia o no de un desbalance en el patrimonio de los encausados (*extraneus*), abona no a un desbalance propio, sino a establecer el desbalance patrimonial de la sociedad conyugal que conformaba el mencionado Chacón Málaga.

TRIGÉSIMO. Al respecto, debemos precisar que ya este Tribunal Supremo, en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-LIMA de fecha veintinueve de agosto de dos mil doce, estableció, en su fundamento jurídico quinto, la probabilidad de la emisión de un pronunciamiento de fondo respecto a los encausados Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes como cómplices en el presunto delito de Enriquecimiento Ilícito, pese a que el encausado Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, imputado como autor del referido delito, fue excluido del presente proceso por sentencia del Tribunal Constitucional. Esta postura se sustenta en que dicho Tribunal no estableció la inexistencia del hecho imputado como delito en el caso que nos ocupa; por lo que resulta perfectamente viable emitir pronunciamiento de fondo respecto a la responsabilidad penal de los citados procesados a título de cómplices, tomándose en cuenta para ello las acciones realizadas por el referido Chacón Málaga en su desempeño en la función pública. En otros términos, es probable que a partir de un hecho histórico circunstanciado -relacionado en abstracto con un presunto autor- puedan derivarse posibles conductas colaterales -de los cómplices-.

TRIGÉSIMO PRIMERO. La posibilidad de formular un pronunciamiento sobre el fondo del asunto respecto a los partícipes cuando no es posible determinar la responsabilidad del autor, es perfectamente viable, conforme a lo establecido en el artículo veintiséis del Código Penal que establece: "*Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.*"; es decir, la no existencia de responsabilidad del autor, en modo alguno alcanza y neutraliza la del cómplice; bastará con que se demuestre el injusto – tipicidad y antijuricidad –, para que las conductas del cómplice puedan ser reprochables, no requiriéndose por tanto, la culpabilidad del sujeto activo para estos casos [accesoriedad limitada].

TRIGÉSIMO SEGUNDO. En ese entendido, este Supremo Tribunal al emitir la Ejecutoria recaída en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-LIMA de

fecha veintinueve de agosto de dos mil doce, dispuso que se actúe una pericia contable que determine la existencia o no de desbalance en el patrimonio del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga en cuanto a sus ingresos como funcionario público en el periodo de imputación –mil novecientos noventa al dos mil–; ello debido a que en la Pericia de Oficio primigenia y su ampliatoria obrante en autos, el periodo de examen abarcó sólo desde mil novecientos noventa y dos al dos mil y no se tuvo en cuenta la totalidad de la información obrante en autos respecto a la presunta justificación del patrimonio de los encausados investigados; llegándose a ordenar el mismo, tal como se desprende de la parte resolutive de la Ejecutoria en mención.

EVALUACIÓN DE LA PERICIA ORDENADA POR EL SUPREMO TRIBUNAL

TRIGÉSIMO TERCERO. Es así que la Sala Superior a cargo del presente proceso, en cumplimiento de lo ordenado por este Tribunal Supremo, llegó a juramentar a los Peritos Contables Anibal Polo Palacios y Jacinto Gavidia Olivares, quienes llegaron a presentar el Informe Pericial Contable número 002-2015-CPPE-CS-PJ, obrante a fojas ciento cinco mil quinientos setenta y cinco; documento que fue sometido al contradictorio respectivo, tal como se evidencia de las actas que reproducen las sesiones efectuadas con tal motivo. Dicho peritaje, arroja la existencia de desbalance patrimonial en el encausado excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y demás examinados; sin embargo, las conclusiones formuladas no pueden ser tomadas en cuenta como verdad material, en la medida que el mencionado examen evidencia una serie de falencias en el estudio que trastocó los resultados del mismo. En efecto, como se ha llegado a dilucidar en el plenario, dicho Dictamen Pericial, no ha considerado, en un primer plano, el saldo inicial con que contaban los examinados; y, en un segundo plano, no ha considerado documentación de carácter contable en el periodo a determinar el desbalance patrimonial existentes en el presente caso.



TRIGÉSIMO CUARTO. La importancia de considerar el saldo inicial en el sometimiento a un examen pericial para determinar si existe o no un incremento patrimonial no acorde con los ingresos del funcionario o servidor público, ha sido abordada por la Corte Suprema. Así, en la Ejecutoria Suprema de fecha quince de agosto de dos mil siete, recaída en el Recurso de Nulidad número 4245-2006-LIMA emitida por la Primera Sala Penal Transitoria, se dejó establecido que: *“de cara a determinar la ilicitud o no del incremento patrimonial atribuido, a nivel jurisprudencial se ha establecido una suerte de proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente, el mismo que estriba en determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a estos el total de ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás percibidos por cualquier concepto – herencias, préstamos y otros similares –; luego, deberán cuantificarse los bienes acumulados y obtenido el resultado de ambas operaciones hacer una comparación entre estas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor, y si en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito, o se demuestra que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o comisión del servicio público, o si éste no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, conforme lo exige el artículo cuatrocientos uno del Código Penal.”*

