

VII. DE LOS PARAMETROS METODOLÓGICOS PARA ABORDAR EL THEMA PROBANDUM Y LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA ACTUADA.

Del Thema Probandum en el delito imputado de Enriquecimiento Ilícito.

1. Acorde a las exigencias típicas del delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo 401° del Código Penal, constituye objeto de prueba en un proceso en el que discute una imputación por dicho ilícito penal, determinar si durante el marco temporal de imputación se ha producido o no el **incremento patrimonial injustificado** de quien acusado a título de autor ha ejercido función pública durante este intervalo; y asimismo, si se ha producido o no una colaboración a éste de parte de quienes se les atribuye el mismo delito a título de complicidad.
2. Así las cosas, de entrada, cabe recordar que en el rubro **“De la Exclusión del proceso de Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga por disposición del Tribunal Constitucional ordenado con posterioridad a la emisión de sus Alegatos Finales. Efectos”** (sic), esta Sala puntualizó lo siguiente: (i) **Que la Sentencia que excluye a Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, conforme lo enfatiza su propia Aclaratoria, no ha declarado, en absoluto, la inexistencia del hecho imputado como delito, ni la inocencia del antes nombrado; es decir, no ha hecho desaparecer el hecho materia de juzgamiento, el mismo que permanece inmutable;** (ii) **Que nada impide, en absoluto, el análisis probatorio del hecho materia de acusación (incremento patrimonial injustificado del ciudadano excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga con colaboración de terceros, a saber: Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Cecilia y Juan Carlos Chacón De Vettori, así como Luis Miguel Portal Barrantes) ni tampoco respecto al análisis probatorio en torno a la responsabilidad individual o no de cada uno de los que no han sido excluidos del presente proceso.** (iii) **Que el ámbito de decisión de esta Sala a través de la presente Sentencia solamente se encuentra restringida en cuanto a la declaración de responsabilidad del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, mas no, en absoluto, en ningún otro aspecto.**
3. Fijado lo anterior, en el presente proceso, en buena cuenta, dos resultan ser los objetos de prueba: (a) **la determinación probatoria de haberse producido o no un incremento patrimonial injustificado en aprovechamiento de la función pública ejercida dentro del marco temporal de imputación, que independientemente de su condición de excluido y por ende indemne a una declaración de responsabilidad penal, sea atribuible a quien en el presente proceso fue acusado en calidad de autor; y (b) la determinación probatoria de haberse producido una colaboración en dicho incremento patrimonial ilícito de los demás acusados a título de complicidad (Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes).**
4. En cuanto al primer objeto de prueba, cabe remitirnos a la Ejecutoria Suprema recaída en el RN N° 4245-2006, su fecha 15 de agosto del 2007, la que ha fijado una suerte de proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente, el que, según se relievra en aquella, estriba en **determinar previamente con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a éstos el total de sus**

ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás percibidos por cualquier concepto – herencia, 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 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 este no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio conforme lo exige el artículo 401 del Código Sustantivo.

5. En cuanto al segundo objeto de prueba, corresponderá abordar éste sólo en el caso de que se establezca previamente el incremento patrimonial injustificado del acusado a título de autoría. Luego, las dilucidaciones inherentes a este segundo thema probandum, son: (a) Determinar la titularidad aparente o no de los acusados a título de complicidad respecto de los signos exteriores de riqueza que aparecen a su nombre; (b) Determinar la titularidad aparente o no de las personas jurídicas constituidas por los acusados a título de complicidad para efectos de ocultar en ellas los activos que aparecen a su nombre; y (c) Determinar la vinculación de dichos signos exteriores de riqueza y activos con los dineros mal habido previamente establecidos en relación al acusado a título de autoría.

Del tipo de actividad probatoria particular en materia de enriquecimiento ilícito: Relevancia de la prueba indiciaria.

6. Lo objetos de prueba antes precisados, a su vez, importan objetos de prueba específicos y valoraciones de prueba, también específicos para este delito en particular, a saber:
 - 6.1. En el caso del thema probandum inherente al acusado a título de autoría, se tiene:
 - (a) Que conforme lo precisa la Ejecutoria antes mencionada, lo que corresponde es auscultar la veracidad y/o licitud de las fuentes de ingresos que han sido alegadas como justificación de los signos exteriores de riqueza atribuidos, a saber: herencias, préstamos, negocios y otras fuentes paralelas a las remuneraciones percibidas en mérito al cargo público ejercido.
 - (b) Luego, habida cuenta que dicha dilucidación que compete es establecer la verosimilitud y/o licitud de las fuentes de ingresos esgrimidas por las partes acusadas para justificar todo el patrimonio que se les atribuye; consiguientemente, en este propósito de justificación, por obvias razones, no constituye una pretensión absolutamente improbable el que la parte acusada pueda recurrir a la **simulación de fuentes irreales** para justificar los signos exteriores de riqueza atribuidos.
 - (c) Consiguientemente, la actividad probatoria seguida en torno a este tipo de delito no puede estar ajena a dicha realidad procesal a la que se enfrenta. Así, siendo la prueba documental, la prueba por excelencia cuando el objeto de prueba es determinar titularidades o derechos reales prevalentes sobre otros, cuando el cometido probatorio es mas bien evitar se filtren fuentes de ingresos sostenidas

