

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", "Caso Yanqui", "Caso Jave" y "Caso Cano", 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. 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 "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." ¹

NATURALEZA DEL DELITO.

3. El artículo 401 del Código Penal contiene un delito de los denominados "de infracción de deber", criterio que la suscrita comparte, esto es, aquellos delitos en los que no se trata de preservar un bien ajeno de los efectos del propio ámbito de organización, sino de garantizar la propia existencia del bien en general o bien contra determinados peligros, solidariamente². La defraudación de la expectativa no se realiza con la creación de un

¹ 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.

² JAKOBS, Gunther, Derecho Penal. Parte General, trad. Cuello Contreras/Serrano Gonzáles de Murillo, 2º Ed., Madrid, Marcial Pons, pp.52.

riego prohibido, sino con el incumplimiento de un deber que surge de un status determinado. Existe una relación positiva entre autor y el bien protegido³, que da lugar al surgimiento de deberes de protección y favorecimiento del bien colocado dentro de la esfera jurídica de la persona especialmente obligada, quien no solo debe abstenerse de dañarlo, sino que debe velar por su integridad frente a cualquier amenaza de peligro de lesión⁴.

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 consuma en la circunstancia en que exista un incremento significativo y (...) en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto el desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público".

SOBRE LA CONDUCTA PROHIBIDA.-

5. Podría aseverarse, liminar mente, 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 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 aquella 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.

³ JAKOBS, Gunther, Derecho penal, PG, ob. Cit. 1027.

⁴ GARCÍA CAVERO, Percy, La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa - Criterios de imputación, Barcelona, J.M. Bosch, 1999, p. 43.

- 9.** Esta significación dada a la acción contenida en el tipo penal objetivo se ve reforzada por la Convención Interamericana contra la Corrupción⁵, que en su artículo IX⁶, al calificar el incremento del 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

⁵ <http://www.oas.org/Juridico/spanish/Tratados/b-58.html>

⁶**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”

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 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 (...)⁷. La frecuencia e intensidad con que los funcionarios

⁷ Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEZ, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 204.

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)⁸ 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 público corrupto, a quien no puede probarse la comisión de otro delito contra la Administración Pública susceptible de enriquecer su patrimonio⁹, 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 probatoria¹⁰.

16. En la doctrina Nacional se reconoce también el carácter subsidiario o complementario de la norma¹¹; estamos pues, ante un tipo residual auténtico¹², y de esta manera, no es posible que concorra con figuras delictivas afines¹³. 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.¹⁴

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.

⁸ Marcelo A. Sancinetti, El delito de Enriquecimiento Público de Funcionario Público, 2° ed., Buenos Aires Argentina, p.17.

⁹ William Rene Parra Gutiérrez, Delitos contra la Administración Pública, Ediciones Librería del Profesional, Bogota, Colombia, 1988, p. 164.

¹⁰ Alfonso Gómez Méndez, Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogota, Colombia, 2000, p. 255.

¹¹ Fidel Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, Perú, 2001, p. 466.

¹² Manuel Abanto Vásquez, Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Palestra Editores, Lima, Perú, 2001, p. 484.

¹³ Manuel Frisancho Aparicio y A. Raúl Peña Cabrera, Delitos contra la Administración Pública, Editora FECAT, Lima, Perú, 1999, p. 358.

¹⁴ Víctor Prado Saldarriaga. Todo sobre el Código Penal, Tomo I, Ideosa, Lima Perú, 1996, p.291.

MOMENTO DE LA CONSUMACIÓN

- 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.
- 20.** Esta Sala Penal en la sentencia recaída en el Expediente 27-2002-SPE/CSJL¹⁵ 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, Pág. 33 -34), posición que siguió la Sala cuando expidió sentencia en el ya citado Expediente número 010-2001/SPE-CSJ (vigésimo considerando).”¹⁶
- 21.** La Suprema Corte al respecto se ha pronunciado en el RN No.2976-2004 precisando “...figura penal, exige que el funcionario o

¹⁵ 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.

¹⁶ 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”.

servidor público, 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 control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio”.¹⁷

22. En igual sentido esta Sala Penal en la sentencia recaída en el Expediente 27-2002¹⁸ del 23 de Octubre del 2008, señaló “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 consuma 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. Gálvez 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

¹⁷ San Martín Castro, Cesar. Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema. Editorial Palestra. Lima 2006. Pág. 651.

¹⁸ 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.

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”¹⁹

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, el punto de discordia en la presente sentencia es, en el caso de los acusados Luis Alberto Cubas Portal y Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón, lo relativo a las asignaciones percibidas por combustible, mayordomo, chofer y demás conceptos recibidos por cambios de colocación; así como la fundamentación en relación a la absolución de las cómplices Karelia Montesinos de Cubas, Blanca Edith Villavicencio Corvacho y Rosa María Indacochea Villavicencio y la orden de decomiso de las cuentas y otros títulos financieros que en las instituciones bancarias se encuentren a nombre de los ahora condenados Cubas Portal e Indacochea Ballón.

TERCERO:

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 de acciones que contravienen el correcto ejercicio de la función pública.
- 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

¹⁹ Gálvez Villegas, Tomás Aladino. Delito de Enriquecimiento Ilícito. Editorial IDEMSA-Lima. Perú 2001. Pág. 121, 122, 123 y 124.

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 LOS ACUSADOS LUIS ALBERTO CUBAS PORTAL y CARLOS EDUARDO ALEJANDRO INDACOCHEA BALLON 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 al interior y exterior del País, el presente pronunciamiento en discordia se 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.

ANÁLISIS SOBRE LA "DOTACIÓN DE COMBUSTIBLE", "CHOFER" y "MAYORDOMO" OTORGADOS A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICIALES.

