

## **LA SECRETARIA QUE SUSCRIBE CERTIFICA QUE EL VOTO EN DISCORDIA DE LA DOCTORA PIEDRA ROJAS, es como sigue:**

Puesta para su análisis la sentencia aprobada por mayoría, la Suscrita reproduce los argumentos expuestos en la sentencia dictada en los "Casos Chacón Málaga" y "Caso Yanqui", en los que respecta a los supuestos fácticos similares. En tal sentido, se precisa:

### **PRIMERO: SOBRE LA ESTRUCTURA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.-**

#### **BIEN JURIDICO.**

1. A través de este tipo penal se resguarda el interés público por las cualidades que deben poseer los funcionarios públicos, de probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, reserva, imparcialidad, fidelidad, que se traducen en el desempeño de su labor, que se pretende ordenada, decorosa y eficaz; protegiéndose asimismo la seguridad y libertad que el ejercicio de la actividad pública, administración, requiere, mediante el respeto recíproco de las relaciones que se generan entre la Administración y los particulares.
2. En esta línea de pensamiento el Recurso de Nulidad Nro. 09-2001 del 16 de Mayo del 2003 señala que "lo que se lesiona en el delito de Enriquecimiento Ilícito es el bien jurídico penal "administración pública", el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público. (...) no siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales." <sup>1</sup>

#### **NATURALEZA DEL DELITO.**

3. Cabe destacar que el artículo 401 del Código Penal contiene un delito de los denominados "especiales", esto es, aquellos cuyo sujeto activo debe reunir determinadas características que no son comunes a todos los ciudadanos, por lo que el marco normativo desde el cual se analice la figura allí contenida responderá a la regulación que se efectúa de determinadas exigencias de índole constitucional que se corresponden con los principios de

---

<sup>1</sup> Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Año Judicial 2003, Tomo XCII; Edición Centro de Investigaciones Judiciales – Área de Investigación y Publicaciones, Lima – Perú 2007.

transparencia y publicidad de los actos de gobierno que se desprenden de la adopción del sistema republicano.

4. Conforme lo precisa la citada Ejecutoria Suprema 09-2001 "el Enriquecimiento Ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consume en la circunstancia en que exista un incremento significativo y contrastante en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público".

#### **SOBRE LA CONDUCTA PROHIBIDA.-**

5. Podría aseverarse, liminarmente, que la disposición legal contenida en el Art. 401 del CP, no se endereza a la represión penal del funcionario honesto que puede verse comprometido ante un aumento de su patrimonio por sospechas malévolas, sino que se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales en violación del bien jurídico protegido antes descrito.
6. La esencia del tipo penal radica en la presencia de un "enriquecimiento patrimonial apreciable" -y además injustificado-, expresión con la cual, cabe adelantar, no se está haciendo referencia, en primer término, al mero enriquecimiento obtenido en el período fijado por la ley, aún cuando pueda considerarse importante, sino que se expresa que ese incremento patrimonial debe ser "apreciable".
7. Ese incremento debe entenderse como el que resulta significativo con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo del desempeño de la función.
8. Una guía aceptable para determinar ese carácter apreciable del enriquecimiento "la constituiría el análisis de la proporción que resulte al relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio", por lo que "sólo la apreciación de cada caso particular podrá dar la pauta". Ese aumento patrimonial, entonces, debe ser el desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos.
9. Esta significación dada a la acción contenida en el tipo penal objetivo se ve reforzada por la Convención Interamericana contra la Corrupción<sup>2</sup>, que en su artículo IX<sup>3</sup>, al calificar el incremento del

---

<sup>2</sup> <http://www.oas.org/Juridico/spanish/Tratados/b-58.html>

patrimonio que en términos penales debe resultar relevante, hace referencia, al "significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos" y "que no pueda ser razonablemente justificado por él"; expresión que otorga un nuevo argumento para definir el contenido del término "apreciable", sin perjuicio del reconocido ámbito de discrecionalidad que permite esta clase de términos -que no arrojan, en principio, una regla precisa, sino que la precisión resulta clara cuando deben ser analizados, específicamente, en cada caso.

**10.** En esta línea de pensamiento, atento a que la acción típica consiste en enriquecerse de modo apreciable e injustificado, lo ilícito, lo que la ley prohíbe, es precisamente acrecentar el patrimonio de manera desproporcionada en relación con los ingresos legítimos del funcionario. Es en esa "desproporción" en donde radica lo indebido del enriquecimiento. Es por ello que, por ejemplo, no habrá tipicidad si logran demostrar, el fiscal o la defensa, la causa lícita de tal enriquecimiento, esto es su origen legítimo.

**11.** El delito se configura, entonces, con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, quebrando asimismo la rectitud requerida en la función. Pero esta injustificación, no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación -en base a las pruebas colectadas en el juicio- de que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en definitiva, cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada. De modo que no se castiga sobre la base de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado.

**12.** Definida cuál es la acción que conforma la esencia del tipo penal en estudio, puede concluirse que no se trata entonces de un delito que se configure por la mera no justificación por parte de un funcionario o empleado público de un enriquecimiento considerable. Ello por cuanto cabe partir, a fuerza de resultar reiterativos, de que el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen de un enriquecimiento

---

<sup>3</sup> **Artículo IX** Enriquecimiento ilícito: "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 justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan"

patrimonial apreciable -suyo o de persona interpuesta para disimularlo-; sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente. Esto implica que corresponde al Estado probar este extremo de la imputación delictiva fundada en los términos del artículo 401 del Código Penal, acreditando el injustificado enriquecimiento apreciable vinculado al ejercicio de la función pública (en el sentido de que no pudo concluirse como derivado o proveniente de sus haberes u otras fuentes lícitas).

**13.** De esta manera el núcleo del injusto típico está dado por el enriquecimiento apreciable objetivamente injustificado, lo cual nos acerca, antes bien, al campo de los delitos de acción. Ello es así en tanto que lo que se castiga, en definitiva, es el hecho comprobado, en base a los datos objetivos colectados en el juicio, de que el funcionario se ha enriquecido durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable y sin razón alguna que permita considerar acreditada una fuente legítima (documentación, peritajes contables, testimonios, etc.).

**14.** Es decir, que el enriquecimiento del funcionario debe carecer de justificación por no encontrarse originado en una fuente legítima compatible con el desempeño de su cargo. Se debe precisar de que el enriquecimiento apreciable e injustificado del cual venimos hablando, si se permite el término, es objetivo en el sentido de que no tiene que ver con la negativa a justificar o deficiente justificación por parte del funcionario -después de haber sido debidamente requerido-, sino con una comprobación que determina la existencia de un acrecentamiento patrimonial apreciable en forma injustificada en comparación con los ingresos legítimos del funcionario.

## **DELITO RESIDUAL**

**15.** El carácter subsidiario del delito de Enriquecimiento Ilícito, reposa en gran medida por la dificultad de la prueba. En realidad los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el Cohecho, la Exacción, la Negociación Incompatible, el Peculado, el Abuso de Autoridad, la Extorsión (...) <sup>4</sup>. La frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (Cohecho, Malversación, Negociaciones Incompatibles en el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto, y mucho menos uno que pueda ser judicialmente (comprobado) <sup>5</sup> inspiran el delito en cuestión. El tipo penal del Enriquecimiento Ilícito, constituye en últimas circunstancias la forma como el legislador le sale al paso al servidor

---

<sup>4</sup> Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEZ, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 204.

<sup>5</sup> Marcelo A. Sancinetti, El delito de Enriquecimiento Público de Funcionario Público, 2º ed., Buenos Aires Argentina, p.17.

público corrupto, a quien no puede probársele la comisión de otro delito contra la Administración Pública susceptible de enriquecer su patrimonio<sup>6</sup>, si la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un Peculado, de un Cohecho, de una Concusión etc, habría necesidad de absolverlo sino existiera en el Código la figura de Enriquecimiento Ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria<sup>7</sup>.

