

Pontificia Universidad Católica del Perú
Facultad de Derecho



Informe Jurídico sobre el Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima

La atribución de la responsabilidad penal a los *extranei* por la comisión del delito de Enriquecimiento Ilícito, en concordancia con el momento de su actuar a lo largo del iter criminal y la existencia de un *pactum sceleris*

Trabajo de suficiencia profesional para obtener el título de **Abogada**

Autor

Dora Lucia Yaringaño Campos

Revisor

Chanjan Documet, Rafael Hernando

Lima, 2021

Resumen

En el presente informe jurídico se busca determinar el tipo de consumación que se produce en el delito de Enriquecimiento ilícito, así como la posible atribución de responsabilidad penal a los terceros (*extranei*) que intervengan y colaboren con la realización del ilícito. Sumado a ello, se analizará la figura jurídica del acuerdo previo o *pactum sceleris* y las implicancias que el mismo pueda tener en la atribución de la responsabilidad penal a los acordantes. Es así que se hará uso del método de investigación en base a la doctrina existente y los pronunciamientos jurisprudenciales que resulten relevantes. En ese sentido, se demostrará que, según los hechos narrados en el recurso *sub examine* (Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima), la Corte Suprema debió optar por atribuir responsabilidad penal a la esposa e hijas de un ex General del Ejército Peruano (funcionario público). Ello en cuanto se está ante un delito residual, comisivo de consumación permanente y, las *extranei*, mediante el despliegue de diversas acciones y transacciones financieras (complicidad material y psíquica), colaboraron en la realización del delito de Enriquecimiento ilícito, aunado a que también se habría incurrido en la realización, en conjunto con el funcionario público, de un acuerdo previo o *pactum sceleris*.

This legal report seeks to determine the type of consummation that occurs in the crime of illicit enrichment, as well as the possible attribution of criminal responsibility to third parties (*extranei*) who intervene and collaborate with the carrying out of the crime. In addition to this, we will analyze the legal status of the “prior agreement” or “*pactum sceleris*” and the implications that it may have on the attribution of criminal responsibility to the third parties. Thus, the research method will be used based on existing doctrine and relevant jurisprudential pronouncements. In this sense, it will be demonstrated that, according to the facts narrated in the *sub-examine* appeal (Recurso de Nulidad N ° 2976-2004-Lima), the Supreme Court should have chosen to attribute criminal responsibility to the wife and daughters of a former Army General Peruvian (public official). This insofar as the illicit enrichment is a residual crime, it’s commission is of permanent consummation and, the *extranei*, through the deployment of various actions and financial transactions (material and mental complicity), collaborated in carrying out the crime of illicit enrichment, coupled with the fact that they would have incurred in the execution, in conjunction with the public official, of a prior agreement or *pactum sceleris*.

Índice de contenido

Dedicatoria	
Agradecimientos	
Resumen	
Índice de contenido	
1. Introducción	1
2. Justificación de la elección de la resolución.....	2
3. Hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución.....	3
4. Identificación de principales problemas jurídicos.....	5
a. Elementos típicos y naturaleza del delito de Enriquecimiento ilícito.....	5
b. Atribución de responsabilidad penal a los <i>extranei</i>	5
c. Determinación de la fase de intervención de terceros en la comisión del delito.....	5
5. Análisis del caso.....	6
a. Determinación de los elementos típicos y la naturaleza del delito de Enriquecimiento ilícito.....	6
i. Regulación normativa al momento de los hechos y regulación normativa actual.....	6
ii. Elementos típicos del delito de Enriquecimiento ilícito.....	8
1. Sujetos intervinientes en el delito.....	8
2. Relación funcional y abuso del cargo...9	
3. Incremento patrimonial.....	9
4. Ilícitud del enriquecimiento.....	10
5. Actuar doloso del sujeto activo.....	11
iii. Determinación del bien jurídico protegido.....	12
iv. Estándar probatorio del delito de Enriquecimiento ilícito.....	13
v. La naturaleza subsidiaria del delito de Enriquecimiento ilícito.....	15

vi. La consumación del delito del delito de Enriquecimiento ilícito.....	16
1. Definición de la fase de consumación...	16
2. Tipos de consumación.....	17
a. Concepto de delito de consumación instantánea.....	17
b. Concepto de delito permanente.....	17
c. Concepto de delito continuado.....	18
3. El delito de Enriquecimiento ilícito como delito permanente.....	18
b. Atribución de responsabilidad penal a los <i>extranei</i>	20
i. Teoría de la ruptura del título de la imputación.....	20
ii. Teorías de la unidad de título de la imputación.....	21
1. Teoría de la infracción del deber.....	21
2. Teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico.....	22
iii. Atribución de responsabilidad de los <i>extranei</i> de acuerdo a la categoría de autoría y participación....	23
c. Determinación de la fase de intervención de terceros en la comisión del delito.....	25
i. Reparto de papeles entre comisores del delito (<i>pactum sceleris</i>).....	26
ii. Determinación del actuar típico de las encausadas (hijas y esposa) en concordancia con el <i>pactum sceleris</i> ...	27
6. Conclusiones.....	30
7. Recomendaciones.....	31
8. Bibliografía.....	32

Dedicatoria

A mis padres, por apoyarme incondicionalmente con amor y paciencia

A Darty y Nerón, mis eternos compañeros



1. Introducción

La corrupción es un mal sistémico instaurado en nuestro país desde hace muchos años. Esta no solo genera pobreza, sino que incrementa las brechas preexistentes. Ello queda expuesto en el informe realizado por el World Justice Project (WJP), en cual evalúa a más de 100 países del mundo en diversas categorías, una de ellas la corrupción. El citado ubica a Perú en el puesto 80 de 128 países con 0.50 de puntuación¹. Sumado a ello, resulta pertinente mencionar que, de acuerdo al informe técnico elaborado por el INEI en mayo de 2020, se menciona que la población reconoce a la corrupción como el principal problema que afronta el país (ello expresado con un 60.6% del universo encuestado).²³

La corrupción puede manifestarse a través de muchos delitos, el ejemplo más común es el delito de cohecho. No obstante, un delito comúnmente cometido en nuestro país es el delito de Enriquecimiento ilícito, la particularidad de este radica en su regulación e interpretación, pues de ser aplicado incorrectamente se obtendrán vacíos jurídicos que, posteriormente, devendrán en situaciones de impunidad.

Una clara muestra de las situaciones de impunidad que se podrían suscitar se encuentra en lo suscitado en el marco del Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima en tanto, en el mismo, la Corte Suprema absuelve a la esposa e hijas de un exfuncionario público en cuanto consideró que las mencionadas habrían desplegado su actuar únicamente luego de consumado el delito de Enriquecimiento ilícito.

En razón de ello, nuestro presente informe jurídico cuenta con tres principales problemas jurídicos. El primer problema jurídico es la determinación del momento de consumación del delito de Enriquecimiento ilícito. El segundo problema jurídico es si se puede atribuir responsabilidad penal a los extranei que intervengan en los hechos materia de controversia. Finalmente, el tercer problema jurídico gira en torno a la posible existencia

¹ World Justice Project (2020). *Índice de Estado de derecho*. URL: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/02/15035414/WORLD-JUSTICE-PROJECT-2020.pdf>

² Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). *Percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones*. URL: https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/02/15034327/INEI-informe_de_gobernabilidad_may2020-octubre-2019-marzo-2020.pdf

³ Estadísticas obtenidas del compendio elaborado por el observatorio IDEHPUCP sobre casos anticorrupción. URL: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/observatorio-de-casos-anticorrupcion-y-lavado-de-activos/estadisticas-en-materia-de-corrupcion-y-lavado-de-activos/corrupcion/>

de un acuerdo previo y las posibles consecuencias que este pueda tener en la atribución de algún tipo de responsabilidad penal al autor y partícipes.

Teniendo ello en consideración, nos hemos planteado el desarrollo de tres objetivos. En primer lugar, buscaremos demostrar que lo concerniente al delito de Enriquecimiento ilícito, estaremos ante un delito comisivo permanente. En segundo lugar, buscaremos corroborar que en los delitos especiales (en razón del vínculo funcional) sí se puede atribuir responsabilidad penal al *extraneus*. Sumado a ello, en tercer lugar, evidenciaremos que, en el caso materia de análisis, se produjo la realización de un acuerdo previo entre el exfuncionario condenado, su esposa y sus hijas, a fin de que las mismas coadyuven en la realización del delito.

Es así que, haciendo uso del método de investigación doctrinaria y jurisprudencial, hemos logrado concluir que el delito de Enriquecimiento ilícito se encuentra revestido de un carácter comisivo permanente el cual, mediante la aplicación de la teoría de unidad del título de imputación, permite la asignación de una sanción penal al *extraneus* y, sumado a ello, en el presente caso, se demostró que sí se produjo un acuerdo previo entre el exfuncionario, la esposa e hijas, en el cual estas últimas incurrieron en la complicidad psicológica y material.

2. Justificación de la elección de la resolución

Nuestro presente informe jurídico encuentra su motivación en cuanto, conforme se ha mencionado previamente, existen aspectos controversiales, los mismos que de no ser dilucidados podrían desembocar en situaciones en las cuales no se sancione penalmente a las personas que cometieron o coadyuvaron en la comisión de un delito.

Un ejemplo de ello se da en torno al momento de la actuación de quienes serían los cómplices, pues, si los magistrados llegasen a considerar que el actuar se dio de manera posterior a la consumación del delito, entonces no se les reprendería penalmente. No obstante ello, si se llegase a demostrar que contribuyeron en el iter criminal de la comisión del delito, aun si fuera mediante una mínima acción, estos si podrían ser reprendidos penalmente. Es entonces cuando cobra mayor relevancia la determinación de si los partícipes, en conjunto con el acusado principal, realizaron un acuerdo previo mediante el cual le proporcionaron una promesa de complicidad psicológica y/o material.

En ese sentido, en el presente informe jurídico, analizaremos los hechos planteados a la luz de la doctrina y jurisprudencia que resulte relevante y, de tal manera, plantearémos lo que, a nuestra consideración, debió ser la correcta forma en la cual se debió atribuir la responsabilidad penal. Es así que esperamos que el presente informe jurídico pueda ser considerado como una referencia de apoyo en los casos que puedan surgir en un futuro, cooperando así al esclarecimiento de las controversias y atribución de las responsabilidades conforme corresponda, reduciendo de tal manera el margen de impunidad.

3. Hechos sobre los que versa la controversia de la que trata la resolución

En el Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima, elaborado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, se mencionan los siguientes hechos:

A raíz de la investigación realizada por el Ministerio Público en torno a Vladimiro Montesinos, se determinó que diversos militares estaban involucrados en la compra y redención de certificados bancarios de moneda extranjera en la agencia de un conocido banco (Banco Continental).