- 30.** El Ministerio Público sobre el tema, al formular su requisitoria oral señala en relación a Cubas Portal, que durante "el periodo del año noventa y dos al dos mil según planillas de pagos, percibió la suma de ciento cinco mil ochocientos dieciocho punto setenta y nueve nuevos soles como sueldo neto; conforme se aprecia de fojas doscientos seis a fojas doscientos cincuenta y nueve del anexo ciento veintitrés, por el fondo de indemnización y retiro percibió la suma de dieciocho mil novecientos sesenta y cinco nuevos soles (...) recibiendo (...) una suma total de ingresos remunerativos lícitos del orden de ciento veinticuatro mil setecientos ochenta y tres punto setenta y nueve nuevos soles" Reconoce que Cubas Portal en calidad de beneficios y goces percibió "la suma de doscientos cincuenta y siete mil novecientos setenta y tres punto treinta y un nuevos soles conformados por los siguientes conceptos, chofer cincuenta y nueve mil veintidós punto veinticinco nuevos soles, mayordomo cuarenta y un mil doscientos noventa y nueve punto sesenta y cinco nuevos soles y combustible la suma de ciento cincuenta y siete mil seiscientos cincuenta y uno punto veinte nuevos soles (...) cuyos otorgamientos están debidamente acreditados" ; sin embargo

sostiene la parte acusadora "que estos beneficios y goces fueron otorgados en servicios, por tanto al no existir documento alguno que justifique que estos beneficios se hayan entregado en dinero en efectivo (...) establecemos que no contribuyen a la generación de ahorros o de riqueza a su favor ..." Con respecto a Carlos Eduardo Indacochea indica que "de conformidad al documento remitido por el Ministerio de Defensa que durante el periodo noventa y dos al dos mil, según planillas de pagos percibió la suma de noventa y siete mil noventa y ocho punto sesenta y un nuevos soles como sueldo neto, conforme a los documentos de fojas trescientos doce a trescientos sesenta y cinco del anexo ciento veintitrés, asimismo, en lo atinente al fondo de indemnización y retiro llamado FIR, percibió la suma de dieciocho mil novecientos treinta y siete nuevos soles, recibiendo en consecuencia la suma de total de ciento dieciséis mil treinta cinco punto sesenta y un nuevos soles" Sobre los beneficios y goces señala que percibió "la suma de doscientos sesenta y siete mil cuatrocientos dieciséis punto setenta y tres nuevos soles, los cuales están conformados por los conceptos de chofer por la suma de cincuenta y seis mil setenta y ocho punto setenta y un nuevos soles, mayordomo - cincuenta y un mil doscientos veintinueve punto veintidós nuevos soles, por combustible la suma ciento sesenta mil ciento ocho punto ochenta nuevos soles, conforme se puede apreciar en fojas veinte mil cuatrocientos noventa y tres a veinte mil cuatrocientos noventa y siete del tomo treinta y cinco, beneficios estos últimos cuyos otorgamientos están debidamente acreditados a través de los alcances del Decreto Supremo número cero trece-setenta y seis-CCFFAA (...) la Fiscalía, de conformidad a las normas ya citadas advierte que los beneficios y goces fueron otorgados en servicios, por lo que al no existir documentos (...) que justifique que estos beneficios se hayan entregado en dinero en efectivo, establecemos que los mismos conceptos no contribuyen a la generación de riqueza o de ahorro a favor del acusado Indacochea"

- 31.** Los procesados Cubas Portal e Indacochea Ballón al exponer en sus alegados finales - última palabra- y en ejercicio de su defensa material reiteraron sus dichos de haber percibido los conceptos- gasolina, mayordomo y chofer- , como lo hacen todos los oficiales del ejército, siendo parte de sus ingresos y ahorros.
- 32.** 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.

- 33.** 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.
- 34.** 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.

- 35.** 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.
- 36.** 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.
- 37.** 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.

38. 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 ²⁰, 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 tiene como fin mejorar las remuneraciones de los miembros policiales y ejército.

39. Asimismo, debe entenderse que el fin de esta asignación, conforme lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial No. 50²¹, mas allá del cumplimiento de una misión

²⁰ 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."

²¹ 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

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 trabajadores²², 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.

- 40.** 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"²³, 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 los encausados Cubas Portal e Indacochea Ballón percibieron los beneficios objetos de análisis, conforme fluye de la documentación glosada por el Titular de la Acción Penal en su requisitoria oral, ascendentes para **el primero** por concepto de combustible la suma de ciento cincuenta y siete mil seiscientos cincuenta y uno punto veinte nuevos soles y por concepto de chofer el monto de cincuenta y nueve mil veintidós punto veinticinco nuevos soles - ver fojas siete mil trescientos noventa y uno a siete mil trescientos noventa y tres del tomo trece- y para **el segundo** por concepto de chofer la suma de cincuenta y seis mil setenta y ocho punto setenta y un nuevos soles y por combustible la suma de ciento sesenta mil ciento ocho punto ochenta nuevos soles- ver fojas veinte mil cuatrocientos noventa y tres a veinte mil cuatrocientos noventa y siete del tomo treinta y cinco-²⁴, es razonable considerarlos como ingresos a favor de los citados a fin de justificar sus gastos y patrimonio, pudiéndose advertir que han sido debidamente cuantificados, y reconocidos por las autoridades del Ejército Peruano como el propio Ministerio Público, por lo que resulta perfectamente válido que sean

misión asignada, constituyendo en esencia un complemento a los bajos ingresos percibidos por el personal militar y policial".

²² 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

²³ Avalos Jara, Oxal Víctor. Precedentes de observancia obligatoria en materia laboral de la Corte Suprema. Editorial Jurídica Grijley EIRL. Edición 2008. Pag. 116.