**16.** En la doctrina Nacional se reconoce también el carácter subsidiario o complementario de la norma<sup>8</sup>; estamos pues, ante un tipo residual auténtico<sup>9</sup>, y de esta manera, no es posible que concorra con figuras delictivas afines<sup>10</sup>. El Enriquecimiento Ilícito no debe provenir de otros delitos funcionales, como actos de Corrupción Pasiva, actos de Peculado o actos de Concusión. Solo en la medida en que el enriquecimiento no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo cuatrocientos uno del Código Penal.<sup>11</sup>

**17.** Este carácter subsidiario ha sido compartido por esta Sala Penal en la Sentencia 27-2002 cuando se dejó sentado "...se corresponde con la consabida subsidiariedad del delito de Enriquecimiento Ilícito, el que opera precisamente en defecto del procesamiento por otros ilícitos penales Contra la Administración Pública, siendo esta nota distintiva absolutamente inherente al referido ilícito; no resultando válido por ende que pueda sostenerse que tal característica esté condicionada a las variantes en la redacción de su formulación típica" y reafirmado en la presente resolución final.

## **MOMENTO DE LA CONSUMACION**

**18.** El artículo 401 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos señala: " El funcionario o servidor publico 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".

**19.** De la redacción de la norma se tiene que el delito se consuma cuando el funcionario se enriquece de manera apreciable e injustificada en sus ingresos legítimos.

---

<sup>6</sup> William Rene Parra Gutiérrez, Delitos contra la Administración Pública, Ediciones Librería del Profesional, Bogota, Colombia, 1988, p. 164.

<sup>7</sup> Alfonso Gomez Mendez, Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogota, Colombia, 2000, p. 255.

<sup>8</sup> Fidel Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, Perú, 2001, p. 466.

<sup>9</sup> Manuel Abanto Vásquez, Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Palestra Editores, Lima, Perú, 2001, p. 484.

<sup>10</sup> Manuel Frisancho Aparicio y A. Raúl Peña Cabrera, Delitos contra la Administración Pública, Editora FECAT, Lima, Perú, 1999, p. 358.

<sup>11</sup> Victor Prado Saldarriaga. Todo sobre el Código Penal, Tomo I, Ideosa, Lima Perú, 1996, p.291.

**20.** Esta Sala Penal en la sentencia recaída en el Expediente 27-2002-SPE/CSJL<sup>12</sup> de fecha 21 de Junio del 2004 señaló: “En relación a la consumación de los delitos de apoderamiento “...constituye hoy posición dominante la Teoría de la Disponibilidad, según la cual el delito se consuma cuando el autor tenga la posibilidad de disponer de la cosa como dueño, es decir cuando sea posible el ejercicio de facultades de carácter dominical. La Teoría de la Disponibilidad constituye un término medio entre quienes querían cifrar la consumación (...) en la contrectatio – de modo que el hecho se consumaría con el simple tocar la cosa por parte de sujeto activo -, y quienes, por el contrario, exigían para la consumación la illatio, que implicaría la ventaja patrimonial obtenida con la efectiva incorporación de la cosa al propio patrimonio del sujeto activo (...) La teoría de la disponibilidad, que exige solo la posibilidad del ejercicio de las facultades dominicales, significa una interesante posición teórica para resolver las dificultades prácticas de determinación del momento de la consumación en los delitos de apoderamiento, pero hemos de reconocer que no evita la necesidad de hacer un estudio casuístico de la cuestión...” (Miguel Bajo Fernández, “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid- 1983, pag. 33 -34), posición que siguió la Sala cuando expidió sentencia en el ya citado Expediente número 010-2001/SPE-CSJ (vigésimo considerando).”<sup>13</sup>

**21.** La Suprema Corte al respecto se ha pronunciado en el RN No.2976-2004 precisando “...figura penal, exige que el funcionario o servidor publico, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente en tanto delito comisivo y de resultado se consuma cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo- a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas –incluso disciplinarias- o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí su nota de ilicitud del enriquecimiento; que a efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que el agente debe tener

---

<sup>12</sup> Sentencia recaída en el proceso 27-2002, seguido contra Rodríguez Huertas y otros por el delito contra la Administración Pública-corrupción de funcionarios -enriquecimiento ilícito en agravio del Estado.

<sup>13</sup> Sentencia recaída en el expediente Nro. 10-2001. “Caso Bedoya” del 29 de Mayo del 2003. “Vigésimo.- que siguiendo esta línea argumental, respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un aparato organizado de Poder Estatal, en el que el acusado Vladimiro Montesinos Torres tiene una actuación de primer nivel, fue quien decidió la apropiación de fondos para su cómplice Bedoya de Vivanco, que se lo solicitó al hacerle entrega de un presupuesto, que según refiere era para gastos de su campaña política. Cabe agregar que el tipo penal de peculado exige que la apropiación sea para sí o para otro, siendo este un elemento material del injusto y no subjetivo o trascendente, por lo que su consumación en estos casos requiere que el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado, pues a él estaba destinado, de tal suerte que el delito se configura cuando los caudales **ingresan a la esfera de dominio** patrimonial del tercero”.

control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio".<sup>14</sup>

**22.** En igual sentido esta Sala Penal en la sentencia recaída en el Expediente 27-2002<sup>15</sup> del 23 de Octubre del 2008, señalo "Por lo demás, respecto al momento consumativo del referido ilícito penal cabe precisar que el artículo 401 del Código Penal, al definir esta figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto delito comisivo y de resultado se consume cuando el agente logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico –que puede ser tanto un aumento del activo como disminución del pasivo –por lo que, a los efectos de la concreción del enriquecimiento, es de entender que el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio".

**23.** Galvez Villegas, señala que "... analizando el artículo en comentario, la acción típica está determinada por el verbo rector "se enriquece" o lo que es lo mismo "*enriquecerse*", esto es, el *verbo reflexivo* formado a partir del verbo "enriquecer" y del pronombre "se"; en este sentido, al tratarse de un verbo reflexivo la acción determinada por éste la sufre o la recibe el propio sujeto que la realiza. Si hablamos de la acción de enriquecerse, estamos haciendo referencia a una conducta del sujeto, y no al resultado o consecuencia de esta conducta, que vendría a ser el estado de enriquecimiento producido, o estado posterior surgido a raíz de la realización de la conducta típica (...) no debemos confundir la acción típica con la situación o estado que se genera a partir de la realización de la misma; en este caso el estado de enriquecimiento producido luego de materializada la acción "enriquecerse" o "se enriquece". (...) el hecho concreto o expresión objetiva de la acción típica anotada (se enriquece), está determinada por *la acción y efecto de INCORPORAR los bienes, derechos o activos materia del enriquecimiento, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como persona interpuesta, o de extinguir o disminuir los pasivos (cargas, gravámenes, deudas, etc) que integran el patrimonio.* (...) Esta incorporación de los bienes y activos al patrimonio, a la vez significa que el agente asume la titularidad de derechos reales de los bienes o activos materia del incremento patrimonial; que asume la nueva posición patrimonial con el pasivo disminuido. Esta acción de incorporación, o de asunción de la nueva posición patrimonial, puede ser instantánea o realizarse mediante una conducta periódica o continuada en el tiempo, y dependerá de esto para la determinación de la calidad del delito como instantáneo o como continuado"<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> San Martín Castro, Cesar. Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema . Editorial Palestra . Lima 2006 . Pag. 651.

<sup>15</sup> Sentencia recaída en la causa seguida contra Winston Enrique Alfaro Vargas por delito contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios – Enriquecimiento Ilícito – en agravio del Estado.