Tomando ello en consideración, se dispone levantar el secreto bancario de diversos encausados, entre ellos se encontraba el ex-general del Ejército peruano Marco Antonio Rodríguez Huerta. Es así que se descubre la titularidad de diversas cuentas bancarias en moneda nacional y extranjera y, sumado a ello, se pudo establecer que el encausado – con fecha 09 de febrero de 1996 – adquirió tres certificados bancarios de 50 mil dólares americanos cada uno, los cuales habrían sido adquiridos con su coimputado Winston Alfaro Vargas. Posterior a ello, se determinó que el encausado habría realizado diversas adquisiciones de otros certificados bancarios valorizados entre \$50,000 y \$100,000 dólares, los cuales, luego de ser redimidos junto a los primeros, obtuvo una totalidad de \$652, 300 dólares americanos, dinero que fue abonado a la cuenta bancaria mancomunada que tenía con su esposa Nelly Graciela Córdova Velásquez (o Nelly Graciela Córdova Córdova Velásquez de Rodríguez).

Luego de ello, se pudo determinar que el exfuncionario se realizó una serie de operaciones de para remitir tal dinero a una cuenta en el extranjero (Banque Nationale de Paris, sucursal Miami-EEUU), pero posteriormente realizó su repatriación del mismo a la cuenta de la empresa Camde Inmobiliaria SAC, la misma que fue creada por sus hijas Jessica y Mónica Patricia Rodríguez Córdova para cumplir con dicho fin.

Aunado a ello, se pudo tomar conocimiento que las mencionadas hijas utilizaron el dinero recibido para la adquisición de un inmueble en ubicado en la Urbanización Monterrico Norte en el distrito de Santiago de Surco y, lo restante fue depositado en una cuenta a plazos de titularidad de las mismas. Luego de ello, se ha corroborado, que se realizó la simulación de venta del inmueble a una pareja (Victor Manuel Paiva Heredia y Rosa Amelia Tipismana Barbarán) quienes luego afirmaron que accedieron a realizar la transacción comercial a forma de “favor”.

Sumado a lo expuesto previamente, se tiene que la pericia contable arrojó como resultado la existencia de un desbalance patrimonial por aproximadamente \$ 410 848 dólares americanos en el periodo 1996 a 1997, lo cual generó convicción sobre la materialidad del delito. Tal pericia fue cuestionada por los encausados; no obstante, dicha apelación no prosperó ya que se llegó a demostrar que la elaboración y contenido de la misma fue de acuerdo a ley.

Asimismo, la Sala se pronuncia indicando que en ningún momento se produjo indefensión, puesto que hubo un efectivo ejercicio del derecho de defensa, por lo que no habría ineficacia probatoria por parte de la pericia. De la misma manera, la Sala también indica que la forma y circunstancias en las que se realizó el delito motivan que se reforme la pena impuesta a 8 años de pena privativa de la libertad.

Respecto de las encausadas Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez, Jessica Rodríguez Córdova y Mónica Patricia Rodríguez Córdova (esposa e hijas de Marco Antonio Rodríguez Huerta), la Sala Penal Permanente, mediante la invocación del voto dirimente del magistrado Manuel Quintanilla Chacón, declaró nula la sentencia en el extremo que las condena y reformulándola las absuelve de responsabilidad penal, en tanto se considera que su intervención fue *ex-post*, es decir, luego de consumado el delito, por lo que al no haber acuerdo previo (*pactum sceleris*), no

correspondía sancionarlas penalmente como partícipes del delito de Enriquecimiento ilícito.

4. Identificación de principales problemas jurídicos

En el presente apartado mencionaremos brevemente los principales problemas jurídicos que hemos encontrado, a partir de los hechos mencionados en el Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima

a. Elementos típicos y naturaleza del delito de Enriquecimiento ilícito

Resulta necesario analizar los elementos típicos y la naturaleza del delito de Enriquecimiento ilícito, a fin de poder determinar la atribución de responsabilidad penal a terceros, así como también identificar si estos logran cumplir con los elementos especificados. Sumado a ello, es menester determinar el tipo de consumación que se produce en el delito materia de análisis, pues ello nos permitirá esclarecer cual es la última acción antijurídica que se realizó y si esta pueda ser atribuida a un extraneus.

b. Atribución de responsabilidad penal a los *extranei*

Es ampliamente proclamado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, que el sujeto activo deberá haber ostentado la condición de funcionario público durante la comisión del delito de Enriquecimiento ilícito.

Sin embargo, el problema jurídico surge cuando este funcionario o servidor público ha sido apoyado mediante el actuar de un tercero (quien puede o no ser su familiar). Un sector de la doctrina considera que únicamente podrá responsabilizarse penalmente al funcionario público, en tanto es él quien posee la condición especial (vínculo funcional).

No obstante, otro sector de la doctrina, y con el cual nos encontramos de acuerdo, considera que podrá atribuirse responsabilidad al tercero que mediante su conducta brindó colaboración al funcionario público. Tal postura se encuentra avalada mediante la teoría de la unidad de la imputación y, aun cuando no se le podrá sancionar a título de autor, si podrá responsabilizarse penalmente a título de partícipe.

c. Determinación de la fase de intervención de terceros en la comisión del delito

Es imprescindible determinar la fase en la cual intervienen los terceros al momento de la comisión del delito. El aspecto problemático se presenta en tanto si el actuar del *extraneus* se produce luego de consumado el delito, pues en tal caso no se le podría atribuir responsabilidad penal.

En ese sentido resulta relevante analizar cuándo se encuentra consumado el delito de Enriquecimiento ilícito, así como también la forma y momento en el cual se produce la contribución del tercero respecto a la comisión del delito

5. Análisis del caso

En el presente apartado buscaremos analizar los principales problemas jurídicos planteados en el apartado precedente. En primer lugar, precisaremos los elementos típicos y la naturaleza del delito *sub-examine*. En segundo lugar, evaluaremos las teorías existentes respecto a la responsabilidad penal pasible de atribuírseles a los terceros intervinientes en la comisión del delito (*extranei*). En tercer lugar, en base al iter criminal, determinaremos el momento de intervención de los terceros o *extranei*, determinaremos mediante la conducta desplegada.

a. Determinación de los elementos típicos y la naturaleza del delito de Enriquecimiento ilícito.

En el presente apartado trataremos diversos aspectos relacionados al tipo penal plasmado en el artículo 401° del Código Penal peruano. Primero, revisaremos brevemente la evolución normativa del delito. Luego de ello, analizaremos los elementos típicos más importantes de la modalidad simple del delito de Enriquecimiento ilícito. De manera posterior, determinaremos el bien jurídico protegido. Finalmente, evaluaremos el estándar probatorio para la acreditación de la comisión del delito *sub-examine*.

i. Regulación normativa al momento de los hechos y regulación normativa actual

El delito de Enriquecimiento Ilícito fue incorporado al Código Penal peruano mediante el artículo 7 de la Ley N° 27482, publicada el día 15 de junio de 2001. El mismo señalaba, de manera primigenia, lo siguiente:

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

“Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito, cuando el aumento del patrimonio y/o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.”

No obstante, se le realizaron ciertas modificaciones a tal tipificación. En ese sentido, el día 06 de octubre de 2004 se realiza la primera modificación al tipo añadiendo el extremo de la “justificación razonable”. Asimismo, la inexistencia de un crecimiento desproporcionado del patrimonio es postulado como un indicio de la comisión del delito; así como también se incluye una agravante para los funcionarios públicos que hayan ocupado un alto cargo de dirección al momento de la comisión del ilícito.

Luego de ello, del año 2011 al 2013 se realizaron tres modificaciones al tipo penal. Finalmente, mediante una cuarta modificatoria en el año 2016, a través del artículo 2° del Decreto Legislativo N° 1243, se obtiene la redacción del delito de Enriquecimiento ilícito conforme se muestra a continuación:

Artículo 401. Enriquecimiento ilícito

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Si el agente es un funcionario público que ha ocupado cargos de alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado, o está sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, será reprimido con pena privativa de libertad será no menor de diez ni mayor de quince años; inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36; y, con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Se considera que existe indicio de enriquecimiento ilícito cuando el aumento del patrimonio o del gasto económico personal del funcionario o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya podido tener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos o de los incrementos de su capital o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita.

ii. Elementos típicos del delito de Enriquecimiento ilícito

A continuación, revisaremos los elementos típicos más importantes planteados en la modalidad simple del artículo 401° del Código Penal peruano:

1. Sujetos intervinientes en el delito

En el delito de Enriquecimiento ilícito se pueden encontrar dos tipos de sujetos: el sujeto activo y el sujeto pasivo.

Al estar ante un delito especial (delito que requiere una cualidad especial por parte del agente comisor), el sujeto activo deberá ser un funcionario o servidor público. En otras palabras, el sujeto activo deberá mantener un vínculo funcional con el Estado al momento de la comisión del ilícito, pues es a través de ese vínculo que se enriqueció ilícitamente.

En concordancia con ello, el sujeto pasivo será el Estado, pues es este quien perciba la afectación económica en atención a la merma en el erario público. Sumado a ello, el Estado presentará una afección en cuanto el funcionario o servidor público no está cumpliendo con las obligaciones y deberes que se le encomendó al momento de asumir el cargo.

Sin perjuicio de lo mencionado, podrán surgir situaciones excepcionales en las cuales algunos ciudadanos aleguen ser los agraviados. En tales circunstancias, dichos ciudadanos podrán plantear sus pretensiones únicamente por la vía civil, pues por la vía penal el único agraviado será el Estado. De la misma manera se pronuncia Fidel Rojas Vargas, en tanto indica que:

“(…) no es asimilable la idea que los particulares puedan, en este ilícito penal, ser sujetos pasivos del delito. Sin embargo, pueden presentarse circunstancias en las que determinados particulares reclamen ser sujetos agraviados con el enriquecimiento

del funcionario o servidor público, situación que puede conllevar a que dichas partes reconduzcan sus peticiones por la vía civil correspondiente, siendo difícil que en sede penal se satisfagan sus expectativas de restitución o reparación civil”.⁴

2. Relación funcional y abuso del cargo

Al respecto, resulta relevante traer a colación lo planteado en la Casación N° 343-2012-LIMA, la cual se pronuncia en los siguientes términos:

«Asimismo, se tiene que el transcurso del tiempo, este tipo penal también establece entre otros elementos, que el funcionario o servidor público actúe por razón de su cargo —como prescribe en el texto original— o abusando de su cargo —previsto en el texto actual—; al respecto, debe entenderse que **el legislador no está cambiando el verbo rector del tipo penal, sino que solo está haciendo referencia tanto al momento en que debe producirse el enriquecimiento como al vínculo que debe existir con el cargo para enriquecerse [...]** se establece que tales modificaciones no han variado el núcleo esencial del injusto típico, ni tampoco han incorporado elementos típicos nuevos, sancionando la misma conducta de enriquecimiento patrimonial injustificado legalmente, efectuando únicamente presiones a los elementos objetivos del tipo penal»⁵ (Resaltado nuestro).