TRIIGÉSIMO QUINTO. Al respecto, en el juicio oral, al momento de examinar a los Peritos, uno de los puntos materia del debate fue precisamente si los encausados contaban con un saldo inicial o patrimonio histórico, el mismo que no llegó a ser considerado en el Informe Pericial Contable número 002-2015-CPPE-CS-PJ. Así, la razón expuesta en el plenario por los Peritos suscribientes del citado Informe [sesión de fecha tres de marzo de dos mil quince obrante a fojas ciento cinco mil ochocientos cuarenta], fue la siguiente: *“(…) a nosotros nos piden un periodo de mil novecientos noventa al año dos mil (...) con respecto a los saldos iniciales no están dentro de nuestro pedido de solicitud de hacer una determinación ni a la consideración, entonces simplemente hemos tomado la información con la que contamos desde mil novecientos noventa hasta la del año dos mil y hemos hecho la compulsa (...)”*; más adelante indican: *“(…) hemos señalado que no lo hemos revisado porque no está dentro (...) de la solicitud de la Sala”*. No obstante, ante la pregunta de la defensa de los encausados



respecto a la incidencia que tendría en los resultados de la pericia, precisaron: "Claro, no le estoy diciendo si es negativo sería mayor lo que se está determinando, si es positivo disminuiría en algo en el porcentaje que se está estableciendo [sic]". De las razones expuestas por los Peritos respecto a este extremo de cuestionamiento, se infiere lo siguiente: **a)** No se efectuó el análisis del saldo inicial, porque no fue solicitado por la Sala Superior; y, **b)** El no haberse tomado en cuenta el saldo inicial, incidiría – ya sea positivo o negativo – en el resultado.

TRIGÉSIMO SEXTO. Cabe precisar que el saldo inicial o patrimonio histórico se encuentra conformado por los bienes, en cualquiera de sus expresiones, que forman parte del patrimonio del funcionario o servidor público o la persona examinada, antes del inicio de sus funciones o del periodo a examinar. Siendo indispensable que se fije o se determine al inicio de la evaluación, pues este constituye la base sobre la cual se determinará si existe un desbalance patrimonial o no. Es inaceptable, conforme a las máximas de la experiencia, que un procesado no tenga historia o, mejor dicho, patrimonio histórico. Es por tanto, una cuestión esencial que los peritos contables determinan con qué patrimonio contaba el procesado antes del periodo investigado. La omisión de tal requisito acarrea la distorsión en el resultado final y por tanto, puede generar una conclusión errónea, que no puede ser tomada en cuenta para fines de determinar responsabilidad, pues lo que se exige de un medio de prueba como lo es un Informe Pericial Contable [prueba científica], es su alto grado de exactitud, al ser evacuados por especialistas en la materia.

TRIGÉSIMO SÉTIMO. Por otro lado, también se ha llegado a evidenciar que los Peritos suscribientes del citado Informe Pericial Contable, han omitido ciertos ingresos justificados documentalmente, así como han tomado en cuenta egresos no sustentados objetivamente; omisión que incide, ciertamente, en el resultado final de la Pericia efectuada. En efecto, luego de realizarse la primera parte del examen a los Peritos en el plenario, en sesión de fecha diez de marzo de dos mil quince obrante a fojas ciento cinco mil ochocientos

cincuenta y cinco, se llegó a establecer cuatro puntos sustanciales: **a)** La incorporación o la importancia del saldo inicial; **b)** La diferencia de ingresos no considerados en la Pericia de Oficio respecto a la Pericia de Parte; **c)** La diferencia de los egresos considerados en la Pericia; y, **d)** La vinculación de los tres imputados con las cuentas de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga. De estos cuatro puntos sometidos al contradictorio, en el desarrollo del debate de los puntos b) y c), se evidenciaron las siguientes omisiones:

OMISIONES RECONOCIDAS POR LOS PERITOS DE OFICIO

RESPECTO A LA SOCIEDAD CONYUGAL CHACÓN DE VETTORI

37.1. Se llegó a cuestionar el hecho que en la Pericia de Oficio, no se consideraron los ingresos obtenidos por el alquiler del Hotel Cajamarca que ascienden a un monto de **dieciséis mil cien dólares americanos**, cuyo sustento se encuentra corroborado documentalmente conforme se anotó en el debate, obteniéndose como respuesta por parte del Perito de Oficio, lo siguiente: "*Señor director de debates, dicha información es cierto, no está en nuestro Informe Pericial, no ha sido considerado, en todo caso no es que se haya excluido la información, no está considerada simplemente en el Informe (...) es una información que dentro de la revisión que hemos realizado no ha sido anotada dentro de nuestro Informe, simplemente porque debe haber una omisión.*"²⁴; de lo que se infiere que se llegó a omitir tal ingreso, el mismo que fue aceptado por el Fiscal Superior interviniente en el debate, quien señaló: "*Señor ha quedado claro ya que ha habido una omisión de dieciséis mil cien dólares americanos que no [se] ha tomado en cuenta (...)*"²⁵.