<sup>16</sup> Galvez Villegas, Tomás Aladino. Delito de Enriquecimiento Ilícito. Editorial IDEMSA- Lima. Perú 2001. Pag. 121, 122, 123 y 124.

## **TIPO SUBJETIVO**

- 24.** Se conceptúa al ilícito dentro de la categoría dogmática de los tipos dolosos activos, presentándolo a través de una acción típica que consiste en el enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado en el transcurso del desempeño de un cargo público

## **SEGUNDO:**

- 25.** Delimitado ello, los puntos de discordia en la presente sentencia son: (1) En el caso del acusado Walter Ramón Jave Huangal en lo relativo a las asignaciones percibidas por combustible, mayordomo, chofer y demás conceptos recibidos por cambios de colocación; (2) En el caso del acusado Orlando Montesinos Torres en lo relativo a los conceptos de bonificaciones especiales y combustible; todos ellos, respecto de los cuales el Voto en Mayoría establece que no son de libre disposición, y por tanto no puede servir a dichos acusados para justificar su incremento patrimonial; y (3) Es también materia de discordancia la responsabilidad de la acusada Carmen Rivas Luna de Jave por el delito de enriquecimiento ilícito en grado de complicidad.

## **TERCERO: SOBRE EL ACUSADO WALTER RAMÓN JAVE HUANGAL.**

### **EL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO Y LA JUSTIFICACION RAZONABLE DEL INCREMENTO PATRIMONIAL MATERIALIZADO POR EL AGENTE.**

- 26.** Atendiendo a la conducta prohibida en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, esto es, el incremento patrimonial ilegítimo "por razón del cargo", queda claro que la inserción de dicho ilícito penal en el rubro de los delitos Contra la Administración Pública determina como objeto de sanción la acumulación de riqueza a través del mal uso o abuso de la función pública ejercida.
- 27.** Conforme a dicha figura penal, el acrecentamiento patrimonial materializado por el agente devendrá en punible si el origen del mismo ha importado la comisión de determinadas inconductas funcionales, y de ahí que aún cuando éstas no correspondan ser acreditadas en el contexto de la actividad probatoria exigida para este ilícito, resulta válido inferir que el incremento patrimonial solamente apareja efectos penales a título de enriquecimiento ilícito cuando éste no resulta posible de justificar en ingresos lícitos, esto es, en ingresos que no hayan importado en su percepción una contravención o infracción normativa y dado su carácter subsidiario que no tengan recibo en otros delitos funcionales.
- 28.** Por tanto, los ingresos para no ser reputados de lícitos deben importar la contravención a un mandato de prohibición respecto a la posibilidad de disponer libremente de los mismos y/ o de exigibilidad de devolución de éstos, donde que el haber procedido

de manera contraria evidencie una trasgresión a una obligación expresa de no incorporación al patrimonio personal de los referidos conceptos.

**RESPECTO A SI LOS BENEFICIOS NO UTILIZADOS Y RECIBIDOS POR EL ACUSADO WALTER RAMON JAVE HUANGAL DEBEN SER CONSIDERADOS COMO INGRESOS PARA JUSTIFICAR SU INCREMENTO PATRIMONIAL.**

29. Atendiendo que dichos beneficios, para el caso concreto, se conforma de dos rubros, esto es el concepto de GASOLINA, CHOFER Y MAYORDOMO y el concepto de VIÁTICOS, el presente pronunciamiento en discordia a de abordar por separado cada uno de ellos, pues si bien se discrepa con la solución arribada por mis colegas, es cierto también que las razones en uno y otro caso son distintas.

**ANALISIS SOBRE LA "DOTACION DE COMBUSTIBLE", "CHOFER" y "MAYORDOMO" OTORGADOS A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICIALES.**

30. El Ministerio Público sobre el tema sostiene que de las normas y disposiciones ya oralizadas, en ningún extremo se aprecia que estos beneficios otorgados sean de libre disponibilidad, siendo otorgados en servicios; por lo que, al no existir documento que justifique que estos beneficios se hayan entregado en dinero en efectivo no contribuyen a la generación de riqueza o de ahorros a su favor, siendo estas normas de estricto cumplimiento.
31. En las sesiones del acto oral, sobre el tema señalo que la dotación de gasolina que recibía la ahorrado, siendo en algunos años en el cien por ciento y en otros en un porcentaje menor – ver acápite 29.1 de la sentencia- corriente a fojas 254.
32. La defensa por su lado sostiene que estos ingresos por concepto de gasolina forman parte de la estructura de ingresos, y porqué, porque la prueba documental que se ha leído en la liquidación percibida nos demuestra que realmente en el ámbito presupuestario del manejo económico del Ejército Peruano, estos egresos figuran concretamente como parte de las bonificaciones entregadas a mi defendido, tal es así, que si bien se entregó en vales estos han sido cuantificados y se ha establecido cual es el monto económico que egresó del Ejército Peruano y cual es el monto que percibió su defendido. En autos no se ha probado que esa finalidad abstracta de la norma se haya cumplido, habiendo sido su real finalidad aumentar los ingresos de los Oficiales del Ejército.
33. En el tema se advierte la existencia de una legislación que data desde los años de 1976; en tal sentido, tenemos: El Decreto

Supremo 013-76-CCFA, del 15 de Octubre de 1976, aprobó el Reglamento sobre la "Política General sobre automóviles para el uso del personal de la Fuerza Armada", cuyo objetivo era "establecer las Normas Generales que deberá seguir la Fuerza Armada para la adquisición, servicio, abastecimiento, mantenimiento, operación, seguro, renovación y venta de los automóviles de propiedad del Estado y afectado a cada Instituto Armado...", siendo su campo de aplicación "los automóviles puestos al servicio de los Oficiales Generales, Coroneles y Capitanes de Navío en servicio activo". El artículo 4 señala: "Anualmente con los fondos presupuestales incrementados con el producto de la venta de los automóviles dados de baja, los Institutos adquirirán los automóviles necesarios para: La renovación; y, la asignación a los nuevos Capitanes de Navío y Coroneles". El artículo 5 precisa: "se pondrá un automóvil al servicio de los señores Oficiales -Generales, Coroneles y Capitanes de Navío en servicio activo...". El artículo 7 indica: "Cada Instituto deberá consignar en su presupuesto las partidas respectivas para atender el suministro de: combustible, lubricantes, llantas y baterías para los automóviles de propiedad del Estado. El artículo 8 prescribe: "El abastecimiento al que se refiere el párrafo anterior será proporcionado de acuerdo al siguiente detalle: a.- Gasolina: de acuerdo al octanaje que prescriban las características -técnicas del vehículo que se adquiera para el uso y en las siguientes cantidades: Oficiales Generales.....200 galones mensuales, Coroneles y Capitán de Navío.....180 Galones mensuales..." El artículo 9 indica: "Los vales de gasolina a que se refiere el artículo anterior (...) podrán ser utilizados en los grifos de los Institutos Armados, siempre y cuando su capacidad lo permita, previo acuerdo entre los respectivos Institutos". El artículo 12 refiere: "La operación de los automóviles estará a cargo de chóferes profesionales contratados por los respectivos Institutos, con la condición de "Servicio Interno", a propuesta del usuario. Los automóviles, puestos al servicio de los Generales de División, Vice -Almirante y Tenientes Generales, dispondrán de un chofer profesional, miembro de la Fuerza Armada con grado militar.

**34.** Con el Decreto Supremo 035-77-IN, su fecha 28 de Septiembre de 1977, se hace extensivo los beneficios reconocidos en el Reglamento de Política General sobre automóviles para uso personal de las Fuerzas Armadas a los miembros de las Fuerzas Policiales en los grados de Generales, Coroneles e Inspectores Superiores.