Asimismo, conforme a lo mencionado en la Casación citada, debemos indicar que el vínculo funcional entre el Estado y el funcionario o servidor público deberá encontrarse efectivamente vigente durante el momento de la comisión del delito.

En ese sentido, de acuerdo a lo mencionado previamente, el sujeto activo será un funcionario o servidor público al momento de los hechos, quien aprovechándose del cargo encomendado incurrirá en un actuar antijurídico que le permita apropiarse indebidamente de parte del erario público.

3. Incremento patrimonial

Según lo planteado en el artículo 401° del Código Penal, el funcionario o servidor público debe percibir un incremento en su patrimonio. Sin perjuicio de ello, este incremento se producirá en dos momentos, según señala Yvan Montoya, pues “son dos momentos

⁴ (Rojas Vargas, 2007, pág. 856)

⁵ (Casación N° 343-2012-Lima, 2013)

relacionados pero distintos. El acto de incorporación es el primer momento y el acto de acrecentamiento o enriquecimiento del patrimonio es un segundo momento”⁶.

Sumado a ello, existen dos vertientes distintas que pueden plasmar el beneficio patrimonial y/o económico percibido por el funcionario o servidor público. Según menciona Montoya, este “no solo se produce por actos de incremento o incorporación de un bien al patrimonio del funcionario, sino por la disminución o extinción de pasivos (...) Por lo tanto, el elemento central no será el acto de incorporar algún bien al patrimonio del funcionario sino de acrecentarlo sea por actos comisivos como también por comportamientos omisivos (disminución de pasivos)”⁷

Asimismo, la Corte Suprema se pronuncia al respecto mediante el Recurso de Nulidad N° 847-2006, en el cual se señala que “dicho ilícito se manifiesta a través de los actos de incorporación ilegal de bienes, derechos o activos, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como interpósita persona, o de extinción o de disminución de pasivos que integran patrimonio”⁸

En ese sentido, podemos colegir que el incremento patrimonial se encuentra referido en un beneficio percibido por el funcionario o servidor público, pero este no se plasmará únicamente como la adquisición de un bien o el incremento de sus activos, sino que también podrá encontrarse plasmado como la reducción sus pasivos propios o, el incremento de activos (o reducción de pasivos, según sea el caso) de un familiar o tercero.

4. Ilícitud del enriquecimiento

Ahora, si bien puede existir un incremento patrimonial en la economía del funcionario o servidor público, este *per sé* no es ilícito. Para que dicho incremento sea considerado como ilícito deberá provenir de un acto ilícito.

Conforme se encuentra regulado en el artículo 401° del Código Penal, podrá considerarse como indicio de ilicitud que dicho incremento sea **notoriamente superior** al que podría haber obtenido normalmente, según la información registrada en su declaración jurada de bienes y rentas y en virtud de su sueldo o emolumento u otra causa lícita.

⁶ (Montoya Vivanco, 2012, pág. 65)

⁷ Ídem.

⁸ (Recurso de Nulidad N° 847-2006, 2006)

En el mismo sentido, la Corte Suprema reafirma nuestra posición a través de lo mencionado en el Recurso de Nulidad N° 09-2001, conforme se muestra a continuación:

«Que el Enriquecimiento Ilícito [...] es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto el desarrollo temporal o ultra temporal del cargo o empleo público, siendo el nexo causal imputable al enriquecimiento el período de ejercicio funcional, bajo el presupuesto que todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación, no siendo los cargos y empleos 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»⁹.

5. Actuar doloso del sujeto activo

En cuanto al elemento subjetivo del delito resulta pertinente mencionar que únicamente podrá configurarse el delito cuando se cometa dolosamente. La norma penal no ha configurado la modalidad culposa; por tanto, si el agente lo cometiera sin aspecto cumplir con el aspecto volitivo, devendría en una situación atípica.

De acuerdo a Rojas Vargas, “el dolo del enriquecimiento ilícito supone voluntad de enriquecerse ilícitamente, así como conocimiento por parte del sujeto público de la tipicidad de sus actos de aprovechamiento que hace del ejercicio funcional o del prevalimiento de su calidad funcional y del enriquecimiento que está logrando por vías de ilicitud”¹⁰

De la misma manera se pronuncia Buompadre y agrega que “Nos encontramos frente a un delito doloso, que exige que el autor tenga conocimiento del requerimiento y de la existencia misma del enriquecimiento. Volitivamente exige la voluntad de no justificar o de no aportar los elementos que demostrarían la procedencia del enriquecimiento, en insuficiente la prueba de justificación”.¹¹

⁹ (Recurso de Nulidad N° 09-2001, 2003)

¹⁰ (Rojas Vargas, 2007, pág. 866)

¹¹ (Buompadre, 2009, pág. 354)

En ese sentido, no nos debemos conformar con que el funcionario público tenga conocimiento que su actuar contraviene las normas, sino que deberemos también valorar el hecho que el sujeto activo no justifique la procedencia de los activos cuando le sea requerido, pues estará procurando ocultar los beneficios económicos obtenidos ilícitamente.

iii. Determinación del bien jurídico protegido

Tomando en consideración la evolución normativa que el tipo penal del delito Enriquecimiento Ilícito, corresponde que determinemos el bien jurídico protegido.

Se tiene que el bien jurídico general protegido por nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto a los delitos contra la administración pública, es el correcto y normal funcionamiento de la administración pública. No obstante, es pertinente mencionar que los delitos incluidos en dicho capítulo protegerán un bien jurídico específico.

Al respecto, coincidimos con Fidel Rojas Vargas, en tanto indica que “[El] artículo 401 del Código Penal busca garantizar el normal y correcto ejercicio de los cargos y empleos públicos, conminando jurídico-penalmente a que ajusten sus actos a las pautas de lealtad y servicios a la nación”¹²

Sumado a ello, respaldamos tal afirmación con lo mencionado en la Sentencia del expediente N° 99-2009, expedida por la Primera Sala Penal Especial de Lima, la cual señala lo siguiente:

“Lo que se lesiona en el delito de enriquecimiento ilícito es el bien jurídico penal “administración pública”, el mismo que significa: Ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo, empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes de protección del patrimonio público”¹³

Asimismo, lo expuesto previamente se condice con los principios de probidad y transparencia, así como los deberes de la Función de la Pública, los cuales se encuentran contenidos en la Ley del Código de Ética de la Función Pública (Ley N° 27815).¹⁴

¹² (Rojas Vargas, 2007, pág. 824)

¹³ (Sentencia del Exp. N° 99-2009, 2011)

¹⁴ (Estado Peruano, 2002)

Tomando en consideración las citas planteadas previamente, podemos afirmar que el bien jurídico protegido por el delito de Enriquecimiento ilícito se asemeja al bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública; no obstante, presta especial atención en los principios de probidad, transparencia y respeto a los deberes funcionales, ello en tanto el tipo penal simultáneamente también se encuentra protegiendo el patrimonio del Estado.

iv. Estándar probatorio del delito de Enriquecimiento ilícito

Conforme ha sido mencionado en los apartados precedentes, a lo largo de la evolución normativa respecto al delito materia de estudio, se considera como un indicio de la comisión del mismo al incremento notorio y desproporcionado del patrimonio del funcionario público.

En tal sentido se pronuncia la Sala Especial Penal de Lima, a través de la sentencia del expediente N° 01-2011, e indica que:

“(…) el delito de Enriquecimiento ilícito bajo los alcances de las Leyes 28355, 29703 y 29758, considera como indicio de la comisión, cuando el aumento del patrimonio y/o gasto económico personal del funcionario público o servidor público, en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas, es notoriamente superior al que normalmente haya pedido obtener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos, o de los incrementos de su capital, o de sus ingresos por cualquier otra causa lícita, regla que índice directamente en el Derecho Probatorio Penal. Sin embargo, la desproporción notoria del incremento del patrimonio del servidor o funcionario público no es prueba acabada o determinante, pues se hacen necesarias pruebas adicionales o concurrentes que corroboren dicho indicio (...)”¹⁵

Evidentemente, en concordancia con el principio de presunción de inocencia y conforme se encuentra expuesto en las líneas finales del fragmento citado, deberá existir una suficiencia probatoria que acredite fehacientemente que tal incremento en el patrimonio del funcionario tiene una fuente ilegal.

Es así como la pericia contable se convierte en una herramienta fundamental para la acreditación de la comisión del ilícito, en tanto nos indica si el incremento patrimonial se encuentra justificado dentro de los límites razonables.

¹⁵ (Sentencia del Exp. N° 01-2011, 2012)

Al respecto, el Recurso de Nulidad *sub-examine* (R.N. N° 2976-2004), en su fundamento quinto menciona lo siguiente:

“La pericia contable (...) proporciona un dato concluyente, que valorado en su conjunto con las circunstancias de la responsabilidad penal del impugnante (...) al establecer la existencia indubitable de un desbalance patrimonial incurrido entre los años de mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y siete, cuyo monto ha sido especificado en el último dictamen ampliatorio (...) y que corresponde a la suma de cuatrocientos diez mil ochocientos cuarenta y ocho dólares americanos, como reafirmadas en la diligencia de ratificación pericial realizada en el acto oral (...) que el periodo cuestionado es históricamente coherente con las fechas en las que se realizaron las adquisiciones de los certificados bancarios, como tal, permiten concluir la ilegitimidad de las sumas dinerarias con las que se adquirió los certificados bancarios, lo que además no han podido justificarse (...)”¹⁶

De esa manera queda demostrado que la pericia contable tiene un rol preponderante sobre la acreditación probatoria. Sobre todo, si se toma en consideración que para la elaboración de la misma se ha tomado en cuenta las declaraciones juradas realizadas por el funcionario público y otros documentos que este haya presentado para acreditar sus movimientos financieros y económicos.

Siguiendo el orden lógico de ideas, corresponde entonces afirmar existe una distribución de roles que coadyuvan al esclarecimiento de los hechos, mas no se invierte la carga probatoria, como algunos concluyen erróneamente a partir de la lectura de la Casación N° 953-2017-LIMA, en base al siguiente fragmento:

“Las fuentes internacionales antes citadas, hacen mención a la naturaleza del delito de enriquecimiento ilícito, y nos muestra de un modo relativo la inversión de la carga de la prueba. En donde la carga de probar, está circunscrita a demostrar la existencia del incremento patrimonial de un funcionario público, cuando son muy superiores a los que regularmente hubiera podido alcanzar como resultado de sus ingresos legítimos; y es a partir de ese instante, en que se invierte la carga de la prueba, correspondiendo al funcionario el deber de acreditar que ese incremento desmesurado, ha tenido una causa justificada lícita”¹⁷

¹⁶ (Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima, 2004)

¹⁷ (Casación N° 953-2017-Lima, 2018)

De tal manera, corresponde considerar que es el Ministerio Público quien tiene el deber de probar el delito, es decir, sigue ostentando la carga de la prueba y, realizará tal función sustentando el caso mediante la pericia contable elaborada por el perito contable correspondiente. El funcionario o servidor público investigado será quien contribuya al esclarecimiento de los hechos aportando información y/o documentación que justifique la legalidad de sus ingresos, ello debido a que será él quien tenga pleno conocimiento sobre las actividades que realiza y generan un incremento en su patrimonio.

v. La naturaleza subsidiaria del delito de Enriquecimiento ilícito

En cuanto a la naturaleza del delito de Enriquecimiento ilícito, corresponde mencionar que estaríamos ante un delito de carácter subsidiario. Ello en tanto el delito *sub examine* se aplica cuando se ha determinado previamente que la conducta en cuestión no puede ser subsumida en otro delito especial.