37.2. No obstante, también fue objeto de cuestionamiento el hecho de no haberse considerado el ingreso correspondiente al Hostal Portada El Sol EIRL que asciende a **veintitrés mil doscientos veintidós dólares americanos**, cuyo sustento documentario se estableció en el debate, obteniéndose como respuesta por parte del Perito de Oficio examinado, lo siguiente: "*Señor director de debates, vamos a recalcar que al respecto, por los ingresos que se nos preguntaron, no solamente en esta audiencia sino en sesiones anteriores, ha existido*

²⁴ Ver fojas 105,876 y vuelta.

²⁵ Ver fojas 105, 878.

y hemos reconocido los peritos que ha habido omisión y respecto a su pregunta, también hay una omisión²⁶".

37.3. Así mismo, se objetó el hecho de no haberse considerado la devolución del préstamo de la empresa De Vettori EIRL ascendente al monto de **quince mil dieciocho dólares americanos**, sustentados con el Libro de Caja de De Vettori Atelier EIRL, el resultado del requerimiento a la SUNAT de los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, así como los vouchers de caja obrantes en autos; precisando los Peritos en este extremo lo siguiente: "*Señor director de debates, nuevamente se está reiterando una pregunta respecto al requerimiento de SUNAT, ya se dio una respuesta al respecto, en cuanto a la otra documentación, ya hemos respondido en sesiones anteriores que corresponden a una omisión*²⁷".

37.4. Se cuestionó además la omisión de no haberse considerado la devolución del préstamo de Hostal Portada El Sol EIRL por el monto de **trece mil trescientos setenta y cinco dólares americanos**, sustentados con la documentación denominada Libro de Caja de Hostal Portada El Sol EIRL, el resultado del requerimiento a la SUNAT de los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve, así como los recibos de devolución y los vouchers de caja obrantes en autos; indicando los señores Peritos, lo siguiente: "*Señor director de debates, igualmente al respecto ya hemos señalado nuevamente por la información del requerimiento de la SUNAT que es una omisión y con respecto a la siguiente información, igualmente una omisión, no hay intencionalidad*²⁸".

37.5. Por otro lado, otro hecho cuestionado fue la omisión de no haberse considerado la herencia del señor Walter Chacón Málaga que asciende a **catorce mil treinta y cuatro dólares**, cuyo sustento documental se da con el testimonio otorgado por Gaspar Chacón Berrios, la liquidación de la distribución del dinero y el recibo por dicho monto de fecha cuatro de abril

²⁶ Ver fojas 105880.

²⁷ Ver fojas 105881.

²⁸ Ver fojas 105881 y vuelta.

de mil novecientos noventa y cuatro; señalando los Peritos examinados, lo siguiente: "Al respecto sí ha habido una omisión como ya hemos manifestado en una sesión anterior y bueno esa es nuestra respuesta²⁹".

37.6. No obstante, también se cuestionó el hecho de no haberse tomado en consideración como ingreso, el préstamo realizado a la sociedad Portal Chacón por el monto de **treinta mil dólares americanos**, cuyo sustento se da con el resultado de requerimiento de la SUNAT del año mil novecientos noventa y nueve y al reconocimiento del préstamo por el señor Miguel Portal obrantes en autos; precisando los Peritos de Oficio lo siguiente: "Señor director de debates, con respecto a la información de SUNAT reiteramos nuevamente, sí es una información omitida³⁰"; indicando luego, respecto al efecto de considerar el ingreso de los treinta mil dólares en el patrimonio de la sociedad Chacón De Vettori: "Habría que sumar treinta mil dólares más a los ingresos y disminuir el supuesto desbalance patrimonial en esa misma cantidad."

37.7. Un hecho cuestionado, también fue la omisión de considerar el préstamo realizado por el señor Walter Reátegui Lazo ascendente a **noventa y tres mil dólares americanos**, el mismo que se encuentra sustentado con el contrato privado de préstamo, el extracto bancario del Banco de Crédito C y H de enero de mil novecientos noventa y ocho, el requerimiento de la SUNAT del año mil novecientos noventa y ocho, el acta de junta de socios del C y H, la copia de la libreta de ahorros del Banco del Progreso de Walter Reategui Lazo; indicando los señores Peritos, lo siguiente: "(...) respecto a la otra información que señala la señora abogada, es una información que prácticamente nosotros no hemos apreciado, quizás una omisión, pero no la hemos visto en ese aspecto³¹".