**35.** Por Decreto Supremo 032-DE/SG del 19 de Mayo de 1999, se incremento en un 100% las cantidades de combustibles dispuesto en el artículo 8 de los Reglamentos de Política General sobre automóviles para uso de Personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional aprobados por Decreto Supremo Nro. 013-76-CCFFAA del 15 de Octubre de 1976 y Decreto Supremo 035-77-IN del 28 de Setiembre de 1977, modificado por el Decreto Supremo 030-82-IN del 06 de Julio de 1982 y se reconoció el beneficio de dotación de gasolina a los grados militares de menor jerarquía,

otorgándose "combustible de 95 octanos, con fines de cumplimiento de Comisión de Servicio, al Personal Militar y Policial en Actividad que a continuación se indica: Teniente Coronel o sus equivalentes 120 galones; Mayor o sus equivalentes 80 galones, Capitán o sus equivalentes 40 galones, Técnico Jefe Superior y Técnico Jefe o sus equivalentes 40 galones; y Técnico de Primera o sus equivalentes 30 galones, respectivamente por mes, que se encuentren prestando servicios en el país o en el extranjero, haciéndose extensivo a los grados equivalentes que pasen o hayan pasado a la Situación de Retiro, siendo el Ministerio de Defensa y del Interior que debe dictar las disposiciones administrativas que resulten necesarias para la mejor aplicación y ejecución de lo dispuesto en el presente Decreto Supremo.

**36.** El Decreto Supremo 016-DE/SG, del 13 de Marzo del 2000, con el fin de reducir el uso de Documentos Cancelatorios como medio de pago, modificó de especie a efectivo parte del beneficio por combustible (vales de gasolina) que se vienen otorgando al personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y en el caso de Coroneles y sus equivalentes se estableció: en especie 108 galones y en efectivo 252 galones.

**37.** Con el Decreto Supremo 037-2001-EF del 9 de Marzo del 2001, se autoriza la "entrega en efectivo por concepto de combustible, al personal Militar y policial en situación de Actividad, entrega que será destinada para la compra de combustibles, correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado personal, así como para realizar comisiones de servicio, de conformidad a lo establecido en el Decreto Supremo Nro. 013-76-CCFA del 15 de octubre de 1976 y su modificatoria Decreto Supremo Nro. 032-DE/SG del 19 de Mayo de 1999.

Del tenor literal de las normas glosadas se puede determinar:

a.- Que, la dotación por combustible desde sus orígenes hasta la actualidad ha sido incrementada en su monto y asignada no solo a los miembros activos de altas jerarquías sino también a las de inferior jerarquía y jubilados.

b.- En cuanto a este mismo concepto, si bien según el tenor literal del DS 013-76-CCFA se la vincula a un fin funcional, estableciéndose que dicha entrega será destinada para la compra del combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al personal, así como para realizar comisiones de servicio, y,

c.- La asignación de un chofer, según el tenor literal de la precitada norma, responde a la designación de un vehículo y para su operación, siendo contratado por los respectivos Institutos a propuesta del usuario.

d.- Sin embargo, en esta misma norma ni en alguna otra posterior de similar naturaleza existe disposición expresa que obligue a los beneficiarios a rendir cuenta de su destino o devolver lo no utilizado.

**38.** Hasta aquí, estando a lo señalado en los puntos precedentes la exclusión de las asignaciones, como fuentes de ingresos ilícitos no resulta sustentable en la existencia de un mandato de prohibición respecto a la posibilidad de disponer libremente de los mismos, y o de exigibilidad de devolución de éstos, y que permita demostrar que el haber procedido de manera contraria ha implicado la trasgresión a una obligación expresa de no incorporación al patrimonio personal de los referidos conceptos.

**39.** Asimismo, consideramos que interpretar la no libre disponibilidad de la "asignación de gasolina" y "chofer" en merito a la asignación de un vehículo en el entendido que tales conceptos están estrictamente vinculados a la operatividad del mismo, no es concordante con la totalidad de las disposiciones normativas reseñadas, por las siguientes consideraciones:

a.- Sólo desde la perspectiva del tenor literal del DS 013-76-CCFA, no se puede determinar la libre disponibilidad o no de dichos conceptos, pues a la luz de las demás disposiciones normativas reseñadas, se tiene que "la dotación de gasolina" siempre ha respondido, con independencia del grado militar, ha complementar las remuneraciones del personal beneficiario.

b.- A mayor abundamiento, como criterio valorativo de máxima de la experiencia en la realidad se puede advertir que el cumplimiento de lo dispuesto en los DS 013-76-CCFA y 035-77-IN, en relación a la entrega de vehículos a los Oficiales a partir del grado de Coronel, se condiciona a la existencia de disponibilidad presupuestal y a la prelación jerárquica existente al interior de la propia institución <sup>17</sup>, pudiendo ocurrir que a Oficiales con el grado de Coronel no se les haya asignado el automóvil pero si la "dotación de gasolina" pues esta última

---

<sup>17</sup> El artículo 4 de los Decretos Supremos 013-76-CCFA y 035-77-IN señalan que "Anualmente con los fondos presupuestales incrementados con el producto de la venta de los automóviles dado de baja, los institutos adquirirán los automóviles necesarios para la renovación; y, la asignación a los nuevos Capitanes de Navío y Coroneles" y en similar situación los miembros de las Fuerzas Policiales. Asimismo tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 01911-2006-AC, cuyo objeto de demanda era que el Ministerio del Interior cumpla lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Supremo 035-77-IN, mediante el cual se dispone el otorgamiento de un vehículo para todos los oficiales, Coroneles y Generales de la Policía Nacional del Perú, ante lo cual el Supremo Interprete señala "En caso de autos, si bien el demandante invoca el incumplimiento de un mandato contenido en una norma, se aprecia que el contenido de la misma se encuentra inevitablemente condicionado a la existencia de disponibilidad presupuestal y a la prelación jerárquica existente al interior de la propia institución policial. No se trata de un mandato incondicional, en los términos planteados precedentemente, sino de una obligación que requiere de determinados elementos, sin cuya existencia la obligación pierde su eficacia inmediata."

tiene como fin mejorar las remuneraciones de los miembros policiales y ejercito.

**40.** Asimismo, debe entenderse que el fin de esta asignación, conforme lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial No. 50<sup>18</sup>, mas allá del cumplimiento de una misión asignada, constituye en esencia un complemento a los bajos ingresos percibidos por el personal militar y policial y es así que en el transcurso del tiempo no solo ha sido incrementada sino se han extendido a grados militares inferiores y a jubilados, agregándose que asignaciones similares por otros conceptos se otorgan en otras dependencias estatales y con el mismo objetivo de incrementar los ingresos remunerativos de los trabajadores<sup>19</sup>, conforme se puede advertir en el Poder Judicial con la bonificación de "Gastos Operativos" que se otorga mensualmente a los Magistrados Titulares y de cuyo monto solo esta obligado a justificar el 10 por ciento siendo lo restante de libre disponibilidad.

**41.** Por las consideraciones precedentemente anotadas y no habiendo causa que justifique que la suscrita haya de variar su postura respecto al tema analizado, en aplicación del "principio de primacía de la realidad" debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno de los hechos, en tanto este "no es una regla limitada solo a determinar la existencia de una relación laboral; en general, dicho principio tiende a hacer prevalecer los hechos reales sobre los hechos formales"<sup>20</sup>, no implicando esta argumentación una violación a la norma sino muy por lo contrario permite determinar dentro de nuestra normatividad la real naturaleza de los hechos principalmente cuando se trata de temas laborales y estando acreditado que Jave Huangal percibió los beneficios objetos de análisis, conforme fluye de la documentación de fojas 92,606 del Tomo 122 y de fojas 70,520 del Tomo 96, en los que el monto por dotación de gasolina asciende a 50,872.44 dólares y de la documentación de fojas 8,164 a 8,171 del Tomo 15 del Expediente 84-2008 y de fojas 70,523 del Tomo 96, consta que lo percibido por concepto de Chofer desde Enero de 1998 hasta el año 2000 fue de 54,402.25 soles, es razonable considerarlo como un ingreso a su favor a fin de justificar sus gastos y patrimonio, pudiéndose advertir que han sido debidamente cuantificados.