en actos jurídicos simulados (herencias, préstamos simulados) y donde la prueba documental se convierte mas bien en el instrumento con el que se pretende la introducción de dichos actos como si fueran reales. En este caso, es la **prueba indiciaria** la que permitirá evitar la incorporación como fuentes de ingresos verdaderas las que en puridad sólo son aparentes.

6.2. En el caso del thema probandum inherente a los acusados a título de complicidad, se tiene:

- (a) Que también en el caso de los acusados a título de complicidad, lo que corresponde es auscultar la veracidad y/o licitud de las fuentes de ingresos que han sido alegadas por éstos, como justificación de los signos exteriores de riqueza atribuidos, pero en su caso, no para oponerse a una imputación de desbalance patrimonial sino para resistir la imputación de que dichos signos exteriores de riqueza tienen vinculación económica con los ingresos mal habidos del acusado a título de autoría.
- (b) Luego, la misma probabilidad de que se esté frente a fuentes de ingresos simuladas también exige la aplicación de la prueba indiciaria de cara a contrarrestar la pretensiones de a través de prueba documental incorporar como verdaderos actos jurídicos aparentes.
- (c) Asimismo, ya en el ámbito probatorio de la vinculación económica con los dineros mal habidos del acusado a título de autoría, se erige también la prueba indiciaria en la prueba por excelencia para desentrañar las apariencias formales e identificar los puntos de contacto con el patrimonio del funcionario enriquecido.

Estándar de exigencia probatorio respecto a la prueba indiciaria.

7. Sobre la prueba indiciaria, el Tribunal Constitucional, en su Sentencia emitida en el Expediente N° 00728-2008-HC/TC, ha precisado lo siguiente:

“... La prueba penal indirecta y la prueba indiciaria

“... si bien los hechos objeto de prueba de un proceso penal no siempre son comprobados mediante los elementos probatorios directos, para lograr ese cometido debe acudir a otras circunstancias fácticas que, aun indirectamente sí van a servir para determinar la existencia o inexistencia de tales hechos. De ahí que sea válido referirse a la prueba penal directa de un lado, y a la prueba penal indirecta de otro lado, y en esta segunda modalidad que se haga referencia a los indicios y a las presunciones. En consecuencia, a través de la prueba indirecta, se prueba un “hecho inicial -indicio”, que no es el que se quiere probar en definitiva, sino que se trata de acreditar la existencia del “hecho final - delito” a partir de una relación de causalidad “inferencia lógica”.

El uso de la prueba indiciaria y la necesidad de motivación

Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho

delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.

Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria, y si ésta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el hecho base o hecho indiciario, que debe estar plenamente probado (indicio); el hecho consecuencia o hecho indiciado, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el enlace o razonamiento deductivo. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

Sobre el particular, la doctrina procesal penal aconseja que debe asegurarse una pluralidad de indicios, pues su variedad permitirá controlar en mayor medida la seguridad de la relación de causalidad entre el hecho conocido y el hecho desconocido; sin embargo, también se admite que no existe obstáculo alguno para que la prueba indiciaria pueda formarse sobre la base de un solo indicio pero de singular potencia acreditativa. En cualquier caso, el indicio debe ser concomitante al hecho que se trata de probar, y cuando sean varios, deben estar interrelacionados, de modo que se refuercen entre sí.

Asimismo, cabe recordar que el razonamiento probatorio indirecto, en su dimensión probatoria, exige que la conclusión sea adecuada, esto es, que entre los indicios y la conclusión exista una regla de la lógica, máxima de la experiencia o conocimiento científico, y que, como dijimos supra, el razonamiento esté debidamente explicitado y reseñado en la sentencia. Y es que, a los efectos del control de calidad del curso argumental del juez (control del discurso), ello supone mínimamente que de su lectura debe verse cuál o cuáles son los indicios que se estiman probados y cuál o cuáles son los hechos a probar. Pero además, se exige que se haya explicitado qué regla de la lógica, máxima de la experiencia o qué conocimiento científico han sido utilizados, y si hubieran varios de estos, por qué se ha escogido a uno de ellos.