37.8. Así mismo, se llegó a cuestionar la omisión de no haber considerado la asignación de apoyo familiar ascendente a **cincuenta mil trescientos veintisiete dólares americanos**, realizados por Olga Rojas a la sociedad

²⁹ Ver fojas 105882.

³⁰ Ver fojas 105884 vuelta.

³¹ Ver fojas 105885 y vuelta.

Chacón De Vettori, sustentados documentalmente como se dejó constancia en el plenario; indicando al respecto los Peritos de Oficio, lo siguiente: "En este caso sería una omisión en el sentido de que esta información exista, nosotros no podemos decir si existe o no ahorita, simplemente podemos decir que es una información omitida, nada más, porque no la tenemos nosotros en nuestro Informe, nada más³²". Preguntados luego sobre los efectos de dicha omisión, respondieron: "sí, de la misma forma que en los casos anteriores, habría que deducir cincuenta mil trescientos veintisiete dólares americanos del supuesto desbalance patrimonial".

RESPECTO A LA SOCIEDAD CONYUGAL PORTAL CHACÓN

37.9. En la sesión de fecha nueve de julio del año dos mil quince obrante a fojas ciento cinco mil novecientos diecinueve, se llegó a cuestionar la omisión de no haberse considerado los ingresos por el alquiler del inmueble ubicado en San Isidro en el año de mil novecientos noventa y nueve, por un monto de **dos mil cuatrocientos dólares americanos**, cuyos contratos de arrendamientos obran en autos; precisando los Peritos, lo siguiente: "Señor Presidente los únicos alquileres que hemos considerado son los que están en [el] punto A.3 en la página 46 del Informe con respecto a los inmuebles de los Milanos 194, departamento 402, con respecto a otro inmueble no lo hemos considerado³³".

De la misma forma en cuanto a la omisión de no incluir el ingreso por alquiler del inmueble Cajamarca correspondiente al año dos mil por un monto considerado de **mil seiscientos setenta y siete dólares americanos**, sustentados documentalmente en el plenario, se indicó lo siguiente: "En todo caso de no estar esta información, este es una información que fue omitida por los peritos, pero no lo hemos considerado nosotros en este Informe³⁴".

37.10. No obstante, también se cuestionó la omisión de no haber considerado como ingreso de quinta categoría del año dos mil correspondiente al señor Luis Miguel Portal Barrantes por **mil quinientos ochenta y dos dólares americanos**, sustentados con la boleta de pago de

³² Ver fojas 105888.

³³ Ver fojas 105919 y vuelta.

³⁴ Ver fojas 105920.

Hostal Portada El Sol Hacienda y el Libro de Caja del Hostal en mención; indicando los Peritos de Oficio lo siguiente: *"Dentro de nuestro Informe, si no está detallado, no está descrito ese punto, por lo tanto no hemos abordado una conclusión sobre aquello, como hemos respondido respecto a estos hechos, son omisiones que no lo hemos determinado, quizás por la voluminosidad se nos ha pasado, pero no hay ninguna intencionalidad en el hecho³⁵".*

37.11. Cabe anotar, que también fue cuestionada la omisión de no haber considerado el préstamo realizado por el Banco Federal Credit Unión del año mil novecientos noventa y ocho por el monto de **cinco mil dólares americanos**; indicando lo siguiente los señores Peritos de Oficio: *"De igual manera del Federal Credit Unión, solamente habíamos identificado el préstamo del año noventa y siete, nada más³⁶".*

37.12. Por otro lado, se llegó a cuestionar la omisión de no haber considerado como ingresos la devolución del préstamo del señor Wlaler Chacón Málaga a la sociedad Chacón Portal por el monto de **treinta mil dólares americanos**, sustentado documentalmente en el plenario; indicando lo señores Peritos lo siguiente: *"Como habíamos señalado en la sesión anterior con respecto a la información de la SUNAT o el monto de la SUNAT, esa información fue omitida en forma general (...), por lo tanto, no pudo ser ni siquiera ser compulsada con lo que se señala³⁷".*

RESPECTO A JUAN CARLOS CHACÓN DE VETTORI

37.13. Así mismo, se omitió considerar los siguientes préstamos efectuados por Juan Carlos Chacón De Vettori: a) Préstamo del Banco de Crédito del treinta de abril de mil novecientos noventa y nueve por el monto de seis mil quinientos dólares americanos que se encuentra sustentado con el cronograma de pagos de crédito personal número 101-19200000000233867; y b) Préstamo del Banco de Crédito del uno de diciembre de mil novecientos noventa y nueve por la suma de quince mil dólares americanos, sustentado

³⁵ Ver fojas 105923 y vuelta.