²⁴ Beneficios que también se encuentran cuantificados en las Pericias realizadas por los peritos Americo Revilla Fernández y Miguel Manrique Bernal.

cuantificados y como tales repercuten en el ahorro de los beneficiarios.

- 41.** 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.²⁵ 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.
- 42.** 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 penal²⁶, confirmándose con ello su reconocimiento como ingresos lícitos.
- 43.** Por tanto, la libre disponibilidad de tales conceptos por parte de Cubas Portal e Indacochea Ballón 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.
- 44.** En relación al beneficio de Mayordomo, 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 glosada por el Señor Fiscal Superior en su requisitoria oral se tiene que lo percibido por **Cubas Portal** asciende a cuarenta y un mil doscientos noventa y nueve punto sesenta y cinco nuevos soles – ver fojas siete mil trescientos noventa y uno a siete mil trescientos noventa y tres del Tomo trece y lo recibido por **Indacochea Ballón**

²⁵ <http://www.sunat.gob.pe/legislación/oficios/2001/oficios/i1552001.htm>

²⁶ 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.

es cincuenta y un mil doscientos veintinueve punto veintidós nuevos soles – ver fojas veinte mil cuatrocientos noventa y tres a veinte mil cuatrocientos noventa y siete del tomo treinta y cinco-.

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

- 45.** La sentencia que se da cuenta no reconoce al acusado Cubas Portal como ingresos lo percibido por (1) "Cambio de Colocación", (2) "Servicios Al Exterior Taiwan" (3) "Servicios al Exterior Chile .Gastos de Traslado" (4) "Servicios al exterior Chile. Gastos de Retorno" (5) "Comisión de Servicios-EEUU" – concordar cuadro "CONCEPTO REMUNERATIVOS CONSIDERADOS COMO FUENTE DE INGRESO" que nos remite a fojas 94,520 a 94527 y el cuadro consignado en el punto "Conclusiones", todos ellos en la Sección Sexta "ANÁLISIS PROBATORIO EN TORNO A LOS ACUSADOS LUIS ALBERTO CUBAS PORTAL /KARELIA MONTESINOS DE CUBAS" Capitulo I –Parte I . 1.1. FUENTES DE INGRESOS CONTROVERTIDOS.- 1.1.1 Ingresos Remunerativos y demás conceptos que el acusado Luis Alberto Cubas Portal alega haber sido recibidos del Ejército Peruano.
- 46.** En igual sentido a Indacochea Ballón tampoco se le reconoce los ingresos que como Oficial del Ejército recibió por conceptos de cambios de colocación y viajes al extranjero en comisión de servicios (Bolivia, Ecuador, Grecia, Colombia y Venezuela). El Ministerio Público en su requisitoria oral señala que , "el acusado (...) en el periodo noventa y tres al noventa y siete , percibió la suma de treinta y ocho mil sesenta y tres punto sesenta y nueve nuevos soles por concepto de viáticos por cambios de colocación, a saber los destinos de Huancavelica , Arequipa, Trujillo, Lima (...) sin embargo (...) es para asumir gastos de instalación, equipajes, badajes , por traslados dentro del territorio nacional , tanto del acusado como su familia, es decir, dinero que debía utilizarse, caso contrario debía devolver (...) no habiendo sucedido este caso se entiende que se utilizó (...) en su integridad y (...) no generó ahorro alguno al acusado Carlos Indacochea ..." Por su lado la pericia de parte alega como sustento una copia de respuesta emitida por el Jefe de COPERE - Comando de Personal del Ejército de fojas treinta y dos mil noventa y cuatro y treinta y dos mil noventa y cinco del Tomo cincuenta y tres alegando que estos pagos son de libre disponibilidad. Sobre los viáticos recibidos por los viajes al exterior a la ciudad de la Paz, el Fiscal Superior refiere "viáticos por mil quinientos dieciocho dólares el perito de parte no analiza que este tipo de pagos, estos tipos de desembolsos en otras palabras, que efectuó el Estado a todo funcionario con el fin de cubrir gastos de alimentación, hospedaje, movilidad local y pago de impuestos".
- 47.** Conforme lo señala la pericia realizada por Americo Revilla Fernández y Miguel Manrique Bernal, la percepción de estos ingresos están acreditadas y documentadas mediante la información

proporcionada por el Ministerio de Defensa , el Centro de Informática del Ejército y la Jefatura del Comando de Administración del CGE.

- 48.** Al ser interrogados los encausados sobre la percepción de estos ingresos – viáticos- han sido reiterativos en sostener que les eran entregados previa firma de planillas y eran de libre disponibilidad al no rendir cuentas de su utilización, no estando sujetos a devolución, reconociendo que al no gastarlo constituían parte de sus ahorros.
- 49.** Sobre este tema, debemos precisar que lo percibido por dicho concepto no tiene fines remunerativos ni puede ser considerado como un ingreso de libre disposición, en tanto, existe una normatividad que dispone expresamente sus objetivos y formas de ejecución, otorgándose en casos muy específicos, no dándose en forma generalizada a todos los oficiales del Ejército ²⁷ ; por lo que,

²⁷ La normatividad sobre el tema de viaticos es la siguiente: La Resolución Ministerial N° 567 GU/EC del 14 de abril de 1981^[27] aprobó la **Disposición Administrativa N° 121**^[27], la que denominada "**Pago de Pasajes, Bagajes, Indemnización de Viaje y Gastos de instalación dentro del territorio nacional**", entre otros aspectos, preceptúa lo siguiente:

"... **(1). OBJETO Y ALCANCE:** **a).** Normar los aspectos referentes al pago de asignaciones de viaje; pasajes, flete por bagaje, indemnización de viaje y gastos de instalación al personal del Ministerio de Guerra dentro del Territorio Nacional. **b).** Las prescripciones de la presente disposición serán aplicadas al siguiente personal: **1.** Oficiales (...) **5.** Familiares inscritos en el Registro de Familia y que tienen a la fecha en que se realiza el movimiento del titular, derechos reconocidos por la AGE para los efectos de percibir Asignaciones de Viaje (...). **(2). FINALIDAD:** **a).** Hacer conocer las disposiciones que rigen actualmente sobre trámites y asignaciones de viaje para el personal militar y civil del Ejército. **b).** Establecer cuál es el personal que tiene derecho a percibir estos conceptos en concordancia con las disposiciones legales reglamentarias (...). **(3). NORMAS GENERALES:** **a).** El Personal Militar y Civil del Ministerio de Guerra y sus familiares inscritos en el Registro de Familia, tiene derecho, en las condiciones que se especifican en la presente Disposición Administrativa, a asignaciones de viaje cuando deban desplazarse de una guarnición a otra del territorio de la República por las razones siguientes **1.** Cambio de Colocación o Destaque del Titular (...) **b).** El derecho al percibo de asignación de viaje se pierde en los casos siguientes: **1.** Por permuta de colocación entre los interesados; **2.** Por vacaciones, permisos o licencia para atender asuntos particulares; **3.** Cuando se es inculpaado y se tiene que comparecer ante los Tribunales comunes o privativos; o su cambio de situación sea por medida disciplinaria; (...) **5.** Por pase a Disponibilidad o Cese Temporal a su solicitud; **c).** Los criterios a tener en cuenta para el otorgamiento de las Asignaciones de Viaje son los siguientes: **1.** Rapidez en el desplazamiento del personal; **2.** Economía en los gastos; **3.** Confort que ofrezcan los medios de transporte disponibles; **4.** La situación actual de la infraestructura de transportes en las guarniciones militares o en las rutas disponibles. **d).** Los conceptos a que se refiere la presente disposición administrativa se abonarán para los familiares siempre y cuando éstos viajen al lugar de destino del titular en los tres primeros meses; en caso contrario, deberá revertir los fondos recibidos. Los Comandos respectivos quedan encargados de su cumplimiento. **e).** En el caso de que los Comandos del Ejército proporcionen medios para el transporte de sus servidores (militares y civiles) y sus familiares, así como

de su bagaje se abonarán solamente los conceptos correspondientes a indemnización de viaje y gastos de instalación. **f).** Si el desplazamiento de personal es muy urgente, por cualquier situación imprevista la Unidad Ejecutora de origen proporcionará los fondos para gastos de asignación de viaje y solicitará la regularización a COPERE, si es que el movimiento corresponde ser atendido con fondos del Presupuesto Analítico (...) **g).** Si por razones de orden personal el interesado solicita emplear una ruta diferente a la establecida, el mayor gasto será por su cuenta (...) **h).** Los reclamos sobre conceptos no procesados en el CINFE los efectuarán las UU/EE de origen por conducto regular a COPERE. Los reclamos por errores de itinerario o menores abonos con respecto a las tarifas vigentes los realizarán los interesados mediante solicitud por conducto regular. Para los fines de la presente Disposición Administrativa entiéndase por "tarifa vigente" el costo del pasaje o flete por bagaje considerado en las tablas autorizadas por el Ejército (...) **i).** El personal que por razones del servicio sea destacado de una Guarnición a otra por un periodo máximo de (6) meses, sólo tendrá derecho a pasajes e indemnización de viaje para el titular. **j).** Los movimientos de personal causados por comisiones del servicio, citación ante los tribunales y licenciamiento al término del SM, no dan derecho a flete por bagaje ni gastos de instalación (...) **(4).** **PASAJES: a).** Los pasajes se otorgarán por vía aérea, terrestre o cualquier otra vía, de conformidad con las tarifas vigentes y los itinerarios establecidos por el Ejército (...) **b).** Cuando el personal militar y civil viaje en comisión del servicio constituyendo un equipo, utilizará los mismos medios de transporte; (...) **(5).** **FLETE POR BAGAJE: a).** Se entiende por bagaje el conjunto de muebles, enseres y efectos personales del Titular y familiares que deben ser transportados al nuevo destino y que exceden el peso de equipaje que está incluido dentro del costo del pasaje. **b).** Se otorgará dicho flete por vía terrestre, marítima o fluvial según las tarifas vigentes y de acuerdo a la escala de peso que figura en el Anexo 01 (...) **(6).** **INDEMNIZACIÓN DE VIAJE: a)** Es el monto que se entrega al titular con el fin de ser empleado en alojamiento y subsistencia. Esta asignación se abonará de acuerdo a lo especificado en la tabla que aparece en el Anexo 02 (...); **(7).** **GASTOS DE INSTALACIÓN: a).** Se entiende por gastos de instalación los que irroga el establecer en el nuevo lugar de residencia (...) **(8).** **PRESUPUESTO ANALÍTICO A CARGO DE LOS CUALES SE ATENDERÁN LOS PAGOS: a).** Con el Presupuesto Analítico del Programa Económico del Ejército se atenderán los requerimientos generados por movimiento de personal a realizarse por las razones siguientes: **1.** Cambios de colocación aprobados por la Superioridad; **2.** Destaques ordenados por el Comandante General del Ejército (...) **(9).** **RESPONSABILIDADES DE LAS DEPENDENCIAS Y LOS USUARIOS: (a).** **De las dependencias:** En la gestión y pago de las asignaciones de viaje intervienen las siguientes dependencias COPERE, DIPLANO, DIRIN, HMC, AGE, CINFE, DIECO y UU/EE realizando las actividades que se indican a continuación: **1).** **En la gestión de las asignaciones de Viaje: a.** COMANDO DE PERSONAL (COPERE) **1.** Como Órgano Rector del Sistema de Personal del Ejército tiene la responsabilidad del planeamiento, dirección y control de las actividades de gestión de Asignaciones de Viaje para el personal del Ministerio de Guerra que por distintas razones deba desplazarse de una guarnición a otra; **2.** Centraliza toda la información que se requiere para la gestión y es la única entidad del Ejército autorizada a gestionar fondos para el pago de asignaciones a que se refiere el párrafo 3.a. en relación con el párrafo 8.a de la presente Disposición Administrativa. **3.** Sólo gestionará el pago de las asignaciones de viaje cuando éstas han sido debidamente autorizadas por el Comandante General del Ejército; **4.** Mantendrá actualizados los cuadros de itinerarios; así como los costos reales de los pasajes y fletes por bagajes, de acuerdo a las tarifas vigentes, (...) **c.** DIRECCION DE PLANES Y OPERACIONES (DIPLANO): Proporciona a COPERE la información sobre movimiento de Unidades de una Guarnición a otra, a fin de que proceda a gestionar los fondos necesarios para que se efectúe el movimiento de personal; **d.** AYUDANTIA GENERAL DEL EJERCITO (AGE)