Es decir, que el órgano jurisdiccional debe explicitar el razonamiento a través del cual, partiendo de los indicios, ha llegado a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, con el objeto de garantizar hasta el límite de lo posible la racionalidad de su decisión (examen de

suficiencia mínima). Con este único afán, este Colegiado Constitucional considera que es válida, por ejemplo, la vigencia práctica de un cierto control, incluso del uso de las máximas de la experiencia, pues, de no ser así, cualquier conclusión delirante sería invulnerable, convirtiéndose así en una paradójica garantía de discrecionalidad judicial incontrolada.

Sobre lo mismo, cabe señalar que, si bien la convicción es individual o personal del juzgador, también lo es que mínimamente debe exteriorizarse el proceso razonable lógico utilizado para llegar a dicha convicción. Entenderlo de otro modo supone la aceptación práctica del hecho de que el juez pueda situarse potestativamente por encima de un deber constitucional, inequívocamente impuesto. Y es que, desde una perspectiva estrictamente constitucional, no se puede establecer la responsabilidad penal de una persona y menos restringir la efectividad de su derecho fundamental a la libertad personal a través de la prueba indiciaria, si es que no se ha señalado debidamente y con total objetividad el procedimiento para su aplicación.

Incluso, la propia Corte Suprema de Justicia de la República del Perú en el **Acuerdo Plenario N.º 1-2006/ESV-22 (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias)**, su fecha 13 de octubre de 2006, publicada en el diario oficial "El Peruano", el 29 de diciembre de 2006 ha establecido como principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales (jurisprudencia vinculante) el fundamento cuarto de la Ejecutoria Suprema, recaída en el Recurso de Nulidad N.º 1912-2005, su fecha 6 de setiembre de 2005 que señala los presupuestos materiales legitimadores de la prueba indiciaria, única manera que permite enervar la presunción de inocencia.

"Que, respecto al indicio, (a) éste – hecho base – ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley -, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno, (b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa, (c) también concomitantes al hecho que se trata de probar – los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y (d) deben estar interrelacionados, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia – no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí– (...); que, en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo". ...".

Sistematización de la Sala de los indicios que considera aplicables al caso materia de autos.

8. Acorde a las exigencias antes referenciadas, esta Sala, de manera concreta para el thema probandum antes precisado, remitiéndose al repertorio de indicios aludidos en el trabajo del tratadista Waldo Núñez Molina sobre "Simulación del Acto Jurídico – Teoría y Prueba Judicial" [⁵³³], procede a sistematizar éstos a través del Cuadro siguiente:

Indicios de Actos Simulados

(i) Vinculados a los sujetos
<p>i.1 "Causa Simulando": Inminencia de consecuencias jurídicas adversas por el agente, lo que hace colegir que éste tiene motivos para aparentar un estado de cosas diferente frente a terceros. *Ejemplos: (a) interés del deudor de sustraer su patrimonio a una inminente ejecución por parte de sus acreedores; (b) burlar alguna prohibición de la ley o sus consecuencias; (c) no dejar conocer la verdadera persona contratante para ocultar su incapacidad, como en el caso de la persona interpuesta.</p>
<p>i.2 "Affectio". <u>Vínculo familiar o amical</u> con la "contraparte", lo que hace colegir una mayor confianza del agente y una mayor disposición de este último para aparentar como verdadero algo que no lo es por los eventuales efectos que aparejaría el acto simulado. Ejemplo: Idoneidad de un pariente cercano para ser testafarro.</p>
<p>i.3. "Necesitas". Inexistencia de un verdadero interés negocial del agente y su "contraparte", lo que hace colegir la desvinculación del acto celebrado con el mundo real, donde los sujetos ejecutan sus acciones con <u>racionalidad</u>, esto es, en sujeción a determinadas necesidades o expectativas inherentes a su contexto situacional, persiguiéndose siempre un interés práctico y concreto regido por éste. Ejemplo: Cuando no se pueda acreditar que el vendedor tenía apremios económicos o deudas que justificara la venta de algunos bienes inmuebles de su propiedad.</p>
<p>i.4. "Carácter" Notoria divergencia de los datos personales del agente y/o su "contraparte" con su mayor, menor, o nula diligencia negocial reflejada en los términos o estipulaciones del acto simulado en particular. <u>Ejemplo:</u> Persona comúnmente diligente que celebra el acto simulado sin tomar muchas precauciones.</p>
<p>i.5. "Indicio de oportunidad". Proximidad cronológica entre el acto simulado y la situación real que se pretende ocultar a través de dicho acto.</p>
<p>i.6. "Inertia – Transactio" <u>Conductas activas u omisivas</u> que denotan contrariedad con las máximas de la experiencia, pues revelan que el agente o su "contraparte", en el ámbito de la <u>inejecución de las prestaciones a su favor</u>, contraría el sentido común a través de una ausencia de respuestas a alguna estimulación del agente que en circunstancias normales y de ser cierto el negocio jurídico los hubiese provocado. <u>Ejemplo:</u> (a) Consentir la rebeldía no apelando una sentencia. (b) Ausencia de litigio que contraría el hecho que transige el simulador pero no el autor de un contrato verídico.</p>
<p>i.7. "Notitia" Improbabilidad del desconocimiento de la "contraparte" de las consecuencias jurídicas que pretende neutralizar el agente mediante el acto simulado, esto es, de los motivos de la simulación.</p>
<p>i.8. "Subfortuna" Incapacidad económica de la "contraparte" para asumir la contraprestación que irroga el acto simulado.</p>
<p>i.9. "Nesciencia" Contrariedad con el sentido común del desconocimiento de la "contraparte" acerca del negocio jurídico, desconocimiento que puede versar sobre el objeto contractual, las circunstancias personales, el número o cualidad de los individuos relacionados con el negocio jurídicos, etc.</p>