**42.** Si bien y conforme lo sostiene el acusado Jave Huangal, la dotación de gasolina fue entregada en vales; sin embargo, debe

---

<sup>18</sup> Informe Defensorial N°50 sobre "El otorgamiento de la Asignación de Combustible a los miembros de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas", concluye que "se puede inferir que la finalidad de la asignación de combustible va mas allá del cumplimiento de una misión asignada, constituyendo en esencia un complemento a los bajos ingresos percibidos por el personal militar y policial".

<sup>19</sup> Como por ejemplo el Decreto de Urgencia N°114-2001 -"Disponen Reconocimiento de Gastos Operativos a los Magistrados y Fiscales del Sistema Judicial de la República"-, de fecha 27.09.2001

<sup>20</sup> Avalos Jara, Oxal Víctor. Precedentes de observancia obligatoria en materia laboral de la Corte Suprema. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Edición 2008. Pag. 116.

tenerse en cuenta que es un bien material con un valor determinado que puede ser cuantificado y como tal repercute en el ahorro del beneficiario, sea usándolo el mismo o vendiéndolo a terceros.

- 43.** A mayor abundamiento, corrobora lo expuesto además el INFORME 155-2001-SUNAT/K00000 de fecha 8 de Agosto del 2001, que establece que la entrega de dinero en efectivo por concepto de combustible a favor del Personal Militar y Policial en situación de actividad, a que se refiere el artículo 1 del Decreto Supremo N°037-2001-EF, constituye renta de quinta categoría para efectos de la legislación del Impuesto a la Renta, en tanto dicha asignación tenga el carácter de libre disponibilidad por tratarse de una cantidad fija y periódica, no sujeta a reintegro por la parte no utilizada en el desempeño de las funciones del citado personal.<sup>21</sup> Si bien este informe guarda relación con una norma de fecha posterior a lo que es *thema probandum* del presente proceso; sin embargo, es importante glosarlo para el esclarecimiento del punto en discordia, si se tiene en cuenta que las normas que antecedieron a dicho Decreto Supremo tenían los mismos supuestos de hecho para la entrega de la dotación del combustible como son: “el de ser utilizado para el funcionamiento del vehículo asignado al Oficial” así como realizar “comisiones de servicios” y con esta finalidad ha sido asignado como de libre disponibilidad.
- 44.** Se condice con todo lo señalado el hecho que para algunos beneficiarios, el monto percibido por dichos conceptos ha sido objeto de embargo para garantizar el cumplimiento de obligaciones pecuniarias impuestas en el marco de un proceso penal<sup>22</sup>, confirmándose con ello su reconocimiento como ingresos lícitos.
- 45.** Por tanto, la libre disponibilidad de tales conceptos por parte de Walter Ramón Jave Huangal no entraña posibilidad alguna de imputarle la defraudación a un mandato expreso que se lo impedía, razón por la que mal puede privársele de incluirlos como parte de los ingresos lícitos que alega.
- 46.** En relación al beneficio de Mayordomo, se tiene que el Decreto Supremo Nro. 001-78-CCFFA del 03 de Enero de 1978, establece entre los beneficios que corresponde recibir a los Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas es el de un trabajador del hogar – mayordomo. Este rubro y bajo los fundamentos expuestos en líneas precedentes deben ser considerados como ingreso, y estando a la documentación de fojas 70,523 del Tomo 96 y fojas 8,164 a 8,171 del Tomo 15 del Expediente 84-2008 lo percibido asciende a 43,736.30 soles.

---

<sup>21</sup> <http://www.sunat.gob.pe/legislación/oficios/2001/oficios/i1552001.htm>

<sup>22</sup> Ver resolución dictada por esta Sala Penal, en el incidente signado con el número 27-2002-“K”, del veintinueve de Mayo del 2007 en la que confirmando la apelada se ordena el embargo en forma de retención sobre la totalidad de los ingresos a favor del sentenciado Marco Antonio Huerta por concepto de combustible, chofer y mayordomo.

**EN RELACION AL RUBRO BENEFICIOS DERIVADOS DE LOS CAMBIOS DE COLOCACIÓN (FLETE POR BAGAJES, INDEMNIZACIÓN DE VIAJE Y GASTOS DE INSTALACIÓN)**

- 47.** Al respecto, la suscrita, comparte los argumentos expuestos en la sentencia en cuanto a que dicho concepto no puede ser considerado como de libre disposición, pues al existir una norma expresa que dispone la devolución de lo recibido cuando "se recibieran las asignaciones de viaje en montos superiores a lo que legalmente les correspondía" (Res. Adm. No.121, inciso a), dicho rubro no puede ser considerado de manera alguna como de libre disposición, en ese sentido la prueba aportada y actuada denotan sin margen de duda que Walter Ramón Jave Huangal incumplió la devolución prevista, ello principalmente, en merito a la propia declaración del precitado. -Ver resumen de declaración en el acápite 29.2 de la pagina 255 de la sentencia-.
- 48.** Esta apropiación, que la suscrita considera irregular y de naturaleza penal, no administrativa, constituye una actividad irregular e ilícita de un funcionario, mas aun de quien en esa condición ha tenido la oportunidad, por su cargo, de conocer de la obligación de devolver los excesos de lo que se recibía para estos fines, ese hecho evidentemente podría encontrar significación jurídica en un delito específico dentro de los delitos contra la Administración Pública.
- 49.** Entonces si existen indicios de que el ingreso de estos dineros al movimiento económico de Walter Ramón Jave Huangal y que ello constituiría un delito específico (peculado o tal vez malversación de fondos), ese extremo no puede ni debe integrarse a un reproche distinto de esos delitos, es decir, no puede enmarcarse como enriquecimiento ilícito porque estamos hablando de la misma acción que podría encontrar su adecuación en un delito específico; y, en todo caso, el resultado económico sería el producto de otra ilicitud y no un enriquecimiento como el que la figura legal que nos ocupa pretende reprimir.
- 50.** Sin embargo se debe dejar sentado que el eventual carácter ilícito de estos ingresos, conforme a lo que aquí se señala, no ha sido materia de este proceso ni objeto de defensa, por lo que sería un supuesto fáctico completamente distinto que impide emitir pronunciamiento alguno.
- 51.** Sin perjuicio de lo señalado, esa posible ilicitud en la apropiación del dinero, de ser factible, debe ser investigada en un proceso específico y ante el juez de la causa, donde se habría de establecer la responsabilidad del autor y de ser el caso determinar la posible participación de terceras personas.

52. En ese sentido, no puede olvidarse el carácter residual del enriquecimiento ilícito que implica que, acreditada la comisión de otro delito, es éste el que prevalece y no aquel que operaba ante falta de verificación del realmente cometido.

53. Por lo que, no deben ser considerados como fuente del delito de enriquecimiento ilícito por corresponder a un delito específico.

**CUARTO: RESPECTO A SI LAS BONIFICACIONES Y COMBUSTIBLE QUE ALEGA EL ACUSADO ORLANCO MONTESINOS TORRES NO DEBEN SER CONTABILIZADOS POR NO SER DE LIBRE DISPOSICION.**

54. Las consideraciones precedentes que solventaron nuestra posición en torno a que el concepto de combustible, de acreditarse su percepción, sí debe contabilizarse, es de recibo para el acusado Orlando Montesinos Torres.