Proporcionar al CINFE la información necesaria sobre la carga de familia del personal del Ministerio de Guerra que permita mantener permanentemente actualizado el archivo automático de dicho centro; (...) **f. DIRECCION DE ECONOMIA (DIECO):** **1.** Programar en el año fiscal correspondiente la asignación de recursos financieros que requieren las actividades de movimientos de personal; **2.** Fiscalizar desde el punto de vista presupuestal y/o financiero para su aprobación o devolución en el caso de que hubieran observaciones, los Proyectos de Resolución Directoral de pago (...) **(b). De los Usuarios:** **1.** Al recibo de los conceptos por Asignaciones de Viaje que le son abonados por la U/E procederán a su verificación con el objeto de determinar su conformidad. En caso necesario procederán a hacer su reclamo por conducto regular a COPERE; **2.** Si por alguna razón recibieran los conceptos de Asignaciones de Viaje en un monto superior al que legalmente les corresponde procederán a la devolución del exceso a su Oficina Pagadora dentro de las 48 horas siguientes al pago; **3.** En el caso de no realizarse el viaje por alguna razón habiendo recibido los conceptos de Asignaciones de Viaje deberán devolver éstos a su Oficina Pagadora en el término de 48 horas después de haberse confirmado la anulación de viaje...”.

La Resolución de la Comandancia General del Ejército N° 90269 OEE/E-14 del 21 de junio del 2000^[27] aprobó la **Disposición Administrativa N° 05-2000** ^[27], rotulada “Pago de Asignación de Viaje dentro del Territorio Nacional”; la misma que, entre otros aspectos, regula lo siguiente:

“... **SECCIÓN I: GENERALIDADES:** **1. OBJETO:** Dictar normas y establecer procedimientos para la gestión, reconocimiento del derecho y la justificación del pago de las “asignaciones de viaje” (pasajes, viáticos, flete por bagajes y gastos de instalación); para el Personal Militar y Civil del Ejército, que por razones de servicio viajan dentro del territorio Nacional. **2. FINALIDAD:** **a.** Impartir instrucciones a las EE/EE del Ejército, para una adecuada administración de los recursos inherentes a las Asignaciones de Viaje, del personal del Ejército dentro del territorio nacional; **b.** Uniformar los procedimientos que rigen la gestión de los conceptos referidos al viaje del personal, el reconocimiento de este derecho, el pago y su justificación; **c.** Establecer las responsabilidades de las Reparticiones del Ejército que intervienen en los procesos de gestión, el reconocimiento del derecho así como, el pago de las asignaciones de viaje y rendición de cuentas, de conformidad a las disposiciones legales vigentes; **d.** Facilitar las acciones de control de los diferentes comandos. **3. ALCANCE:** Las prescripciones contenidas en la presente Disposición Administrativa, serán de aplicación obligatoria por las Entidades Ejecutoras y Elementos Dependientes del Ejército (...) **4.BASE LEGAL:** (...) **l.** DL N° 26162 “Ley del Sistema Nacional de Control”; **m.** Ley N° 27209, Nov 99 “Ley de Gestión Presupuestaria”; **n.** Ley de presupuesto del Sector Público; **Sección II. ASIGNACIONES DE VIAJE: 5. DEFINICIONES Y CRITERIOS QUE REGULAN SU ADMINISTRACIÓN:** Las Asignaciones de viaje, se otorgan al personal Militar, civil y sus familiares cuando se desplazan de una Guarnición a otra dentro del territorio y en las condiciones que especifica la presente Disposición Administrativa y comprende los conceptos de **pasaje, viáticos, flete por bagaje y gastos de instalación:** **(a).Pasajes: 1).** Se entiende por pasajes al valor pecuniario que se abona al Personal Militar y Civil del Ejército y a sus familiares directos inscritos en el Departamento de Registro de Personal del COPERE, para que pueda trasladarse por disposición del Comando del Ejército o del comando de la E/E, desde su lugar de origen hasta el de su nuevo destino; (...) **(b).Viáticos: 1).** Es el monto que se paga al Titular militar o civil en tránsito, con el fin de ser utilizado en alojamiento, alimentación y movilidad local; (...) **4).** En los casos en que la Entidad Ejecutora proporcione facilidades de alojamiento y/o alimentación, el pago de viáticos será ejecutado en base a los porcentajes de la escala que figura en el Anexo Único; (...)