[⁵³³] Ver Waldo Núñez Molina: "La Simulación del Acto Jurídico – Teoría y Prueba Judicial".- Editora Jurídica Grijley EIRL. Pag. 146 y siguientes.

(ii) Vinculados al acto simulado (documento, contenido, ejecución de sus efectos).
ii.1. Vinculados al soporte documental.
ii.1.1 "Tempos – Oportunidad" No contemporaneidad del documento de <u>fecha cierta</u> en relación a la oportunidad del acto simulado.
ii.1.2 "Locus – Silentio". <u>Conductas activas u omisivas</u> orientadas a evitar la publicidad del acto simulado con el propósito de su ocultamiento frente a terceros. <u>Ejemplo:</u> El traslado a otra población para el otorgamiento de la EEPP u otro documento oficial.
ii.1.3 "Insidia" <u>Conductas activas</u> que denotan maniobras engañosas en la elaboración de los documentos en que se plasman los actos simulados. <u>Ejemplo:</u> "las cartas notariales de fecha 13 de noviembre y 13 de diciembre (...) han sido redactadas por la misma máquina de escribir y responden a un mismo tenor en su redacción"
ii.1.4 "Preconstitutio" <u>Conductas activas</u> que denotan contrariedad con las máximas de la experiencia, pues revelan que el simulador contraría el sentido común adoptando formalidades jurídicas excesivas o deficitarias para el mecanismo de publicidad que el acto simulado en particular merece, mellando su verosimilitud o correspondencia con el mundo real.
ii.2. Vinculados al contenido
ii.2.1 "Omnia bona": Reflejo en el acto simulado de efectos jurídicos patrimoniales que denotan una total o significativa disposición del patrimonio del agente, lo que hace colegir un propósito real de "protegerlo" de acciones de terceros.
ii.2.2. "Pretium vilis" <u>Indicio comparativo:</u> "Precio vil" = Desproporción del precio en relación a los bienes transferidos.
ii.2.3. "Disparitiesis" <u>Conductas activas</u> que denotan contrariedad con las máximas de la experiencia, pues revelan que el simulador <u>contraría el sentido común</u> tomando decisiones más gravosas o antieconómicas de las normales.
ii.2.4. "Pretium confessus". <u>Indeterminación del pago del precio confesado:</u> Frases consignadas en el acto simulado que no prueban la fe de entrega del dinero, buscando ocultar la forma cómo se obtuvo el dinero, constituyendo una coartada para ocultar el precio real y su pago o no. <u>Ejemplo:</u> "los contratantes declaran haber recibido el íntegro del precio con la suscripción de la minuta".
ii.2.5. "Precio diferido". <u>Diferimiento del pago del precio:</u> Consiste en suspender o diferir el pago de la obligación dineraria que se ha generado como consecuencia del negocio simulado a efectos de darle visos de realidad, de manera que el precio se produzca un tiempo más o menos dilatado, logrando con ello evadir la existencia de huellas directas de la simulación.
ii.3. Vinculados a la ejecución de los efectos.
ii.3.1. "Movimiento bancario" <u>Conducta omisiva</u> en relación al no empleo de un medio de pago formal – bancario – del capital monetario significativo que evidencie el real pago del precio a cargo de la "contraparte".
ii.3.2. "Retentio possessionis". Cuando a pesar de existir un negocio de transferencia de bienes éstos continúan en poder del agente simulador.