55. Sin embargo, en el presente caso, la suscrita, tiene por establecido que más allá de las Resoluciones N<sup>as</sup> 049 y 050 del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas del año 1985, que prevén dichos beneficios, no existe en autos información alguna remitida por dicho Órgano que posibilite contabilizar el monto exacto de lo percibido durante el periodo 1990 al 2000 por dichos conceptos, no siendo suficiente al respecto, por su falta de objetividad, los cuadros y detalles redactados por la propia defensa, razón por la que en este extremo si bien la suscrita, al margen de su criterio diferente al del Voto en Mayoría, concuerda con éste en la no contabilización de los mismos como ingresos por la falta de prueba respecto a su quantum.

**QUINTO: EN RELACION A LA ACUSADA DE COMPLICIDAD CARMEN RIVAS LUNA DE JAVE**

56. A efectos de entrar a analizar la conducta de los procesados a título de complicidad, es preciso dejar en claro, como ya se ha esbozado preliminarmente, la suscrita, no comparte el criterio que por mayoría ha asumido este Colegiado respecto a que el delito de Enriquecimiento Ilícito es uno de carácter permanente "caracterizado por el hecho de que la continuación temporal de una situación o conducta antijurídica configura un ilícito aun típico"<sup>23</sup>, sino por el contrario que se trata de un delito continuado.

57. El delito continuado constituye otra construcción de "la doctrina y la jurisprudencia (...), para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por si solo delictivos y no producidos en forma

---

<sup>23</sup> GUNTER STRATENWERTH, Derecho Penal Parte General I, Hecho Punible, pg.418

de unidad natural de acción, como parte de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de una unidad jurídica de acción”<sup>24</sup>. El delito continuado consiste en dos o mas acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o norma de igual o semejante naturaleza. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por si un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito.<sup>25</sup>

- 58.** El delito continuado, exige la presencia de determinados elementos: **a) Objetivos:** Homogeneidad del bien jurídico lesionado. Homogeneidad de los modos de comisión del delito. Cierta conexión espacial y temporal; y, **b) Subjetivos:** la presencia de un dolo conjunto o designio criminal común a las diversas acciones realizadas.
- 59.** La imputación contra el autor del delito de enriquecimiento ilícito, como ya ha sido detallado, consiste en que este aprovechando su condición de oficial del ejercito se enriqueció en forma indebida entre 1990 al 2000, lo que no implica que durante todo este tiempo y de manera interrumpida se habría estado enriqueciendo en forma indebida, sino por el contrario de los medios de prueba que se han aportado y actuado durante la etapa del proceso penal y específicamente durante la etapa del juicio oral, se desprende que el autor del hecho habría estado incrementando su patrimonio de manera progresiva.
- 60.** No cabe duda pues que en el caso que nos ocupa concurren los requisitos que reclama el delito continuado, pues se ha lesionado un mismo bien jurídico –la administración publica- que se ha visto afectada por la conducta del acusado Jave Huangal, quien abusando de su cargo en la administración publico se ha enriquecido indebidamente durante el periodo comprendido entre 1990 al 2000, con lo que no solo existe homogeneidad en el modo de comisión, sino que además una conexión espacial y temporal entre cada acto de enriquecimiento del mencionado Jave Huangal.
- 61.** En cuanto al designio criminal, resulta evidente que el objetivo último del autor del hecho no era otro que incrementar su patrimonio, para ello no dudo en aprovechar del cargo que ostentaba al interior de las fuerzas Armadas en su condición de alto oficial del ejército.
- 62.** Determinada la condición de delito continuado del delito de enriquecimiento ilícito, corresponde analizar cual fue el papel que desempeño la procesada Carmen Rivas Luna de Jave a quien se le imputa haber participado en el hecho típico y antijurídico atribuido a

---

<sup>24</sup> Jescheck, citado por Santiago Mir Puig, en Derecho Penal , Parte General, pg.657

<sup>25</sup> Francisco Munoz Conde, Derecho Penal, Parte General, pg.491.

Jave Huangal , y si este comportamiento se adecua a la tipificación de la complicidad.

- 63.** El Código Penal Peruano no contempla la participación de los terceros en el Delito de Enriquecimiento Ilícito, como efectivamente lo observa otras legislaciones, como son: El Código Penal Argentino, cuyo artículo 268 del Código Penal considera el enriquecimiento patrimonial apreciable suyo (se refiere al autor) o de persona interpuesta para disimularlo. En el Código Penal Colombiano el artículo 412 señala que el incremento patrimonial injustificado se obtenga para si o para otro. El Código Penal de El Salvador de 1997 expresamente contempla la sanción del que simula el incremento patrimonial no justificado en calidad de persona interpuesta.
- 64.** Sin embargo, ello no impide que aplicando las categorías de la teoría del delito sea posible la participación de los cómplices en la perpetración del ilícito de enriquecimiento ilícito y para esto existe no solo criterios en la doctrina sino también en la jurisprudencia.
- 65.** El artículo 23 del Código Penal considera como autor y coautores al: "que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible y los que lo cometan conjuntamente". Y el artículo 25 prescribe en relación a la complicidad primaria y secundaria: "El que, dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiere perpetrado (...) A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena". Es decir, que será cómplice el que "no ejecuta directa o indirectamente el hecho ilícito solo coopera o ayuda a la consecución del delito. O dicho de otra manera, ayuda o coopera con el funcionario o servidor publico que incrementa su patrimonio durante el ejercicio de sus funciones. Es decir, contribuye a la realización del hecho punible, a sabiendas, que el agente incrementa su patrimonio ilícitamente"<sup>26</sup>
- 66.** El tratadista Hurtado Pozo al abordar la complicidad señala: "Las expresiones "prestar auxilio" y "prestar asistencia", (...) En efecto, el auxilio es la ayuda, el socorro, el amparo; la asistencia, la acción de prestar socorro, favor o ayuda. (...) El objetivo del legislador al recurrir a estas expresiones es distinguir con suficiente nitidez los partícipes que contribuyen o ayudan al autor de los coautores en la ejecución del acto delictuoso. Por consiguiente, según nuestra ley, la complicidad consiste en ayudar dolosamente a un tercero para que ejecute un hecho punible previsto en un tipo legal. A la inversa de lo que sucede en el caso de la coautoría, los cómplices no tienen el dominio del hecho, pues éste pertenece, por definición, a los autores. Su participación se limita a favorecer la realización del hecho punible principal, sea de manera material

---

<sup>26</sup> Hugo Alvarez, Jorge B. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios publicos. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición 2007. Pag. 51.

(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) (...) Por su parte, los cómplices no deben realizar ningún acto de ejecución comprendido por el verbo principal del tipo legal"<sup>27</sup>

**67.** Agrega Hurtado Pozo "El cómplice debe realizar actos que favorezcan la realización del hecho punible principal; es decir, debe hacerla posible o facilitarla. Su contribución puede situarse tanto a nivel material, como a nivel psíquico. (...) el cómplice debe realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible, haciéndola posible o facilitándola. Una relación directa y efectiva debe existir entre ambos sucesos; de modo que se le pueda imputar al que presta auxilio el hecho de haber colaborado en la empresa delictuosa del autor. (...) Prestar auxilio o asistencia implica claramente, según el lenguaje común, contribuir, ayudar a alguien a hacer algo en una situación determinada".<sup>28</sup>

**68.** Es cómplice aquel "cuya contribución al delito no pueda calificarse ni de autoría ni inducción (...) pero ello no significa que cualquier acto de favorecimiento de un delito sea merecedor de la pena prevista para la complicidad, la conducta habrá de tener alguna eficacia causal, aunque sea mínima, en el comportamiento del autor y reunir además, una cierta peligrosidad (...) en ese sentido la conducta del cómplice ha de ser peligrosa, de manera que, desde una perspectiva ex ante, represente un incremento relevante de las posibilidades de éxito del autor y, con ello, las de puesta en peligro o lesión de un bien jurídico. Ello ocurrirá cuando, en el momento previo a la acción del cómplice, sea previsible que, con su aportación, la comisión del delito sea mas rápida, mas segura o mas fácil, o el resultado lesivo mas intenso que sin ella"<sup>29</sup>.