En ese sentido también se pronuncia la Casación N° 782-2015, la misma que indica “es un tipo subsidiario que se imputa al funcionario o servidor público a quien no se le puede imputar otro delito específico, pero que ha incrementado su patrimonio de modo irrazonable”¹⁸

Al respecto, resulta relevante tener presente lo expuesto por la Primera Sala Penal Especial de Lima en el Expediente N° 85-2008, pues realiza importantes precisiones sobre la aplicación de dicho carácter subsidiario:

“Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configura otro delito en el que hubiere podido incurrir el sujeto cualificado. **Esta última característica excluye la posibilidad de la figura del concurso frente a otros tipos penales de la misma categoría** —concurso aparente de tipos—. Ello quiere decir, que si las pruebas aportadas al proceso, permiten deducir con certeza que el incremento fue futuro, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por peculado, por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el Enriquecimiento Ilícito —**Lex primaria derogat lex subsidiariae**” (Resaltado nuestro).¹⁹

¹⁸ (Casación N° 782-2015, 2016)

¹⁹ (Sentencia de Expediente N° 85-2008, 2011)

vi. La consumación del delito del delito de Enriquecimiento ilícito

En el presente capítulo definiremos el concepto de consumación e identificaremos los tipos de consumación que se pueden presentar. Ello con la finalidad de determinar el momento de consumación del delito de Enriquecimiento ilícito y, específicamente, aplicar tal concepto al caso materia de análisis.

La determinación del momento de consumación resulta relevante primordialmente por dos razones: La primera es la intervención criminal, pues ya no podrá considerarse ningún acto que haya sido realizado luego de consumado el delito y, la segunda es el inicio del conteo del plazo de prescripción. En el presente trabajo, nos atañe con mayor importancia la primera razón.

1. Definición de la fase de consumación

El *Iter Criminis* contempla diversas fases de la comisión del delito, siendo la consumación una de las últimas etapas. En ella podemos encontrar a la consumación formal y la consumación material.

La consumación formal surge cuando se han cumplido con todos los elementos del tipo y el verbo rector del mismo ha sido realizado. En el mismo sentido se pronuncia Muñoz Conde, pues menciona que la “consumación es la plena realización del tipo en todos sus elementos”²⁰.

Por otro lado, la consumación material, también conocida como agotamiento del delito, es cuando el sujeto activo realiza todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo y, además de ello, logra su finalidad ulterior. Al respecto, Villavicencio Terreros indica que la consumación material “se presenta cuando el sujeto – además de realizar lo exigido por el tipo penal – consigue el fin perseguido. Esta etapa es punible y puede ser atenuante o agravante, dependiendo del hecho.”²¹

Cabe mencionar que existen situaciones excepcionales en las cuales la consumación, a consideración del legislador, puede darse de manera previa a la lesión efectiva del bien jurídico, tal situación es denominada como consumación anticipada. No obstante ello,

²⁰ (Muñoz Conde & García Arán, Derecho Penal. Parte general, 2010, pág. 412)

²¹ (Villavicencio Terreros, 2017)

también existen circunstancias en las cuales la consumación formal coincide con la consumación material.

2. Tipos de consumación

La consumación mantiene una intrínseca relación con el tipo de delito cometido. En ese sentido, determinaremos si el momento de consumación del delito de Enriquecimiento ilícito y si este es un delito de consumación instantánea, un delito con consumación permanente o un delito de consumación instantánea.

a. Delito de consumación instantánea

En cuanto a los delitos instantáneos, se puede afirmar que esos se consuman cuando la o las acciones han sido ejecutadas y, mediante ellas, se cumplieron con los elementos objetivos del tipo. Según indica la Casación N° 819-2016, los delitos instantáneos se caracterizan “porque la sola conducta consume el delito, no siendo indispensable que el autor siga realizando o efectuando otras.”²²

De esa manera, se puede afirmar que la consumación se produce en un solo momento, no pudiendo este extenderse en el tiempo, aun cuando así lo quisiese voluntariamente el sujeto activo. En este sentido también se pronuncia Meini, pues señala que los delitos instantáneos “se consumirían, como su nombre lo indica, en un instante, sin necesidad de que el autor mantenga en el tiempo la situación antijurídica de riesgo para el bien jurídico”²³

b. Delito permanente

De manera similar al delito de consumación instantánea, los delitos de consumación permanente necesitan de la ejecución de acciones que cumplan con los elementos objetivos. No obstante, se diferencian de los delitos instantáneos en tanto los efectos del ilícito se pueden prolongar durante un periodo determinado de tiempo, en concordancia con la actuación y la voluntad del sujeto activo (funcionario público). Cabe acotar, según lo mencionado por Jakobs, que “la ejecución del hecho (...) puede extenderse temporalmente del modo que se extiende la producción del resultado, sin que se pierda la unidad de infracción”²⁴.

²² (Casación N° 819-2016-Arequipa, 2019, pág. 7)

²³ (Meini Mendez, 2014, pág. 90)

²⁴ (Jakobs, 1997, pág. 1085)

c. Delito continuado

El artículo 49° de nuestro Código Penal, define al delito continuado como varias violaciones de la misma ley penal o una de igual o semejante naturaleza hubieran sido cometidas en el momento de la acción o en momentos diversos, con actos ejecutivos de la misma resolución criminal. Tal actuar, a efectos de determinación de la sanción penal, será considerado como un solo delito y, se aplicará la pena correspondiente al delito más grave.

Conforme señala la Casación N° 819-2016-Arequipa, “los requisitos que se deben cumplir para la configuración del delito continuado son: 1) pluralidad de acciones delictivas; 2) afectación del mismo bien jurídico; 3) identidad del sujeto activo; y, 4) unidad de resolución criminal.”²⁵

3. El delito de Enriquecimiento ilícito como delito permanente

Habiendo definido, en el apartado precedente, los tipos de consumación de delitos existentes, nos atañe ahora definir que tipo consumación se produce en el marco del delito de Enriquecimiento ilícito. En ese sentido, consideramos que estamos ante un delito permanente, en tanto, las acciones del tipo objetivo son ejecutadas para cometer el delito y, es el sujeto activo quien tiene la posibilidad de prolongar los efectos de su actuar durante un largo periodo de tiempo.

Ello mantiene relación con lo expuesto en la sentencia del expediente N° 85-2008, pues “(...) la situación antijurídica relevante no culmina al momento de la consumación que es propia de los delitos instantáneos, sino con la fijación de la permanencia; en el delito permanente el menoscabo a los bienes jurídicos, esto es, a la administración pública es constante hasta el cese del estado antijurídico así la intervención de los extraneus es decir de los cómplices, en el mismo los torna en partícipes del delito (...)”²⁶.

Contrastando lo expuesto en líneas anteriores con el caso materia de análisis, podemos afirmar que el delito de Enriquecimiento ilícito es un delito permanente, pues este se consumó en atención a la voluntad y actuar del funcionario autor (Marco Antonio Rodríguez Huerta), pues este prolongó los efectos del delito al redimir los certificados

²⁵ (Casación N° 819-2016-Arequipa, 2019, pág. 8)

²⁶ (Sentencia de Expediente N° 85-2008, 2011)

bancarios y realizar movimientos bancarios en la cuenta mancomunada que mantenía en el Banco Continental. Posteriormente a ello, luego de las actuaciones desplegadas por las hijas, el autor seguiría interviniendo ya que recibe el dinero restante de la compra del bien inmueble, luego de que este fuera depositado en una cuenta a plazo fijo.

De esa manera, se tiene pues que la consumación del mismo inicia cuando el ex – funcionario sentenciado Marco Antonio Rodríguez Huerta se aprovecha indebidamente de su cargo y realiza compras de cheques bancarios por la suma total de \$652, 300 dólares americanos, introduciendo así el dinero indebido a su esfera económica personal y familiar; no obstante lo mencionado, tal consumación encuentra su fin luego de que las encausadas Nelly Graciela Córdova Velásquez de Rodríguez, Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Jessica Rodríguez Córdova (esposa e hijas del ex - funcionario sentenciado, respectivamente) coadyuvaran en la comisión del delito, ya sea mediante la recepción del dinero en la cuenta mancomunada, creación de empresas con el fin de ocultamiento, compra de bienes inmuebles o con depósito del dinero restante en cuentas bancarias personales, pues fue luego de diversas transacciones financieras que el autor recuperó formalmente el “control” del dinero al recibirlo en su cuenta bancaria.

Es pertinente entonces recalcar que, en todo momento, el autor del delito tuvo la voluntad – y el despliegue de acciones – para mantener el dinero dentro de su esfera de control, ello en complicidad con su esposa e hijas. Sin perjuicio de que tal voluntad puede ser demostrada mediante la realización de diversas transacciones financieras, también puede ser demostrada con el hecho de que el exfuncionario nunca demostró de manera alguna que tenía la intención de devolver el dinero al erario público, muy por el contrario, con su actuar demostró que buscaba acrecentar su patrimonio personal.

Resulta menester mencionar también que, de no considerarse al presente delito como un delito de consumación permanente, presentaría un grave problema jurídico, puesto que ello implicaría que se deje un canal abierto a muchas situaciones de impunidad. A manera de ejemplo, si considerásemos que el delito de Enriquecimiento ilícito es de consumación instantánea, muchas personas podrían alegar que su actuación fue inmediatamente luego de que el funcionario realice la primera acción destinada a enriquecerlo y, por tanto, no les correspondería recibir algún tipo de sanción penal. Ello, evidentemente, tendría como resultado la producción de muchas situaciones de impunidad.

b. Atribución de responsabilidad penal a los *extranei*

En el presente apartado analizaremos diferentes teorías dogmáticas que se pronuncian en torno a la atribución de responsabilidad penal a los terceros involucrados en la comisión de un delito, pues, como sucede en muchos casos, el autor cuenta con el apoyo de terceros (partícipes) quienes le ayudarán brindando su nombre para ocultar el dinero obtenido, entre otras acciones.

i. Teoría de la ruptura del título de la imputación

De acuerdo a la doctrina que plantea la teoría de la ruptura del título de la imputación, se plantea que si los partícipes no cuenta con la cualidad especial con la que sí cuenta el autor, entonces estos no podrán ser sancionados por el delito especial.