³⁶ Ver fojas 105925.

³⁷ Ver fojas 105926 y vuelta.

con el cronograma de pagos de crédito personal número 10119200000000000237970; y c) Préstamo del Banco de Crédito del quince de enero del año mil novecientos noventa y ocho por el monto de seis mil quinientos dólares, sustentado con el cronograma de pagos de crédito personal número 1011910000000219743; indicando los señores Peritos de Oficio lo siguiente: *"Señor director de debates, en efecto, el ingreso bueno ha sido un préstamo que nosotros no hemos visto y no está detallado, incluso dentro de nuestro Informe Pericial que es de quince mil dólares e igualmente los seis mil quinientos dólares, estos documentos así como están, sí acreditan que no hemos contemplado."*³⁸ [sic]

37.14. Un hecho que también se cuestionó, fue la omisión de no haberse considerado una serie de ingresos provenientes de la empresa MECSA realizado a las cuentas del encausado Juan Carlos Chacón De Vettori, cuyo sustento documental, fue corroborado en el plenario, habiendo indicado los Peritos de Oficio, luego del debate respectivo, lo siguiente: *"Con respecto a la información de MECSA, es bien sabido que a la falta de tiempo, nosotros no hemos revisado la información (...) Continúa el señor director de debates y expresa lo siguiente: ¿Pero ustedes reconocen que no han hecho el cruce de información? El perito Polo Palacios dijo: Correctamente, lo decimos señor"*³⁹.

RESPECTO A LOS EGRESOS CONSIDERADOS EN LA PERICIA DE OFICIO

37.15. Cabe precisar que, en este rubro, los peritos de oficio examinados, no supieron dar una respuesta razonada y sustentada en prueba objetiva respecto a las consignaciones por egresos de los imputados en su Informe Pericial Contable. Así, respecto a la razón por la que consideraron como un egreso indebido la suma de dos mil ochocientos cincuenta dólares americanos respecto a los gastos de pasajes y viáticos de la señora Aurora De Vettori en un vuelo de Perú a Brasil realizado el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro por la antes citada, señalaron, entre otras cosas: *"La salida del viaje es del veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cuatro y hay un retorno a la ciudad del Perú el veintiocho de abril del año noventa y*

³⁸ Ver fojas 106002 y vuelta

³⁹ Ver fojas 106606.

cuatro, hemos hecho una estimación, nosotros no hemos identificado un documento que diga que estaba cubierto este pasaje, por lo tanto hemos hecho una estimación, es por eso que solicitábamos y explicábamos cómo podríamos darle una respuesta sobre un exceso cuando en nuestra consideración no había sido exceso, sino que tenemos que considerar el pasaje⁴⁰"; no habiéndose tomado en cuenta que con fecha anterior, Walter Segundo Gaspar Chacón Málaga había sido destacado como agregado militar en Brasil.

37.16. Otro punto discutido fue la razón por la que consideraron como exceso el gasto de cinco mil setenta y cinco y ochocientos dólares americanos respecto a dos viajes de la señora Aurora De Vettori de Brasil a Perú con fechas once de mayo de mil novecientos noventa y cuatro y veinticuatro de noviembre del mismo año, en el que se incluyó gastos de estadía; indicando los Peritos de Oficio que realizaron un estimado de la alimentación cuando una persona viaja a algún lugar; sin embargo, este estimado se realizó sobre los trescientos sesenta y cinco días del año, cuando, en realidad debieron de efectuarse sobre ciento setenta y ocho días; en tal sentido, dichos Peritos señalaron lo siguiente: "*Si señor director de debates, entendemos la pregunta de la señora abogada, entiendo porque nosotros habíamos considerado dentro de la canasta familiar como un monto integro del año noventa y cuatro (...) hemos considerado en forma entera (...) tendríamos que hacer una modificación en el cuadro de la canasta familiar por ciento setenta y ocho días y no por trescientos sesenta y cinco días, eso sería la respuesta de nosotros.*"⁴¹

37.17. No obstante, también se cuestionó el hecho de haberse considerado como gasto de la sociedad conyugal Chacón De Vettori la cantidad de mil ochocientos dólares americanos correspondiente a un viaje a Francia, indicando los señores Peritos que dicha suma corresponde al producto de veinticinco dólares diarios de viáticos (alimentación) por setenta y dos días; sin embargo al preguntársele cuál es la base para estimar veinticinco dólares diarios por alimentación, indicaron: "*Como hemos señalado, los veinticinco dólares es una estimación base nada más, no es un monto fijo donde digan acá en*