(c) Flete por Bagaje 1). Importe que se abona al Titular por el transporte de su equipaje militar, así como el conjunto de muebles, enseres y efectos personales del Titular y familiares que deben ser trasladados al lugar distinto, **2).** A los casados, viudos o divorciados con hijos, inscritos en el Dpto. de Registro de Personal, con sus derechos reconocidos, y que viajen por vía terrestre con el titular, les corresponderá 35 m3; **3).** A los solteros, viudos o divorciados sin hijos, por este concepto les corresponde el valor de dos (2) pasajes por las vías que empleen para su viaje; **4).** El flete por Bagaje se otorgará por vía terrestre y, en caso de que no exista este medio de transporte, se procederá de la manera siguiente: **a.** En primera prioridad, se otorgará por vía aérea, para los lugares donde se pueda llegar por esta vía (Iquitos y Puerto Maldonado) y a los lugares que determine en forma específica el COPERE; **b.** En segunda prioridad, se otorgará por vía fluvial, para los lugares donde se pueda llegar por esta vía y no cuente con servicios de carga aérea; **5).** Para el cálculo del flete por bagaje terrestre, el costo del metro cúbico (M3) a considerar en la Tabla de Fletes según el lugar de destino se establecerá considerando que el factor del costo del flete de 35 M3, equivale al valor del flete terrestre de 20 TM; la tabla de Fletes, será determinada por el COPERE con opinión previa de la OEE y será aprobada por el Señor General de[1] Ejército Comandante General del Ejército; **6).** Para efectuar el cálculo del flete, por bagaje fluvial o aéreo, se fijara en función al peso y se otorgará el valor que corresponda a dos (2) Toneladas Métricas por vía aérea, que es el equivalente a la escala que se otorga para el bagaje terrestre. La aprobación de la tabla resultante seguirá el mismo procedimiento descrito en el párrafo anterior; **7).** Para el caso específico de la Sexta RM, QRM. Pto Maldonado y ZZEE al interior de las Guarniciones Militares, cuyo costo de transporte se fija en función al peso se otorgará el costo correspondiente a dos (2) TM por vía aérea, que es el equivalente a la escala que otorga por bagaje terrestre; **(d). Gastos de Instalación: 1).** Son aquellos gastos que se efectúa el personal militar y civil para que puedan instalarse y establecerse en su nuevo lugar de residencia; **2).** A los casados y a los viudos o divorciados con hijos inscritos en el Dpto. de Registro de Personal con sus derechos reconocidos y que viajen con el Titular, le corresponderá dos (2) Remuneraciones Brutas Totales; **3).** A los solteros, viudos o divorciados sin hijos, les corresponderá una (1) Remuneración Bruta Total; **4).** Se otorgará teniendo en cuenta el promedio de la Remuneración Bruta Total por grados; **5).** Para efectuar el cálculo de este beneficio, se entiende como "Remuneración Bruta Total", a las remuneraciones y bonificaciones de carácter permanente (monto pensionable), que por todo concepto recibe el personal Militar y Civil del Instituto; **6).** El COPERE en coordinación con el CINFE establecerá en el mes de Agosto de cada año la "Tabla Promedio de Remuneración Bruta" del personal y que a su propuesta y con opinión previa de la OEE, será aprobado por el Sr. General Ejército Comandante General del Ejército. (...); **6. FACTORES A TENERSE EN CUENTA PARA EL PAGO DE LAS ASIGNACIONES DE VIAJE:** **a.** Rapidez en el desplazamiento del personal; **b.** Confort que ofrezcan los medios de transporte disponibles; **c.** La disponibilidad de medios de transporte, así como las rutas disponibles dentro del Territorio Nacional. (...)

Sección III. RESPONSABILIDADES ESPECIFICAS: 13. COMANDO DE PERSONAL DEL EJÉRCITO (COPERE): (...) **14. OFICINA DE ECONOMIA DEL EJÉRCITO (OEE): (...)** **19. CENTRO DE INFORMÁTICA DEL EJERCITO (CINFE): (...)** **21. ENTIDADES EJECUTORAS (EE/EE): (...)** **(d) Rendición de Cuentas: 1).** La sustentación del gasto por el pago de Asignaciones de viaje, estará conformada, de acuerdo al caso, por los documentos siguientes: (...) **a.** Para los casos que el pago de la Asignación de viaje, no son con cargo al Ppto de la Entidad Ejecutora: **1.** Cuando la E/E recibe fondos y documentación procesada de la OEE: Orden de pago; Liquidación individual de pago, firmada por el interesado y el oficial Tesorero; Planilla de Pago de Asignaciones de viaje, Firmada por los interesados, Oficial de Personal, Tesorero y Jefe de la E/E; Acta de pago de Asignaciones de viaje firmada por el Tesorero, jefe de Economía y Jefe de la E/E; **2.**

de la prueba aportada y actuada denotan sin margen de duda que Cubas Portal e Indacochea Ballón incumplió la devolución prevista, ello principalmente, en merito de sus propias declaraciones en las que reiterativamente indican que fueron fuentes de ahorro al no ser utilizados para los fines que se les entregó.

Cuando la E/E no recibe documentación procesada de la OEE y tiene que formularla para efectuar el pago: Orden de pago, Planilla de pago firmada por los interesados, Oficial de personal, Ejecutivo y Jefe de la E/E, Acta de pago de Asignaciones de viaje firmada por el Tesorero, Jefe de Economía y Jefe de la E/E; **b.** Para los casos de pago de Asignaciones de viaje realizados con cargo a los presupuestos de las propias EE/EE, la documentación sustentatoria estará conformada por: Orden de pago, Planilla de pago firmada por los interesados, Oficial de personal, Ejecutivo y Jefe de la E/E; **2).** La documentación sustentatoria indicada en los párrafos (1) y (2), se incluirá dentro de la Rendición de Cuentas, que en forma mensual formula la E/E por las operaciones contables y de tesorería que ejecutan y se efectuará de acuerdo al párrafo 19.b (2)d. de la Disposición de la Administrativa N 03-2000 "Información Contable Financiera, Presupuestaria y Rendiciones de cuentas en el Ejército". (...); **22.DIVERSOS: a.** El **Sistema de Inspectoría** del Ejército en sus diferentes niveles, será el encargado de velar por la correcta aplicación de las normas establecidas en la presente Disposición Administrativa, teniendo especial atención al pago de las Asignaciones de viaje, control de las Rendiciones de Cuentas, así como la verificación de las reversiones de los importes no abonados, para lo cual deberá tener en cuenta las responsabilidades establecidas en la Ley del Sistema Nacional de Control..."