En el caso de los delitos especial por cualidad de funcionario público, se tendría que los únicos pasibles de recibir sanción penal serían quienes cuenten con tal investidura, es decir, únicamente los funcionarios públicos.

Respecto a los terceros intervinientes, se plantean dos opciones. La primera, que sean sancionados bajo otra figura jurídica o delito. En otras palabras, se plantean que se les sancione penalmente por un delito común. Ello traería problemas en cuanto implicaría que los hechos podrían ser sancionados dos veces si es que se evalúa el actuar del *intraneus* a la luz de los delitos comunes.

La segunda opción, y la menos favorable porque contraviene los estándares de justicia existentes no solo en Perú sino en el mundo, implica que los terceros (*extranei*) no sean sancionados por la comisión de ningún delito, es decir, que su actuar quede impune.

Un claro ejemplo de la teoría de la ruptura del título de la imputación lo podemos encontrar en la Casación N° 782-2015. En dicha sentencia casatoria, los magistrados optan por acoger la teoría de la ruptura del título de la imputación alegando que “los delitos especiales criminalizan conductas que solo pueden desplegar ciertos sujetos, y de hecho el disvalor de la conducta está en función a esa condición especial que tiene la persona”²⁷.

²⁷ (Casación N° 782-2015, 2016)

Al respecto, cabe mencionar que discrepamos profundamente con lo señalado en el extremo de la atribución de responsabilidad penal a los terceros. Ello en cuanto si bien son los funcionarios quienes actúan como autores del delito, nada obsta que los terceros puedan contribuir con el autor en la realización del delito, aunque no con el título de autores, sino como partícipes. Sumado a ello, si bien los terceros no cuentan con la investidura funcional, si estarían contribuyendo a la lesión del bien jurídico protegido, por lo que son pasibles de ser sancionados penalmente y, conforme señalamos previamente, podrían ser sancionados en calidad de partícipes del delito.

Nuestra posición también concuerda con lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 03-2016, en el cual se menciona que “el artículo 26° y sus antecedentes históricos nunca tuvieron por función la identificación o constitución de un hecho punible como de autoría común o especial; ni mucho menos, su disposición normativa estuvo dirigida a delimitar la calidad o condición particular de quien desde un tipo penal debía fungir como autor exclusivo de la conducta criminalizada”²⁸

En atención a ello, y en contraste con lo señalado en la sentencia casatoria previamente citada, nosotros consideramos que el artículo 26° de nuestro código penal no estaría acogiendo la teoría de la ruptura del título de la imputación. Por el contrario, dicho artículo debería ser interpretado en conjunto con el artículo 25° del mismo cuerpo normativo, a fin de evitarse situaciones de impunidad.

ii. Teorías de la unidad de la imputación

Habiendo determinado que la teoría de la ruptura del título de no puede ser aplicada al caso en concreto, nos corresponde evaluar otras teorías dogmáticas que sí permiten la consideración del actuar de terceros ajenos a la calidad especial del autor y, la imposición de la respectiva sanción penal por el delito especial. Al respecto, podemos encontrar a la teoría de la infracción del deber y a la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico.

1. Teoría de la infracción del deber

La teoría de la infracción del deber tiene como mayor exponente a Roxin. Esta teoría es aplicable a delitos especiales, en tanto se ha contravenido un deber específico por parte

²⁸ (Acuerdo Plenario N° 03-2016/CJ-116, 2016)

del sujeto activo. Es así que “no se trata de la infracción de un deber impuesto por el rol general de ciudadano, sino de un rol especial o institucional”²⁹

Bajo esta teoría se considera que los funcionarios o servidores públicos, al infringir que ostentan, serán considerados como autores del delito. No obstante ello, quienes coadyuven a la realización del mismo y no ostente la calidad de funcionario o servidor público (*extranei*) serán considerados como partícipes. Ello analizando únicamente la calidad especial requerida por el tipo penal y no la actuación en sí misma que haya sido desplegada por los actores.

Cabe mencionar que, según lo señalado por la presente teoría, y conforme a lo expone el profesor Montoya, “el partícipe extraneus siempre responderá por el mismo delito que el autor”.³⁰ Sumado a ello, también indica que “aunque el extraneus sea la persona que tiene el dominio del hecho, el intraneus es el autor del delito especial, pues este es el que infringe su deber especial”³¹.

Resulta necesario traer a colación lo expuesto por el magistrado Salinas Siccha, pues nos brinda la clave para realizar la diferenciación entre la teoría del dominio del hecho y la teoría de la infracción del deber:

“según la teoría del dominio del hecho, es autor quien domina el evento que lleva a la realización del delito, en tanto que si bien el partícipe interviene e influye en la comisión del suceso criminal, carece del dominio del hecho. La contribución del partícipe no es determinante para la realización del delito. En cambio, en la teoría de los delitos de infracción de deber, el autor o figura central se concretiza en el criterio de la <<infracción del deber>>”.³²

2. Teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico

La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico, de manera similar a la teoría de la infracción del deber, propone que los terceros (*extranei*) respondan penalmente por su

²⁹ (Gálvez Villegas, 2017, pág. 144)

³⁰ (Montoya Vivanco, 2015)

³¹ Ídem.

³² (Salinas Siccha, pág. 4)

actuar en el marco de un delito contra la Administración Pública, aun cuando este no ostente el carácter especial de funcionario o servidor público.

El actuar del partícipe extraneus se dará “de forma accesoria en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico en situación de vulnerabilidad respecto del intraneus. Según Rueda Martín, el ámbito de protección del delito especial abarca todos los ataques al bien jurídico, tanto de ataques de un autor intraneus (ataque directo) como de ataques de un partícipe extraneus (ataque accesorio).”³³

Cabe mencionar también que, a consideración de ciertos autores, la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico realiza una correcta interpretación del artículo 26° de nuestro Código Penal. Por ejemplo, el profesor Montoya considera que esta teoría “no utiliza este dispositivo para determinar el tipo penal por el cual responderá el extraneus, sino solo para determinar el marco penal abstracto (penalidad) por el que responderá el extraneus”³⁴

iii. Atribución de responsabilidad de los *extranei* de acuerdo a la categoría de autoría y participación

Luego de haber desarrollado de manera breve las teorías relevantes para la atribución de responsabilidad penal a los *extranei*, corresponde pronunciarnos sobre la que consideramos más adecuada a efecto de analizar el presente caso.

En primer lugar, es menester mencionar que debemos optar por una de las teorías de la unidad de título de imputación, pues mediante ellas se evita generar una situación de impunidad respecto de los *extranei* que participaron en el delito, pero que no ostentan el deber especial generado por el ejercicio de un cargo público.

Asimismo, consideramos que los terceros, aun cuando no ostenten la cualidad de ser funcionarios públicos, pueden ser considerados como partícipes, en concordancia con lo expuesto en el Acuerdo Plenario N° 03-2016 ya que se pondrá considerar la actuación “como cómplice cuando ayude, de cualquier manera, a obtener, recepcionar, administrar, guardar, transferir o mantener los ingresos, bienes, créditos, o réditos que van produciendo el enriquecimiento del *intraneus*”³⁵. Asimismo, en el Acuerdo Plenario N°

³³ (Montoya Vivanco, 2015, pág. 69)

³⁴ *Ibidem*, pág. 72

³⁵ (Acuerdo Plenario N° 03-2016/CJ-116, 2016)

02-2011, se indica que “serán partícipes los que sin infringir el deber, formen para del hecho referido a la acción del infractor del deber (...) Esta posición guarda absoluta concordancia con el artículo 26° CP”³⁶

Asimismo, el citado Acuerdo Plenario se pronuncia sobre la diferencia entre autores y partícipes, pues señala lo siguiente:

“(...) Esta distinción entre intervenciones principales y accesorias tiene el efecto de la escisión del término de la prescripción, pues con ello se va a conseguir una justicia justa y un equilibrio punitivo en función a la real magnitud de la participación del agente. (...) En suma, los extraneus se regirán por la pena correspondiente al delito ejecutado por el autor (...) pero para los efectos del cómputo de la prescripción no se les extenderá la dúplica del plazo previsto para los autores, pues a ellos no les alcanza la circunstancia agravante que legalmente sólo corresponde al autor.”³⁷

En ese sentido, nos decantamos por la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico, en cuanto, no nos podemos centrar únicamente en la infracción del deber del funcionario o servidor. Ello debido a que existen tanto deberes internos como externos e, inclusive, algunos de ellos podrán ser sancionados en la vía administrativa.

Así, Schünemann considera que la teoría de infracción del deber no se ha expresado sobre los deberes internos y externos de la función, por lo que se ejemplifica tal situación conforme se muestra a continuación:

“El primero es la necesaria diferenciación entre deberes internos y externos de una institución, como puede explicarse con el ejemplo de la corrupción. Cuando un funcionario acepta dinero para cometer un acto ilegal en el ejercicio de su cargo, se trata de una infracción de los deberes externos de la institución, sobre los que ejerce el dominio en cuanto funcionario competente. En cambio, cuando cobra dinero para un acto debido y conforme a la ley, entonces quedan intactas las relaciones externas y únicamente ha infringido un deber interno de la institución: el de contentarse con su salario mensual y no sacar ninguna ventaja de sus actos en el ejercicio del cargo.”³⁸

Por el contrario, en la teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico, se está tomando en consideración la efectiva vulneración o puesta en riesgo del propio bien jurídico protegido

³⁶ (Acuerdo Plenario N° 02-2011, 2011)

³⁷ ídem

³⁸ (Schünemann, 2018, pág. 104)

por la redacción del tipo penal. Es decir, la valoración sobre la afectación ocurrida va más allá de la plena corroboración de la infracción de un deber funcional, y se centra en determinar si es que el bien jurídico protegido (por el delito de Enriquecimiento ilícito, en el presente caso), ha sido puesto en riesgo o vulnerado dolosamente.

Aplicando lo expuesto al caso en concreto, se puede afirmar que la condena interpuesta al señor Marco Antonio Rodríguez Huerta como autor (*intrañeus*) del delito de Enriquecimiento ilícito es correcta, en lo que concierne a la atribución de responsabilidades por haber vulnerado el bien jurídico protegido en su calidad de servidor público.