**69.** Sobre el momento de la intervención del cómplice y conforme sostiene Hurtado Pozo, es necesario referirnos al momento de la comisión del acto de complicidad con relación al acto principal y esto se explica con el afán de distinguirlo del encubrimiento previsto en los artículos 403 a 405 del Código Penal. Sostiene "Según la doctrina dominante, el acto de complicidad puede tener lugar en cualquier momento durante el comportamiento del autor: desde los actos preparatorios hasta la consumación, y en algunos delitos hasta el agotamiento. (...) Además, hay que tener en cuenta que la complicidad en el acto de agotar el hecho punible consumado sólo concierne a los delitos caracterizados por un ánimo especial (obtener un provecho, en el caso del delito de hurto o de estafa), pero no, por ejemplo, a los delitos instantáneos como el homicidio. Así lo juzgó ya la Corte Suprema (...) afirma que "el acto de complicidad no puede darse después de consumado el delito, sino

---

<sup>27</sup> Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal .Parte General I . Editora Jridica Grijley E.I.R.L -2005 . Pagina 896-897.

<sup>28</sup> Hurtado Pozo, José. Idem. Pagina 898-899.

<sup>29</sup> Francisco Munoz Conde, ob cit, pag. 465.

tan sólo en la etapa de preparación y de ejecución". En caso de prometerle ayuda al autor, una vez que haya cometido el delito, se habla de complicidad psicológica o intelectual; por ejemplo ayudar al ladrón, conforme a la promesa hecha antes de que cometiera el delito, a transportar los bienes hurtados. 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 [el resaltado es nuestro]. Sin embargo, si su finalidad es, además, la de ocultar dichos bienes (efectos del delito) o la de aprovecharse de los mismos o, la de hacer desaparecer las huellas en detrimento de la acción de la justicia, incurrirá también en el delito de encubrimiento real del artículo 405, en concurso ideal con la de complicidad de hurto. (...) Si el cómplice interviene durante la ejecución de la infracción, no debe hacerlo mediante actos ejecutivos. (...) En efecto, por haber realizado un acto ejecutivo deberían ser considerados (...) como coautores"<sup>30</sup>

**70.** En igual sentido, aborda el tema de la complicidad el tratadista Felipe Villavicencio, señalando "La complicidad no solo implica un aporte material sino que ella también ella puede consistir en un apoyo psicológico (la llamada "complicidad intelectual"). Este aporte psicológico otorgado por el cómplice no debe ser el que haga surgir en el autor la decisión a la realización del hecho, pues en ese caso estaremos ante una instigación. Para que haya complicidad intelectual, la influencia psicológica debe significar un apoyo a la decisión ya tomada por el autor"<sup>31</sup>

**71.** En relación a la intención del cómplice, Hurtado Pozo refiere: "(...) El cómplice debe pues actuar con conciencia y voluntad respecto a la naturaleza de su propia intervención y a la del comportamiento delictuoso que el autor realiza o está a punto de realizar. Por esto, en dogmática se habla también del doble dolo del cómplice, con arreglo al cual el dolo del partícipe debe abarcar el hecho de que su acción aumenta el riesgo de que el delito sea ejecutado, pero no debe, en cambio, conocer en detalle la manera como el autor llevará a cabo el hecho punible. Así, no es indispensable que conozca a la víctima o que sepa con precisión cuándo el autor cometerá la infracción."<sup>32</sup>

**72.** Respecto al momento de la intervención el cómplice y en el caso concreto de enriquecimiento ilícito a nivel jurisprudencial, debemos destacar el recurso de nulidad expedido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República número 2976-2004, de fecha 30 de Diciembre del 2004, donde se ha establecido: "...constituye doctrina unánime que el partícipe puede intervenir en la preparación del hecho o en su ejecución (el cómplice primario sólo puede hacerlo en el momento de preparación – si intervino en

---

<sup>30</sup> Hurtado Pozo, Jose. Idem. Pags, 901-902.

<sup>31</sup> Villavicencio T. Felipe. Derecho Penal. Parte General. Editora Jurídica Grijley. 2007. Pag. 521.

<sup>32</sup> Hurtado Pozo, José Idem. Pag, 904.

la ejecución sería sin duda, coautor), mientras que el cómplice secundario puede intervenir en el delito realizando tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución) [el resaltado es nuestro]; que, en consecuencia, en cuanto a lo cronológico del acto del cómplice su contribución al hecho delictuoso ha de ser anterior o simultánea, en tanto sea útil para la ejecución del plan del autor, pero nunca posterior (...) siendo de significar que la simultaneidad dependerá de que el delito todavía no se haya consumado, circunstancia que a su vez varía de acuerdo con cada estructura típica, y que tiene lugar con el cumplimiento de la totalidad de los elementos del tipo."<sup>33</sup>

**73.** Respecto a la promesa anterior, como supuesto de complicidad primaria, "(...) la intervención esta dada por una promesa anterior, se trata (...) de prestar un[a] ayuda posterior cumpliendo una promesa previa al hecho, de otro modo sería encubrimiento..."<sup>34</sup>

**74.** En el caso del delito de enriquecimiento ilícito, la doctrina al discutirse sobre la posibilidad de sancionar a quienes intervienen para ocultar o disimular el estado de enriquecimiento del funcionario, unos sostienen que no debe admitirse la punición por que estos sujetos participan sólo en el ocultamiento, conducta ajena al acto de enriquecimiento, siendo posible aceptar más bien la sanción por encubrimiento real, y, otros sostienen que estamos ante un caso de complicidad o participación punible. "Conforme al modelo de delito de infracción de deber, si el delito no está consumado porque el autor aún no ha alcanzado el resultado de enriquecimiento, entonces el testaferra podrá ser sancionado como autor si es *intraneus* (no sólo funcionario sino especialmente obligado) o, como ocurrirá en la mayoría de los casos, a título de cómplice si es *estraneus*. Debe pues entenderse que el delito se consuma con el enriquecimiento del funcionario, sin exigirse que sea éste el poseedor o titular formal de los bienes, sólo se exige que el *intraneus* ostente una relación de poder de control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio encubierto, y en consecuencia sobre el sujeto interpuesto, si esa condición no existe o esta en duda, sencillamente no habrá testaferra ni participación criminal [el resaltado es nuestro]. Finalmente, si el delito ya está consumado la responsabilidad del testaferra podrá discutirse dentro de las formas de encubrimiento real del art. 405 del CP."<sup>35</sup>

### **DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA, podemos concluir**

**75.** El delito de Enriquecimiento Ilícito se consuma cuando al autor especial -Funcionario Publico-, consigue enriquecerse, para lo

---

<sup>33</sup> San Martín Castro, Cesar. Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema. Editorial Palestra- 2006. Pag. 651.

<sup>34</sup> San Martín Castro, Cesar. Idem. Pag. 652.

<sup>35</sup> Caro Coria, Dino Carlos. El delito de Enriquecimiento Ilícito. En: Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir- Aspectos sustantivos y procesales. Editores Juristas. Lima, 2002 . Pag. 247 y 248.

cual se exige que ostente una relación de poder de control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio.

- 76.** La complicidad son actos de colaboración para la perpetración de un hecho punible ajeno, de un hecho que le pertenece al autor, a quien el cómplice facilita, allana su fin último.
- 77.** La complicidad solo es posible durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución.
- 78.** En el caso de los actos posteriores a la ejecución, se tiene que la complicidad puede ocurrir si se da la existencia de un pacto o acuerdo previo en el que se plantee el reparto de papeles de los participantes y en el cual los cómplices se comprometen con el autor a ayudarlo en su voluntad criminal de enriquecerse ilícitamente aceptando ser el extrañeo que le van a permitir ocultar su patrimonio, de lo contrario estaríamos frente a un delito de encubrimiento o de lavado de activos.