El Decreto Supremo N° 005-87 DE/SG del 04 de diciembre de 1987^[27], relativo a las **asignaciones por "Misión Diplomática en el Extranjero"**, establece:

"...**Título I: Misión Diplomática en el Extranjero: Artículo 1°.**- El Personal Militar y Civil de las Fuerzas Armadas destinado a las Agregadurías: Militar, Naval y Aérea de las Misiones Diplomáticas del Perú en el extranjero (...) tendrá derecho a percibir lo siguiente: **(a). Remuneraciones** (...) **(b). Asignaciones de Viaje:** Además de lo indicado en el inciso a), tendrá derecho a percibir en dólares, los siguientes conceptos: **1). Indemnización de Viaje:** (...) Cuando por razones del servicio tenga que viajar a cualquier lugar diferente al de su Residencia Oficial dentro del país de destino, percibirá una asignación diaria de viaje equivalente al 2% de la Remuneración por Servicio Exterior de la República (...) **2). Pasaje:** Tendrán derecho a pasajes de ida y vuelta hasta el lugar de destino: el titular, la esposa, las hijas solteras cualquiera sea su edad, hijos solteros menores de edad y los que teniendo más de 18 años se encuentren siguiendo estudios profesionales (...) **3). Equipaje:** El Personal Militar, y Civil, percibirá en efectivo por concepto de equipaje, tanto en el viaje de ida como en el de vuelta, el equivalente al 50% del valor total de los pasajes otorgados (...) **4). Flete por Bagaje:** El Personal Militar, y Civil, tendrá derecho al embalaje y transporte de su bagaje, tanto en el viaje de ida como en el regreso (...) **5). Gastos de Instalación: a.** Para instalarse en el extranjero, por una sola vez, el 50% de la escala establecida (...) **b.** Para instalarse en el país al término de la Misión lo establecido como gastos de instalación en el dispositivo vigente que regula los derechos del personal al cambiado de colocación dentro del país..."

- 50.** 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.
- 51.** Entonces si existen indicios del ingreso de estos dineros al movimiento económico de Cubas Portal e Indacochea Ballón 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.
- 52.** 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.
- 53.** 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.
- 54.** 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 la falta de verificación del realmente cometido.
- 55.** Por lo que, no deben ser considerados como fuente del delito de enriquecimiento ilícito por corresponder a un delito específico.

CUARTO: EN RELACION A LAS ACUSADAS DE COMPLICIDAD SECUNDARIA COMO SON KARELIA MONTESINOS DE CUBAS, BLANCA EDITH VILLAVICENCIO CORVACHO Y ROSA MARIA INDACOCHEA VILLAVICENCIO.

- 56.** La suscrita participa la decisión de la sentencia por mayoría de absolver a las citadas cómplices. Sin embargo 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”²⁸, 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 de unidad natural de acción, como parte de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de una unidad jurídica de acción”²⁹. 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.³⁰
- 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 los autores del delito de enriquecimiento ilícito, como ya ha sido detallado, consiste en que estos aprovechándose de sus condiciones de oficiales del ejercito se enriquecieron en forma indebida en el periodo peritado (1990 - 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 los autores 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 de los acusados Cuba Portal e Indacochea Ballón, quien abusando de su cargo en la administración publico se han enriquecido indebidamente durante el periodo objeto de acusación, 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 de los mencionados acusados.

²⁸ GUNTER STRATENWERTH, Derecho Penal Parte General I, Hecho Punible, pg.418

²⁹ Jescheck, citado por Santiago Mir Puig, en Derecho Penal , Parte General, pg.657

³⁰ Francisco Munoz Conde, Derecho Penal, Parte General, pg.491.

- 61.** En cuanto al designio criminal, resulta evidente que el objetivo último de los autores del hecho no era otro que incrementar su patrimonio, para ello no dudaron en aprovechar de sus cargos que ostentaban al interior de las fuerzas Armadas en su condición de altos oficiales del ejército.
- 62.** Dentro de la estructura de lo que es un delito continuado, corresponde analizar cual fue el papel que desempeñaron las cómplices citadas, a quienes se les imputa haber participado en el hecho típico y antijurídico atribuido a los mencionados autores, 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"³¹
- 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

³¹ Hugo Álvarez, Jorge B. El delito de enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos. Editorial Gaceta Jurídica. Primera Edición 2007. Pag. 51.

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. (...) Por su parte, los cómplices no deben realizar ningún acto de ejecución comprendido por el verbo principal del tipo legal"³²

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".³³

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"³⁴.

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

³² Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal .Parte General I . Editora Jurídica Grijley E.I.R.L -2005 . Pagina 896-897.

³³ Hurtado Pozo, José. Idem. Pagina 898-899.

³⁴ Francisco Munoz Conde, ob cit, pag. 465.

darse después de consumado el delito, sino 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"³⁵

- 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 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"³⁶
- 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."³⁷
- 72.** Respecto al momento de la intervención del 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 la

³⁵ Hurtado Pozo, Jose. Idem. Pags, 901-902.

³⁶ Villavicencio T. Felipe. Derecho Penal. Parte General. Editora Jurídica Grijley. 2007. Pag. 521.