⁴⁰ Ver fojas 106010

⁴¹ Ver fojas 106012 y vuelta

este lugar son tanta cantidad de dólares para ese lugar (...) es una estimación, no ha sustento base (...)»⁴²; es decir, dicho monto cuestionado se consignó sólo bajo razones subjetivas y no sobre razones con sustento objetivo. De la misma forma, se llegó a argumentar cuando se les preguntara las razones por las que consignaron como gasto la suma de setecientos setenta y cinco dólares de un viaje realizado por Aurora De Vettori a España en el año dos mil.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Como se puede apreciar, el Informe Pericial Contable número 002-2015-CPPE-CS-PJ de fecha cinco de febrero del año dos mil quince suscrito por los Peritos Contables Aníbal Polo Palacios y Jacinto Gavidia Olivares, obrante a fojas ciento cinco mil quinientos setenta y cinco, contiene una serie de omisiones y deficiencias en su elaboración, conforme se ha descrito precedentemente. Tales defectos, hacen cuestionable dicho medio de prueba, cuyo objetivo es establecer, con grado de certeza, si los examinados, en el periodo de imputación, tenían la capacidad económica suficiente o necesaria para adquirir o realizar cualquier operación dineraria, ya sea como ingreso o egreso de los mismos. Resultando por tanto, en el caso que nos ocupa, un medio de prueba fundamental para la determinación del desbalance patrimonial que se le imputa, en primer orden, a Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y colateralmente a los encausados absueltos.

TRIGÉSIMO NOVENO. Por tanto, nos encontramos ante un medio de prueba que no tiene fuerza acreditativa, pese a que mediante escrito de fecha de recepción tres de agosto de dos mil quince, obrante a fojas ciento cinco mil novecientos treinta y seis, los citados peritos adjuntaron una aclaración a las observaciones planteadas en el debate pericial; dicha documental no produjo valor probatorio, en tanto no fue sometido al contradictorio conforme se dejó sentado en autos; debiéndose precisar que en este extremo, solo constituye prueba y como tal adquiere un valor, todo aquél medio probatorio que sea sometido a debate por las partes y de su apreciación, se concluya la verdad de un hecho.

⁴² Ver fojas 106015.

PLAZO RAZONABLE EN EL CASO CONCRETO

CUADRAGÉSIMO. Los recurrentes postulan, como objeto de su pretensión impugnativa, que se declare haber nulidad en la sentencia absolutoria. Con lo que habilita al Supremo Tribunal a examinar si su pedido es compatible con el plazo razonable que debe tener todo proceso penal. Ahora bien, los imputados absueltos Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, vienen siendo procesados desde el **quince de mayo de dos mil dos**, en calidad de partícipes del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito, conforme se aprecia del auto ampliatorio de instrucción obrante a fojas dieciocho mil cuatrocientos cuarenta y tres. Por su parte, la encausada absuelta Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, viene siendo procesada desde el **cinco de agosto del año dos mil dos**, tal como se desprende del auto ampliatorio de instrucción de fojas veintitrés mil ochocientos ochenta y seis; es decir, los antes citados vienen siendo procesados sin obtener una sentencia definitiva, durante quince años; vulnerándose ostensiblemente el derecho a ser juzgado en un plazo razonable. En efecto, debe quedar claro que el proceso no puede tener una duración desmedida, manteniendo en un estado de incertidumbre jurídica a una persona por varios años. Un Estado Constitucional de Derecho debe garantizar no solo que la persona imputada de un delito sea juzgada con todas las garantías del debido proceso, sino también que se dilucide su situación jurídica en un periodo de tiempo razonable. Los defectos estructurales del sistema no pueden perjudicar a la persona procesada. Si bien el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, guarda relación con el pleno respeto de los principios de proporcionalidad, razonabilidad, subsidiariedad, necesidad, provisionalidad y excepcionalidad que se deben observar durante y al interior de un proceso⁴³; resultando ser una manifestación implícita del derecho al debido proceso y a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo ciento treinta y nueve de nuestra

⁴³ Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N° 618-2005- HC, de fecha 08 de marzo de 2005.