### **EL THEMA PROBANDUM EN EL CASO CONCRETO PARA DEFINIR LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA CÓMPLICE, EXIGE ACREDITAR:**

- 1.- Determinar la existencia de un autor –funcionario público que se ha enriquecido ilícitamente durante el ejercicio de su cargo.
- 2.- Determinar el grado de contribución del cómplice al hecho del autor, si esta es determinante para la verificación del hecho o no, así como establecer el momento en el que se da esta contribución, ya sea en la etapa de preparación o ejecución.
- 3.- Si es que los cómplices prometieron ayuda al autor, después de la ejecución de la acción ilícita, y en que consistía dicha promesa.

### **ANALISIS DEL CASO CONCRETO.-**

- 79.** De acuerdo a lo precisado líneas arriba, conforme al análisis de los medios de prueba que se ha realizado en forma profusa en la sentencia por mayoría, resulta claro que la conducta atribuida al acusado Jave Huangal, reviste la forma de una acción típica y antijurídica, lo que por cierto permite el pronunciamiento respecto a la cómplice.
- 80.** Siendo ello así, corresponde establecer si la acusada, en su calidad de cómplice, contribuyó a esa conducta típica y antijurídica atribuida a Jave Huangal.

- 81.** Conforme a los términos de la acusación fiscal la acusada Carmen Rivas Luna , como cónyuge y conformante del núcleo familiar del acusado Walter Jave Huangal, aparece interviniendo en depósitos, adquisiciones e inversiones que no se explican en las fuentes de ingresos con la que aquella ha pretendido justificar; denotándose signos exteriores de riqueza , por ende se le atribuye haber concertado, colaborado y contribuido en el proceso de incremento patrimonial establecido respecto al autor, así tenemos que respecto a la acusada ella ha tenido cuentas bancarias, acciones, participación en la adquisición de bienes inmuebles, sus tramitaciones y pagos, denotando evidentemente un acuerdo previo, una adhesión al proyecto delictivo del agente, cual es la de mantener la situación antijurídica conocida, verbigracia el enriquecimiento ilícito, contribuyendo a su disimulo y estabilizando la resolución del hecho con la finalidad de asegurar el resultado.
- 82.** De la prueba actuada se tiene que los campos en los que a decir de la imputación fiscal la acusada Carmen Rivas Luna de Jave habría participado a efectos de contribuir al enriquecimiento ilícito de Jave Huangal son: i) adquisición de bienes (acciones, muebles e inmuebles); ii) celebración de su persona de distintos actos de explotación comercial (arrendamientos); y (iii) titularidad de su persona en cuentas mancomunadas con su cónyuge, cuyo origen se encuentra relacionado a los dineros mal habidos del primero.
- 83.** Resulta claro pues que la conducta de adquirir bienes, aperturar cuentas mancomunadas, supervisar y monitorear negocios constituyen actos pos consumativo al delito de enriquecimiento ilícito atribuible a Jave Huangal, en el entendido que estas acciones se realizaron con dineros que ya formaban parte del patrimonio de este, sobre los cuales ya ejercía dominio, prueba de ello es que permitió que estos sean utilizados e invertidos en bienes, depósitos bancarios y negocios, en los que intervino su cónyuge. De esta manera su conducta no se adecua a la tipicidad de la complicidad que exige, como ya ha sido precisado, que se de ya sea durante la preparación o ejecución del delito.
- 84.** Ello sin embargo no es óbice para determinar si en esta conducta existió o no una promesa anterior de parte de Carmen Rivas Luna de Jave para con su cónyuge a fin de participar con posterioridad al incremento patrimonial. Las pruebas que se han actuado no nos llevan a esa convicción, conforme a lo señalado por la Suprema Corte en el Recurso de Nulidad tantas veces aludido 2976-2004, la sola referencia al vínculo de parentesco, aun cuando muy estrecho, en este caso el de cónyuge, no permiten deducir unívocamente que esos actos, de adquisición de bienes y cuentas bancarias, constituye la concreción de promesas previas, mas aún si a criterio de la suscrita no concurren prueba suficiente que nos lleven a esa conclusión.
- 85.** Respecto a las cuentas bancarias, es preciso acotar que la suscrita, conforme al presente voto, ha sostenido sus discrepancias

respecto a la no consideración de fuentes legítimas los conceptos de chofer, gasolina y mayordomo en el caso del acusado Walter Ramón Jave Huangal, además de ello se ha señalado que si bien en el tema de los viáticos este último no estaba facultado para ingresar esos conceptos a su patrimonio, sin embargo también se ha indicado que dicho rubro no puede ser tomado como una fuente ilícita a efectos del delito de enriquecimiento Ilícito, al haberse identificado precisamente la conducta reprochable que da origen a dicha fuente. En ese sentido la suscrita encuentra que por lo menos hay una parte, dentro de los depósitos que se encuentra justificado y que estaría exento del presente análisis, sin embargo habría otro tanto que efectivamente carece de justificación. Aclarado ello, debemos precisar que de acuerdo a la imputación fiscal ya señalada, el dinero que ingreso a las cuentas bancarias tiene su origen en Jave Huangal, quien por propia decisión y ejerciendo dominio sobre dicho dinero, que ya formaba parte de su patrimonio, dispuso de éste, no concurriendo en este caso, tampoco pruebas de que haya existido una promesa anterior de parte de Carmen Rivas Luna de Jave.

**86.** No obstante ello, y más allá de nuestros reparos en torno a que el delito sub exámine pueda ser connotado como de consumación permanente lo que desde nuestra perspectiva imposibilita una complicidad a través de comportamientos de ocultamiento; peor aún, de la prueba actuada lo que se aprecia es que la antes nombrada en cada uno de aquellos actos patrimoniales no ha intervenido para efectos de disimilar dicho incremento patrimonial, esto es, introduciendo los bienes como activos de personas jurídicas que tiendan un manto de titularidad aparente a aquellos bienes, y con lo cual se pueda inferir algún tipo de ocultamiento. Todo lo contrario, lo que se observa es que la acusada ha practicado dichos actos a título de persona natural siendo por demás visible su participación en el incremento patrimonial generado por su esposo, empero, sin que puedan identificarse cabalmente actos específicos que denoten haber ella condicionado o viabilizado la perpetración de dicho enriquecimiento.

**87.** Si ello es así corresponde absolver a la acusada de la imputación por complicidad del delito de enriquecimiento ilícito atribuido a Jave Huangal, en su oportunidad, en aras de respetar el principio de legalidad<sup>36</sup> que guarda directa relación con la seguridad jurídica que inspira nuestro Estado de Derecho.

**POR LOS CONSIDERANDOS EXPUESTOS:** mi voto es que:

1.- Se considere como ingreso a favor de la persona de Jave Huangal lo percibido por concepto de combustible, chofer y mayordomo durante el periodo de investigación.

---

<sup>36</sup> El principio de legalidad es aquel principio que exige al Juez verificar que la conducta desplegada por el procesado se subsuma en el tipo penal que se le imputa, debiendo estar presente todos y cada uno de los elementos que lo conforman para que pueda catalogarse como delictiva. En: Código Penal en su jurisprudencia. Sentencias vinculadas con los artículos y figuras jurídicas del Código Penal. Editorial Gaceta Jurídica- Primera Edición Mayo 2007. Pag. 18

2.- Que, el concepto por beneficios derivados de los cambios de colocación no sean considerados como fuente del delito de enriquecimiento ilícito por corresponder a un delito específico.

3.- Se absuelva de la acusación fiscal a la acusada Carmen Rivas Luna de Jave.

HILDA PIEDRA ROJAS  
Vocal Superior