De manera similar, cabe afirmar que Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez, Jessica Rodríguez Córdova y Mónica Patricia Rodríguez Córdova (esposa e hijas de Marco Antonio Rodríguez Huerta, respectivamente) pueden ser pasibles de atribución de responsabilidad penal como partícipes del delito de Enriquecimiento ilícito, debido a su condición de *extraneus*.

c. Determinación de la fase de intervención de terceros en la comisión del delito

El actuar delictivo de los sujetos activos puede darse únicamente hasta el momento de la consumación del delito. Luego de ello, cualquier actuar que se produzca en la fase de agotamiento o posterior, carece de relevancia penal. Pues, en términos de Montoya, “estamos frente a lo que (...) se constituiría como una intervención posconsumativa y que, por lo tanto, sería impune”³⁹

Según señala el Recurso de Nulidad N° 2939-2015, “no es posible admitir jurídicamente (...) una complicidad posterior a la consumación. Si la ayuda se da en la etapa post consumativa del delito, dicha conducta podría configurar otro delito, pero no complicidad del delito que antecede [encubrimiento real, receptación, lavado de activos, etc.]”⁴⁰

En ese sentido, corresponde determinar el momento en el cual actuaron la esposa e hijas del señor Marco Antonio Rodríguez Huerta. Al respecto, conforme se ha mencionado previamente, el delito de Enriquecimiento ilícito es un delito permanente, pues el sujeto

³⁹ (Montoya Vivanco, 2012, págs. 69-70)

⁴⁰ (Recurso de Nulidad N° 2939-2015, 2017, pág. 30)

activo puede prolongar durante un periodo determinado de tiempo el comportamiento delictivo sin que se pierda la unidad de la acción. Es así que afirmamos que el actuar desplegado por la esposa y las hijas del exfuncionario se dieron durante la fase de consumación, por lo que si podrían ser sancionadas penalmente por su contribución al ilícito.

Sin perjuicio de ello, también debe evaluarse qué otras conductas pudieron haber desplegado las mencionadas encausadas durante otras fases del iter criminal, ya que dicho actuar podría encontrarse estrechamente vinculado con su actuar en la fase de consumación.

i. Reparto de papeles entre comisores del delito (*pactum sceleris*)

Es menester mencionar que existe una circunstancia excepcional que tiñe de relevancia penal a los actos realizados luego de consumado el delito. Para ello, es necesario contar con un “*pactum sceleris*”, acuerdo previo, promesa de ayuda posterior o complicidad psicológica.

Para cierto sector de la doctrina, es posible que los partícipes (en el presente caso, cómplices) puedan intervenir en la comisión del delito incluso aún cuando este ya se encuentra consumado y, a diferencia de la regla general, sí podrán ser sancionados. Conforme ha sido mencionado previamente, lo expuesto es una situación de carácter excepcional, pues únicamente se sancionará penalmente si es que, con anterioridad a la comisión del delito, se realizó un acuerdo de cooperación entre el autor y los cómplices.

Es así que el profesor Montoya Vivanco entiende al *pactum sceleris*, como “un pacto o acuerdo previo a la comisión del hecho delictivo entre el autor (intrañeus) y los partícipes.”⁴¹

El profesor Jakobs se expresa de manera similar y realiza una acotación sobre la influencia que puede tener tal acuerdo sobre el autor del delito, pues manifiesta que “es imposible la complicidad en un suceso concluido. Naturalmente, la promesa de realizar actividades que han de seguir al hecho puede constituir para el autor la condición para comenzar o no; entonces en la promesa hay complicidad psíquica”⁴²

⁴¹ (Montoya Vivanco, 2012, pág. 70)

⁴² (Jakobs, 1997, pág. 815)

Asimismo, queda plasmado en la sentencia del Expediente N° 99-2009 (Caso Familia Cano) que se reprime la promesa de apoyo, pues se menciona que “[e]n caso de prometerle ayuda al autor una vez que haya cometido el delito, se habla de complicidad psicológica o intelectual (...) En este caso, el cómplice no será reprimido por el acto que ha cometido después de la ejecución de la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo”⁴³

En ese sentido, es pertinente mencionar también que la existencia de un acuerdo previo o *pactum sceleris* no necesariamente implicará la materialización física y/o concreta de lo prometido, sino que esta se puede quedar en la esfera gaseosa de “promesa” y, pese a ello, igualmente se lo podrá considerar como un factor que permite atribuir responsabilidad penal a quienes la hayan realizado.

Afirmamos ello en cuanto la promesa que realizó el partícipe ha representado una contribución, aun cuando esta no se materializó físicamente mediante una actuación determinada. Dicha contribución, mediante la promesa, debe ser entendida como una manifestación de la complicidad psíquica, la misma que se encuentra incluida dentro de lo regulado en el artículo 25° de nuestro Código Penal.

Por otro lado, es menester señalar que esta complicidad psíquica, obtenida a raíz del acuerdo previo, se diferencia de la instigación en cuanto esta última mencionada implica que el autor (*intranseus*) aún no tomaba la decisión de perpetrar el delito y es con la instigación que se convence de realizarlo. Por el contrario, en el caso de la realización de un acuerdo previo y la manifestación de la complicidad psíquica, el autor del delito (*intranseus*) ya tenía tomada la decisión de cometer el ilícito y, tal voluntad antijurídica se ve reforzada por la complicidad, sea psíquica o material, que es ofrecida por los partícipes.

ii. Determinación del actuar típico de las encausadas (hijas y esposa) en concordancia con el *pactum sceleris*

En atención a lo mencionado en el apartado precedente, se tiene que el *pactum sceleris* es un acuerdo sostenido entre el autor y los partícipes, antes de que se haya consumado el delito, independientemente de cuando se realice la conducta por parte de los cómplices.

⁴³ (Sentencia del Expediente N° 99-2009, 2011)

Tomando en consideración tal definición, podemos afirmar que en el presente caso sí se produjo un acuerdo previo entre, por un lado, Marco Antonio Rodríguez Huerta (*intraneus*) y, por otro lado, Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez, Jessica Rodríguez Córdova y Mónica Patricia Rodríguez Córdova (*extranei*).

Realizamos tal afirmación luego de analizar los hechos narrados a lo largo del proceso seguido y, sobre todo, lo mencionado en el marco del Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima. A continuación fundamentaremos nuestra posición en base a tres principales argumentos:

En primer lugar, es de valorarse el estrecho vínculo familiar sostenido entre el exfuncionario condenado, su esposa e hijas.

Al respecto, en el presente apartado, no se toma únicamente en consideración que tal estrecho vínculo implica la existencia de lazos afectuosos y el subsecuente deseo de no dañar intencionalmente los mismos, conforme menciona la Sala Penal Especial “A” al afirmar que la esposa actuó de manera condicionada por el temor de no desestabilizar el vínculo conyugal⁴⁴, sino que se toma en consideración el factor de la cercanía entre los miembros del núcleo familiar.

En otras palabras, el exfuncionario condenado y las encausadas mantenían un vínculo cercano, manteniendo comunicación frecuente y un alto nivel de confianza. Este último queda demostrado en cuanto, según lo relatado en la sentencia de primera instancia, las encausadas tenían conocimiento de que había una gran cantidad de dinero en la caja fuerte ubicada en la casa familiar. Tal situación nos lleva a nuestro segundo argumento.

En segundo lugar, evaluando el caso en base a las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia, resulta inverosímil que las encausadas no hayan tenido conocimiento de la procedencia ilícita del dinero, sobre todo si se toma en consideración que, por lo menos, el exfuncionario condenado se enriqueció ilícitamente con \$652, 300 dólares americanos.

Ello en tanto, por reglas de la lógica, conociendo que el *intraneus* recibía un sueldo por ser General del Ejército, percibía una renta (no declarada tributariamente) por el alquiler del inmueble de su propiedad sito en el distrito de Barranco, sumado a las dietas que recibió por haber sido Vocal del Consejo Supremo de Justicia Militar y Director de la Caja de Pensiones Militar Policial, del Hotel Las Américas y FINSUR (aprox. \$ 63,944 dólares

⁴⁴ (Sentencia del Expediente N° 27-2002, 2004)

americanos por un periodo total de 4 años) y, junto al premio recibido por el casino Atlantic City, resulta imposible colegir que haya logrado tener ahorrado la suma de \$652, 300 dólares americanos. Evidentemente, tal situación debió despertar la sospecha de las encausadas.

Asimismo, las tres encausadas, tuvieron pleno conocimiento de que el exfuncionario condenado tenía la cantidad de \$652, 300 dólares americanos, pues dicho dinero fue depositado en la cuenta bancaria mancomunada y posteriormente, fue remitido a las cuentas bancarias manejadas por las hijas. En ese sentido, resulta inverosímil el alegato de desconocimiento de la proveniencia ilícita del dinero, pues, al menos, debió haber surgido un altísimo grado de sospecha razonable por parte de la esposa e hijas, ya que, conociendo los ingresos y egresos familiares, no resultaba posible alcanzar tan alta suma dineraria en moneda internacional, lo cual nos lleva al desarrollo de nuestro tercer argumento.

Finalmente, en tercer lugar, habiendo determinado que había un alto nivel de confianza en el círculo familiar y que las encausadas tenían conocimiento de la proveniencia ilícita del dinero, resulta pertinente traer a colación lo que sería la materialización de lo acordado previamente entre el autor y las partícipes, nos referimos a la actitud encubridora por parte de la esposa e hijas del exfuncionario.

En dicho actuar no solo se puede apreciar el gran nivel de complicidad psíquica, sino que también se puede observar la materialización del acuerdo a través de diversos mecanismos de ocultamiento del dinero. Entre ellos tenemos a la constitución de una persona jurídica para la repatriación del dinero que había sido enviado al banco Banque Nationale de Paris, sucursal Miami-EEUU, así como la creación de cuentas bancarias en moneda nacional y extranjera, a fin de que estas reciban el dinero ilícito.

Sumado a ello, resulta necesario también tener presente lo surgido a partir de la compra de un inmueble con tal dinero ilícito, pues, a efecto de darle apariencia legal, se realizó una simulación de venta posterior del mismo a las personas de Víctor Manuel Paiva Heredia y Rosa Amelia Tipismana Barbarán, quienes luego refirieron que realizaron tal transacción “de favor”⁴⁵, conforme consta en el fallo del Recurso de Nulidad N° 2976-2004.

⁴⁵ (Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima, 2004)

En ese sentido, hemos podido determinar que existía un alto nivel de confianza entre los encausados, que las encausadas tenían conocimiento de la proveniencia ilícita del dinero y que estas brindaron su complicidad psíquica y material al encargarse de realizar las acciones necesarias para generar una apariencia de legalidad al dinero obtenido ilícitamente.

En conclusión, podemos afirmar que las encausadas (esposa e hijas del condenado) tenían conocimiento, desde un estadio temprano, de la voluntad y actuar del exfuncionario respecto de la comisión del delito de Enriquecimiento ilícito y, conforme se ha podido apreciar, le brindaron su apoyo (complicidad psíquica y material). Tomando ello en consideración, se puede afirmar que sí se produjo un acuerdo previo entre el condenado y las encausadas respecto a la comisión del delito de Enriquecimiento ilícito, en el cual, la función de las mismas sería procurar el dotamiento de apariencia de legalidad al dinero obtenido ilícitamente. Por ende, al existir un acuerdo previo, se reafirma la posibilidad de que se le debió atribuir responsabilidad penal a Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez, Jessica Rodríguez Córdova y Mónica Patricia Rodríguez Córdova (esposa e hijas de Marco Antonio Rodríguez Huerta).