Constitución Política, fundado en el respeto a la dignidad de la persona humana.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Ahora, de hecho, la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y que ha sido asumida por el Tribunal Constitucional en innumerables sentencias, tiene directa aplicación en el caso concreto, como se evidencia en la sentencia del Tribunal Constitucional que resolvió el Hábeas Corpus presentado a favor de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, que tuvo incidencia en el presente proceso, al excluirlo del mismo [Exp. N.º 3509-2009-PHC/TC, del 19 de octubre de 2009]. La importancia de ser juzgado en un plazo razonable, también emerge del Recurso de Nulidad número 2354-2010-LIMA, recaído en el presente proceso, en la que al declararse nula la sentencia primigenia emitida por la Primera Sala Penal Especial de ese entonces, se recomendó que se desarrolle con prioridad el enjuiciamiento y se emita pronunciamiento del fallo correspondiente. Así las cosas, el razonamiento que se siguió para el caso de Chacón Málaga, se impone con mayor evidencia en el caso de los cómplices, a la luz de la cantidad de años transcurridos desde que se iniciara el proceso -más de quince años-.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Por lo demás, en el caso que nos ocupa, no se ha podido siquiera demostrar suficientemente a nivel de injusto, el desbalance patrimonial de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; ello, al no contarse con una Pericia Contable de cuyos resultados emerja indubitadamente, el incremento patrimonial injustificado, frente a sus reales ingresos. Las omisiones advertidas, convierten a este instrumento en una prueba deficiente, que de ninguna manera puede servir para demostrar responsabilidad – en caso no hubiese sido excluido del presente proceso – en el examinado. Por tanto, esta inferencia tendrá consecuencias para con los cómplices imputados en este proceso; de quienes además no se ha podido demostrar, aporte alguno, para con el delito materia de imputación.

RESPECTO A LOS CÓMPICES Y COMPLICIDAD POST CONSUMATIVA

CUADRAGÉSIMO TERCERO. En efecto, y sin perjuicio de lo antes concluido, es menester resaltar que conforme emerge de la acusación fiscal, se ha imputado a título de cómplices a Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, del delito contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito. Al respecto, resulta importante lo establecido en la Ejecutoria emitida por esta Sala Suprema en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-LIMA, recaída en el presente proceso, en la que en el fundamento jurídico décimo quinto denominado “Necesidad de Precisión del Alcance Material de los Cargos”, se fijó el siguiente parámetro: *“corresponde recabar información suficiente sobre la materia objeto de acusación, respecto a dicho ex procesado [Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga] para la verificación de la responsabilidad penal o no de cada uno de los co-procesados vinculados con el encausado excluido. Para ello se deberá verificar si se produjo o no un incremento patrimonial injustificado con aprovechamiento de la función pública ejercida dentro del marco temporal de imputación por el excluido, con la colaboración de los demás acusados a título de complicidad en dicho incremento patrimonial ilícito, tema probandum que deberá determinarse en base a los medios probatorios bajo los principios de conducencia y pertinencia. Asimismo, sin perjuicio de lo señalado en el acápite anterior, es necesario establecer de modo claro si el enriquecimiento atribuido a los cómplices tuvo como fuente la actividad funcional del servidor público ahora excluido Chacón Málaga y si aquél presunto enriquecimiento se produjo durante el tiempo de desempeño funcional de aquél (es decir si es coetáneo o posterior para demostrar los efectos).”*

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Por otro lado, en la citada Ejecutoria, se fijó adicionalmente lo siguiente: *“La realización de una pericia contable respecto a los hechos investigados que determinen en primer lugar, la existencia o no de desbalance en el patrimonio del excluido Chacón Málaga respecto a sus ingresos como funcionario público en el periodo de imputación – mil novecientos noventa al dos mil – (debido a que en la pericia de oficio primigenia y su ampliatoria obrante en autos, el periodo de examen abarcó sólo desde mil novecientos noventa y dos al dos mil y no se tuvo en cuenta la totalidad de la información obrante en autos respecto a la presunta justificación del patrimonio de los encausados investigados); y en segundo orden, la existencia o no de desbalance en el patrimonio de los extraneus*

doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, don Luis Miguel Portal Barrantes, doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori y don Juan Carlos Chacón De Vettori (en este último caso se deberá tener en cuenta información contable de la empresa MECSA Asociados Sociedad Anónima), en el periodo materia de imputación." [Fundamento jurídico décimo octavo]

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Finalmente, en el fundamento jurídico décimo sexto de la Ejecutoria Suprema en mención, apartado "Evitación de persecución penal múltiple", se dispuso lo siguiente: "(...) debiendo establecerse con claridad los marcos de imputación y en el caso de tener que corregirse razonablemente, se deberá aplicar el sentido del artículo doscientos sesenta y tres del Código de Procedimientos Penales o en su caso el artículo doscientos ochenta y cinco-A del indicado cuerpo de leyes, en cuanto fueran pertinentes"; ello, frente al marco genérico de imputación hacia los encausados realizado por el Ministerio Público en la acusación fiscal, de manera tal que al inicio del Juicio Oral, el Fiscal Superior fijó como el aporte efectuado por los procesados, básicamente lo siguiente: **a) Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón**, se le imputa específicamente haber prestado colaboración para **ocultar** el patrimonio ilícitamente acopiado por su esposo Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, a través de la adquisición de bienes inmuebles, vehículos, creación de cuentas, adquisición de acciones y valores, además de abrir cuentas bancarias a nombre de su esposo o en forma mancomunada; **b) Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes**, se les imputa específicamente que por indicación de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, **hicieron uso** del dinero obtenido ilícitamente por éste durante el desempeño de sus funciones como Oficial del Ejército Peruano en el periodo de mil novecientos noventa al dos mil; y como tal constituyeron empresas, adquirieron acciones y títulos valores, vehículos, así como bienes inmuebles a su nombre para aparentar una supuesta solvencia económica.