³⁷ Hurtado Pozo, José Idem. Pag, 904.

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.”³⁸

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...”³⁹

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 *extraneus*. 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.”⁴⁰

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 cual se

³⁸ San Martín Castro, Cesar. Jurisprudencia y precedente penal vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema. Editorial Palestra- 2006. Pag. 651.

³⁹ San Martín Castro, Cesar. Idem. Pag. 652.

⁴⁰ 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.

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 extraneus que le van a permitir ocultar su patrimonio, de lo contrario estaríamos frente a otro delito – podría ser encubrimiento o lavado de activos- .

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

- 1.- La existencia de un autor –funcionario público que se ha enriquecido ilícitamente durante el ejercicio de su cargo.
- 2.- 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 la sentencia que se da cuenta, resulta claro que la conducta atribuida a los acusados Cubas Portal e Indacochea Ballón, reviste la forma de una acción típica y antijurídica, lo que por cierto permite el pronunciamiento respecto a las reputadas cómplices.
- 80.** Siendo ello así, corresponde establecer si las acusadas, en su calidad de cómplice, contribuyó a esa conducta típica y antijurídica atribuida a los mencionados autores.
- 81.** Conforme a los términos de la sentencia que se da cuenta a la acusada Karelia Montesinos de Cubas se le incrimina haber

participado en cuentas bancarias como su cónyuge Luis Alberto Cubas Portal así como en la adquisición de determinados inmuebles como fue el ubicado en la Calle Montemayor por US\$ 405,000 dólares. A Blanca Edith Villavicencio Corpancho se le imputa haber participado en los actos de adquisición llevados a cabo conjuntamente con su cónyuge, el acusado Carlos Indacochea Ballón sabiendo de su procedencia ilícita, incriminándole un comportamiento procesal adhesivo a la estrategia procesal de su coacusado citado al punto de alegar ingresos absolutamente inconsistentes (hasta por US\$ 70,8000) lo que evidentemente revela un evidente compromiso de su persona con los fines ilegítimos del nombrado Indacochea. A Rosa María Indacochea Villavicencio se le acusa de ser titular aparente de su padre, el acusado Indacochea Ballón tanto en la adquisición del inmueble de la Urbanización Las Viñas La Molina (por S/. 42,600) como en el vehículo que también se le atribuye de placa de rodaje AOK-668 (por US\$ 12,000), sabiendo la procedencia ilícita del dinero de su señor padre.

- 82.** En resumida cuenta, lo que se describe en la sentencia que se da cuenta y lo que el Ministerio Público atribuye a las cómplices, es haber participado en cuentas bancarias y adquirido bienes. Si bien en la sentencia que se da cuenta se les absuelve por duda razonable, la suscrita considera que las conductas incriminadas por el Titular de la Acción Penal a las cómplices constituyen actos pos consumativo al delito de enriquecimiento ilícito atribuible a los autores Cubas Portal e Indacochea Ballón, en el entendido que estas acciones se realizaron con dineros que ya formaban parte del patrimonio de estos, sobre los cuales ya los autores ejercía dominio, prueba de ello es que permitió que estos sean utilizados e invertidos en bienes y depósitos bancarios en los que intervinieron las esposas. De esta manera la conducta de las acusadas no se adecua a la tipicidad de la complicidad que exige, como ya ha sido precisado, que la contribución se de ya sea durante la preparación o ejecución del delito.
- 83.** Así mismo de las pruebas actuadas no se puede determinar fehacientemente que existió una promesa anterior de parte de las acusadas para con sus cónyuges en el caso de Karelía Montesinos y Blanca Edith Villavicencio y para con su padre de parte de Rosa María Indacochea, a fin de participar con posterioridad al incremento patrimonial, no siendo suficiente, 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 esposas e hija.
- 84.** Mas aún si se observa que la participación de las acusadas-esposas en dichos actos es por demás visible si la normatividad vigente en materia civil reconoce dentro del matrimonio el "régimen de comunidad de bienes"; por lo que no pudiendo identificar cabalmente actos específicos que denoten haber condicionado o

viabilizado la perpetración de dicho enriquecimiento, deben ser absueltas

Del Decomiso.

85. La sentencia aprobada por mayoría, dispone en el capítulo sobre "Del Decomiso", el decomiso de las cuentas de ahorro, corrientes, y otros títulos financieros que se encuentren en las instituciones bancarias, financieras o de cualquier otra índole, en el país y el extranjero a nombre de los acusados Cubas Portal e Indacochea Ballón.

86. No suscribo tal decisión, por cuanto, estando a la etapa de proceso; como es el dictado de la decisión final que tiene su sustento en todo lo actuado durante el proceso, no puede disponerse, vía una sentencia, un mandato con un contenido abierto e impreciso como es el que se ha glosado textualmente, pues ello importa mantener a los procesados y ahora condenados en una indefinida situación de persecución penal. Siendo así, dicho mandato desborda lo dispuesto en el artículo 285 del Código de Procedimientos Penales. Decisión que no desconoce el derecho de la parte civil de ejercer las acciones pertinentes para el cobro de la reparación civil dentro de lo que permite la normatividad procesal.

POR LOS CONSIDERANDOS EXPUESTOS: mi voto es que:

1.- Se considere como ingreso a favor de la persona de Cubas Portal e Indacochea Ballón lo percibido por concepto de combustible, chofer y mayordomo durante el periodo de investigación.

2.- Que, los conceptos 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.- Asimismo no suscribo la parte del fallo que dispone el decomiso de cuentas de ahorro, corrientes, y otros títulos financieros que se encuentren en las instituciones bancarias, financieras o de cualquier otra índole, en el país y el extranjero a nombre de los ahora condenados Cubas Portal e Indacochea Ballón.

HILDA PIEDRA ROJAS
Vocal Superior