CUADRAGÉSIMO SEXTO. De la descripción del hecho fáctico imputado a los encausados, se desprende con meridiana claridad que las conductas que se les atribuyó, eran conductas post consumativas. En efecto, en el caso de

Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, se le atribuye haber "ocultado el patrimonio ilícitamente acopiado por su esposo Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga"; infiriéndose de ello que el citado Chacón Málaga ya había incrementado ilícitamente su patrimonio y es la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón quien a modo de ayuda, oculta el mismo.

CUADRAGÉSIMO SÉTIMO. En la misma línea, a los encausados Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, se les imputó el **haber hecho uso** del dinero obtenido ilícitamente por Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga durante el desempeño de sus funciones como Oficial del Ejército Peruano; y como tal constituyeron empresas, adquirieron acciones y títulos valores, vehículos, así como bienes inmuebles a su nombre para aparentar una supuesta solvencia económica. Al respecto, es claro el Ministerio Público al imputar a los citados procesados, el haber hecho uso de dinero que ya había sido obtenido de manera ilícita por el excluido Chacón Málaga; es decir, la conducta de ambos se ubica en una etapa post consumativa, en tanto, se imputa el uso de un dinero que ya había sido obtenido por el referido Chacón Málaga. Por tanto, conforme lo hemos señalado líneas arriba, la complicidad post consumativa en el delito de Enriquecimiento Ilícito no resulta punible, pudiendo constituir otro delito [lavado de activos, encubrimiento real, receptación, etc].

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. A guisa de síntesis, cabe precisar que en cuanto a los parámetros establecidos en el Recurso de Nulidad número 2354-2010-LIMA recaído en el presente proceso señalados líneas arriba; se tiene que no se ha cumplido con demostrar con medio de prueba idóneo, el desbalance patrimonial del Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; y mucho menos, que los montos establecidos en el Informe Pericial Contable cuestionado, cuyo estudio fuera realizado a los encausados, se encuentren vinculados con el citado Chacón Málaga. En efecto, en la sesión de fecha trece de agosto del año dos mil quince obrante a fojas ciento seis mil ocho, se debatió si existió o no vinculación entre los montos establecidos en las conclusiones de la Pericia Oficial de los encausados con el mencionado Chacón Málaga,

indicando los Peritos suscribientes de dicho examen, lo siguiente: "(...) no se hizo la vinculación entre los investigados, mas sí habíamos hecho la vinculación entre las cuentas internas de cada investigado, entre sus cuentas propias (...) es muy difícil decir si esos montos corresponden o no a ellos.⁴⁴"; asimismo, cuando se les preguntara si el monto establecido como desbalance guardaba vinculación con fondos del Estado, precisaron: "(...) la pericia no ha precisado ninguna terminología al respecto, solamente hemos dicho que existió un desbalance (...)"; es decir, no llegaron a establecer si el desbalance encontrado en los procesados, guarda relación con el excluido Chacón Málaga. Por tanto, en el caso que nos ocupa, no se ha podido desvanecer la presunción de inocencia de los encausados, debiendo quedar absueltos conforme así lo ha sentenciado la Sala Superior.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Finalmente, este Supremo Tribunal debe resaltar que el presente pronunciamiento se hace en función a la sentencia absolutoria que ha sido materia de impugnación por el Ministerio Público y la Parte Civil, el cual ha hecho posible el desarrollo dogmático penal de ciertos componentes típicos del delito de Enriquecimiento Ilícito y el grado de participación para esta clase de delito; ello al ser necesarios para la resolución del caso. Los lineamientos fijados, en modo alguno se contraponen a los fundamentos expuestos en mayoría en el Recurso de Nulidad número 2354-2010 recaído en el caso que nos ocupa; resultando el desarrollo de la presente Ejecutoria, fundamentos concretos para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, señores integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, **DISPONEMOS:**

⁴⁴ Ver fojas 106020.

I.- **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ciento seis mil ciento sesenta y ocho, de fecha doce de octubre de dos mil quince, emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, que falla absolviendo de la acusación fiscal a Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, como cómplices del delito contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron. Intervino la señora Jueza Suprema Chávez Mella por impedimento del señor Juez Supremo Sequeiros Vargas.

S. S.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

FIGUEROA NAVARRO

CHÁVEZ MELLA

FN/uc

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

21 SEP 2017
4:10 pm