6.- Conclusiones

Se tiene como primera conclusión que el delito de Enriquecimiento ilícito es un delito permanente, es decir, es un delito en el cual el autor, mediante su voluntad y acción, decide prolongar los efectos del delito.

Como segunda conclusión se puede afirmar que el delito de Enriquecimiento ilícito puede ser valorado a la luz de la teoría de la vulnerabilidad de los bienes jurídicos. En ese sentido, se tomará en consideración las conductas que pongan en riesgo o lesionen los bienes jurídicos protegidos. En el presente caso, se tiene que se puede atribuir de responsabilidad penal no solo a quien fue el funcionario público (intraneus - autor), sino también a Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez, Jessica Rodríguez Córdova y Mónica Patricia Rodríguez Córdova (extraneus) mediante la calificación como partícipes – cómplices primarios, puesto que estas última actuaron antes de que culmine la consumación del delito.

Finalmente, como tercera conclusión, se ha logrado determinar que sí se produjo un acuerdo previo entre el exfuncionario condenado y las encausadas (esposa e hijas). En ese sentido, aun cuando cierto sector de la doctrina pueda considerar que su actuar se dio luego de consumado el delito, el actuar de las encausadas aún continuaría siendo reprochable penalmente, pues así lo permite la ley cuando haya de por la celebración de un *pactum sceleris* entre los encausados y se haya efectuado así, por lo menos, la complicidad psíquica.

7.- Recomendaciones

Es menester se realicen sendas contribuciones dogmáticas y jurisprudenciales, a fin de que quede determinado, sin lugar a dudas, que el delito de Enriquecimiento ilícito se trata de un delito de comisión permanente. Ello en cuanto, en la actualidad, existe variada doctrina que lo considera como un delito instantáneo, aun cuando podría devenir en situaciones de impunidad.

Sin perjuicio de lo mencionado, consideramos que debería existir una mayor cantidad de pronunciamientos respecto a la teoría de vulnerabilidad del bien jurídico, pues esta al ser una teoría relativamente nueva y/o moderna, suele ser bastante confundida con los planteamientos de la teoría de la infracción del deber.

Asimismo, consideramos que resulta necesario que se hagan mayores aportes doctrinarios en cuanto a lo concerniente a el desarrollo del concepto e implicancias del *pactum sceleris*, pues esta figura jurídica no solo es poco desarrollada por juristas, sino que, en muchos casos, ante el desconocimiento o desconfianza de los magistrados, no suele ser adoptada en las resoluciones judiciales y, lastimosamente, como ha sucedido en el recurso de nulidad *sub-examine*, se generan situaciones de impunidad.

8.- Bibliografía

1. Acuerdo Plenario N° 02-2011 (VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria 06 de Diciembre de 2011).
2. Acuerdo Plenario N° 03-2016 (X Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria 12 de Junio de 2017).

3. Buompadre, J. (2009). *Tratado de Derecho Penal. Parte Especial* (Tercera ed., Vol. III). Buenos Aires: Astrea.
4. Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente. Casación N° 343-2012-Lima 16 de Abril de 2013.
5. Casación N° 782-2015-Del Santa (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente 06 de julio de 2016)
6. Casación N° 819-2016-Arequipa (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Transitoria 24 de mayo de 2019)
7. Casación N° 953-2017-Lima (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Transitoria 18 de Agosto de 2018).
8. Corte Superior de Justicia de Lima - Primera Sala Penal Especial, 25 de enero de 2011
9. Chanjan Documet, R. H., Padilla Trinidad, Á., & Gonzáles Cieza, M. (18 de Noviembre de 2019). *Diez claves para reconocer el delito de Enriquecimiento ilícito*. Obtenido de Instituto de democracia de Derechos Humanos. Idehpucp: https://idehpucp.pucp.edu.pe/notas-informativas/10-claves-para-reconocer-el-delito-de-enriquecimiento-ilicito/#_ftnref9
10. Díaz y García Conlledo, M. (2017). Un diálogo crítico con Claus Roxin y su teoría de la autoría. Cuadernos de Política Criminal. Segunda Época(123), 5-40.
11. Estado Peruano. (12 de Agosto de 2002). Ley N° 27815. *Ley del Código de Ética de la Función Pública* . Lima, Perú. Obtenido de <https://www.mimp.gob.pe/files/transparencia/CET/ley27815.pdf>
12. Estado Peruano. (08 de Noviembre de 1996). Ley N° 26683. *Ley que modifica el artículo 49° del Código Penal Peruano* . Lima, Perú. Obtenido de [http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo03260.htm/a%C3%B1o89978.htm/mes93021.htm/dia93155.htm/secto93156.htm/sumilla93158.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_modifica1636](http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo03260.htm/a%C3%B1o89978.htm/mes93021.htm/dia93155.htm/secto93156.htm/sumilla93158.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_modifica1636)
13. Gálvez Villegas, T. A. (2017). *El delito de Enriquecimiento ilícito* (Segunda ed.). Lima: Instituto Pacífico.

14. IDEHPUCP (s/f) Estadísticas en materia de casos anticorrupción y lavado de activos. URL: <https://idehpucp.pucp.edu.pe/observatorio-de-casos-anticorrupcion-y-lavado-de-activos/estadisticas-en-materia-de-corrupcion-y-lavado-de-activos/corrupcion/>
15. Instituto Nacional de Estadística e Informática (2020). *Percepción ciudadana sobre gobernabilidad, democracia y confianza en las instituciones*. URL: https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/02/15034327/INEI-informe_de_gobernabilidad_may2020-octubre-2019-marzo-2020.pdf
16. Jakobs, G. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*. (Segunda ed.). (J. Cuello Contreras, & J. Serrano Gonzales de Murillo, Trads.) Madrid: Marcial Pons.
17. Meini Mendez, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General. Teoría Jurídica del Delito*. Lima: Fondo Editorial de la PUCP.
18. Montoya Vivanco, Y. (2015). *Manual de Delitos Contra la Administración Pública*. Lima: Idehpucp.
19. Montoya Vivanco, Y. (2012). El delito de enriquecimiento ilícito como delito especial de posesión. En R. Pariona Arana, J. A. Caro John, Y. Montoya Vivanco, Y. Novoa Curich, J. Rodríguez Vásquez, E. Guimaray Mori, . . . L. Huerta Guerrero, & Y. Montoya Vivanco (Ed.), *Estudios críticos sobre los delitos de corrupción de funcionarios en Perú* (págs. 53-72). Lima: Idehpucp.
20. Muñoz Conde, F., & García Arán, M. (2010). *Derecho Penal. Parte General*. (Octava Ed.). Valencia: Tirant Lo Blanch
21. Recurso de Nulidad N° 09-2001 (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Transitoria 16 de Mayo de 2003).
22. Recurso de Nulidad N° 847-2006 (Corte Suprema de Justicia - Primera Sala Penal Transitoria 19 de Octubre de 2006).
23. Recurso de Nulidad N° 2939-2015 (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente 12 de Julio de 2017).

24. Recurso de Nulidad N° 2976-2004-Lima (Corte Suprema de Justicia - Sala Penal Permanente 30 de Diciembre de 2004).
25. Rodriguez Vasquez, J. A., Torres Pachas, D. R., Navas Bustamante, A. C., & Novoa Curich, Y. L. (2014). *Compendio jurisprudencial sistematizado: Prevención de la corrupción y justicia penal*. (E. Guimaray Mori, Ed.) Lima: IDEHPUCP.
26. Rojas Vargas, F. (2007). *Delitos contra la Administración Pública* (Cuarta ed., Vol. II). Lima: Editorial Grijley.
27. Salinas Siccha, R. (s.f.). Delitos contra la Administración Pública: La teoría de la infracción del deber en la jurisprudencia peruana.
28. Scheller D'angelo, A. (2011). La teoría del domino del hecho en la legislación penal colombiana. *Revista de Derecho*(35), 244-263.
29. Schünemann, B. (2018). Dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico o infracción del deber en los delitos especiales. *Revista Derecho PUCP*, 93-112.
30. Sentencia del Exp. N° 01-2011 (Sala Penal Especial de Lima 27 de Enero de 2012).
31. Sentencia del Exp. N° 99-2009 (Primera Sala Penal Especial de Lima 25 de Enero de 2011).
32. Sentencia del Exp. N° 85-2008 (Primera Sala Penal Especial de Lima, 11 de Enero de 2011)
33. Villavicencio Terreros, F. (2017). *Derecho Penal Básico*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú
34. World Justice Project (2020). *Índice de Estado de derecho*. URL: <https://cdn01.pucp.education/idehpucp/wp-content/uploads/2021/02/15035414/WORLD-JUSTICE-PROJECT-2020.pdf>

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

Lima, treinta de diciembre de dos mil cuatro.-

VISTOS; oído el informe oral; de conformidad en parte con el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal; por los fundamentos pertinentes de la recurrida; y **CONSIDERANDO: *Primero:*** Que este Supremo Colegiado conoce los presentes actuados en virtud del recurso de nulidad interpuesto por los encausados Marco Antonio Rodríguez Huerta, Jessica Rodríguez Córdova, Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez contra la sentencia de fojas diez mil quinientos setenticuatro que los condenan como autor y cómplices primarias, respectivamente, del delito de enriquecimiento ilícito. ***Segundo:*** Que, los citados encausados en los escritos de fundamentación de sus impugnaciones de fojas diez mil setecientos cincuenta, diez mil ochocientos cinco, diez mil setecientos ochentisiete y diez mil setecientos setentitrés, respectivamente, coinciden en solicitar sus absoluciones; que, en *primer lugar*, el acusado Rodríguez Huerta cuestiona el valor probatorio de la pericia contable ordenada en autos sosteniendo que sólo comprendió el periodo de mil novecientos noventa al año dos mil, situación que sustentó la acusación fiscal, y que la ampliación dispuesta por la Sala Superior pretendió subsanar las deficiencias, mandato que sin embargo afectó el deber de imparcialidad del Colegiado al sustituirse al órgano persecutor; en *segundo lugar*, señala que los peritos carecen de fiabilidad e independencia al haber modificado en forma subjetiva los criterios dados



SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el Centro de Investigaciones Judiciales
III - III - IGPJ

realizadas por la comisión investigadora del Congreso de la República, en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres, se determinó que diversos militares estaban involucrados en la compra y redención de certificados bancarios de moneda extranjera en la agencia del banco Continental, ubicado en el complejo de oficinas del Consejo de Defensa; que en ese grupo de oficiales generales se encontraba el acusado Marco Antonio Rodríguez Huerta, a quien luego de procederse al levantamiento del secreto bancario se le encontró la titularidad de las cuentas bancarias números cero cero uno - cero uno dos cinco - cero dos cero cero cero cinco nueve cinco tres - dos uno, cero uno uno - cero uno dos cinco - cero dos cero cero cero dos uno siete cuatro seis - dos nueve, cero uno uno - cero uno dos cinco - cero dos cero cero tres ocho ocho uno ocho - uno siete, cero uno uno - cero uno nueve cinco - cero dos cero cero tres nueve siete tres dos, cero uno uno - cero uno uno cuatro - cero uno cero cero cero uno cuatro uno tres cero; que las investigaciones llevadas a cabo establecieron que el citado imputado: a) con fecha nueve de febrero de mil novecientos noventa y seis adquirió tres certificados bancarios números doce veintiuno noventa y siete, doce veintiuno noventa y ocho y doce veintiuno noventa y nueve, cada uno por cincuenta mil dólares americanos, los que habría adquirido con el concurso de su coimputado Winston Alfaro Vargas (acusado reservado - cuya situación jurídica deberá resolverse en su oportunidad; b) con fecha veintiséis de febrero de mil novecientos noventa y seis adquirió los certificados bancarios números doce veintitrés noventa y uno, doce

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

veintitrés noventa y dos y doce veintitrés noventa y tres, cada uno por cincuenta mil dólares americanos; c) al redimir los últimos certificados, con fecha veinticuatro de octubre de mil novecientos noventa y seis adquirió los certificados bancarios números doce cuarenta y cuatro veintiuno, doce cuarenta y cuatro veintidós, doce cuarenta y cuatro veintitrés, doce cuarenta y cuatro catorce, doce cuarenta y cuatro quince, doce cuarenta y cuatro dieciséis, cada uno por cincuenta mil dólares americanos; d) el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y siete, adquirió los certificados bancarios números doce cincuenta y uno veintinueve, doce cincuenta y uno treinta y doce cincuenta y uno treinta y uno, cada uno por cien mil dólares americanos; e) con fecha diecisiete de marzo de mil novecientos noventa y ocho redimió la totalidad de los certificados bancarios antes glosados en la agencia principal de la entidad bancaria antes citada, con lo que obtuvo un total de seiscientos cincuenta y dos mil trescientos dólares americanos, dinero que abonó a la cuenta de ahorros número cero uno uno - cero uno siete ocho - cero dos cero cero cero tres ocho ocho uno ocho - uno siete que mancomunadamente tenía con su esposa Córdova Velásquez en el mismo banco (véase registro de abonos a fojas dos mil quinientos); f) esa suma, posteriormente, transfirió al exterior, específicamente al Banque Nationale de Paris (sucursal Miami - Estados Unidos de América) por un monto de seiscientos mil dólares americanos (véase fojas ciento cincuenta, mientras que la suma de cincuenta mil dólares americanos, mediante cheque de gerencia, lo hizo a la cuenta de Tumi Group Inc.; g) el diecisiete de agosto del año dos mil repatrió la suma

Copia para el Juzgado de Investigación Preparatoria N° 11-10PJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

de quinientos mil dólares de esta última cuenta (empresa Tumi Group Inc.) en el Banque Nationale de París a la cuenta corriente número cero cero uno uno - cero uno uno cuatro - cero uno cero cero cero uno dos cinco cero dos - seis nueve de la empresa Camde Inmobiliaria Sociedad Anónima Cerrada, representada por sus hijas y coencausadas Mónica Patricia y Jessica Rodríguez Córdova (véase informe de fojas dos mil treintinueve); y, h) parte de esa suma fue utilizada en la adquisición del inmueble sito en calle dos manzana Q lote nueve de la Urbanización Monterrico Norte, Distrito de Santiago de Surco - Lima, y el monto restante fue transferido a la cuenta a plazos número cero uno uno - cero uno uno cuatro - cero tres cero cero cero cuatro cuatro cuatro nueve cuatro ocho - seis dos.

Quinto: Que la pericia contable número siete - dos mil tres (fojas seis mil quinientos setentinueve), que fuera ampliada y aclarada por el dictamen número veintitrés - dos mil cuatro (fojas nueve mil ciento cincuenticinco), y su homóloga número veintisiete - dos mil cuatro (fojas nueve mil seiscientos diez), proporciona un dato concluyente, que valorado en su conjunto con las circunstancias objetivas que a continuación se indican, generan convicción sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal del impugnante Rodríguez Huerta, al establecer la existencia indubitable de un desbalance patrimonial ocurrido entre los años de mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y siete, cuyo monto ha sido especificado en el último dictamen ampliatorio (fojas nueve mil seiscientos diez) y que corresponde a la suma de cuatrocientos diez mil ochocientos cuarentiocho dólares americanos, como resultado del mayor

Copia para el Jefe de Investigaciones Juveniles
AL IV - COPY

12

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

saldo acumulado en mil novecientos noventa y siete, que estas conclusiones han sido reafirmadas en la diligencia de ratificación pericial realizada en el acto oral (fojas nueve mil cuatrocientos ochentinueve); que el periodo cuestionado es históricamente coherente con las fechas en que se realizaron las adquisiciones de los certificados bancarios (véase detalle cronológico de ingresos y egresos a fojas nueve mil doscientos cincuentiuno) y, como tal, permiten concluir la ilegitimidad de las sumas dinerarias con las que se adquirió los certificados bancarios, los que - además - no han podido justificarse; que a estos efectos resulta inconsistente el argumento exculpatorio en relación a una supuesta inversión en la empresa Refisa al no haber sido corroborada con elemento probatorio alguno (véase rubro 'conclusiones' literal A - tres, del dictamen de fojas nueve mil ciento cincuenticinco), además de no resultar categórica la conclusión del dictamen pericial de fojas nueve mil cincuentidós; que, asimismo, debe considerarse: a) el dato proporcionado por el giro de la suma de dinero, producto de la redención de los certificados, a la cuenta corriente mancomunada que tuvo con su esposa, de cuyo lugar se remitió al exterior del país, b) el análisis en relación al lapso de tiempo en que esta suma dineraria permaneció en los Estados Unidos de América, que va desde mil novecientos noventa y ocho hasta el año dos mil (aproximadamente dos años), c) el reingreso dinerario al país acaecido inmediatamente después que exprofesamente se constituyera una empresa beneficiaria que pudiera captar el giro dinerario con el propósito de dar visos de legalidad al dinero (Camde Inmobiliaria Sociedad Anónima Cerrada), d) el destino

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el expediente del Centro de Investigaciones Judiciales
AL. 114 - LOPJ

12

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

...terior que se dio al dinero, consistente en que una parte de ella sirvió para la adquisición del inmueble sito en calle dos manzana Q lote nueve de la Urbanización Monterrico Norte, Distrito de Santiago de Surco (testimonio de escritura obrante a fojas tres mil novecientos setenticinco), y a otra, a una cuenta a plazos, e) la simulación realizada de la venta posterior del citado inmueble con las personas de Víctor Manuel Paiva Heredia y Rosa Amelia Tipismana Barbarán (testimonio de escritura pública de fojas tres mil novecientos ochentiocho), quienes refieren haber realizado la transacción comercial de 'favor'. **Sexto:** Que, en cuanto al cuestionamiento de la pericia, es de significar que la solicitud de ampliación de la misma resulta ser una prueba petitionada por la propia defensa técnica (séptima sesión de audiencia de fecha doce de marzo de dos mil cuatro); que, si bien no comprendió el periodo solicitado (mil novecientos sesenticinco - mil novecientos ochentinueve) empero abarcó todo el interregno desde su ingresó a la carretera militar hasta el año dos mil, que obviamente contiene el plazo petitionado, siendo relevante precisar que en similares términos fue ordenada a nivel de la instrucción (véase resolución de fojas cinco mil ciento diecisiete de fecha veintiocho de agosto de dos mil dos, que resolvió el pedido expreso del justiciable en su escrito de fojas cinco mil ciento dieciséis); que, en ese sentido, el mandato de la Sala Penal Superior no sólo fue de oficio sino que no generó estado de indefensión, lo que no genera ineficacia probatoria a la pericia cuestionada y, menos aún, afectó la imparcialidad de los magistrados; que dicha prueba pericial, más bien se constituyó en una prueba de fundamental trascendencia, además de

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el expediente del Centro de Investigaciones Judiciales
An. 14 - LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

acreditar el despliegue de un efectivo ejercicio del derecho de defensa del justiciable al formular observaciones sobre sus resultados, en las sesiones de audiencias posteriores (véase actas de fojas nueve mil cuatrocientos cinco y nueve mil cuatrocientos setentuno); que, por otro lado, tampoco se advierten motivos o causas que generen inhabilidad en los peritos en razón a que las conclusiones de sus resultados han tenido basamento documental que - incluso - fue observado por la propia defensa según se tiene del dictamen de fojas nueve mil seiscientos diez (véase acápite III del rubro 'documentos revisados'); que es de precisar que nuestro ordenamiento procesal, más allá de las opciones que sobre el particular exista en el derecho comparado, no prohíbe la denominada "prueba de oficio", aunque es de estimar que lo razonable en orden al respeto al principio acusatorio, adoptando una posición intermedia, es la aceptación en todos los casos de la denominada "prueba complementaria", esto es, aquella destinada a contrastar o verificar otras pruebas ya aportadas por las partes, distinguiendo entre la prueba de la existencia de los hechos y la comprobación de si la prueba sobre ellos es o no fiable; que visto en su conjunto el proceso en cuestión no se aprecia, en cuanto al modo de presentación de los medios de prueba de cargo y de descargo, haya vulnerado la exigencia de justicia y equidad que exige el Derecho constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Séptimo: Que, con relación a las encausadas Mónica Patricia Rodríguez Córdova, Jessica Rodríguez Córdova y Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez, habiéndose producido discordia, sus

Copia para el caso expediente N° 2976-2004
907-14-1001

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

situaciones jurídicas deben analizarse de modo independiente en resolución distinta. *Octavo:* Que, de otro lado, a los efectos de la determinación de la pena es de tener presente, en *primer lugar*, el marco punitivo correspondiente, siendo de competencia del legislador -con los límites señalados por el Tribunal Constitucional en la sentencia del tres de enero de dos mil tres recaída en el asunto Marcelino Tineo Sulca, Expediente número diez - dos mil dos - AJ/TC, párrafos ciento noventa y siete a ciento noventa y nueve- la fijación de la clase de pena y el quantum de ésta, aunque no de una manera fija y absoluta, sino por lo general relativamente indeterminada señalando un máximo y un mínimo; que a estos efectos es de advertir tanto lo que estipula el propio tipo penal (pena-tipo) cuanto, en otros casos, los diversos supuestos, legalmente previstos, de modificación del marco penal, tales como las referidas al tipo de autoría o participación o al grado del delito, las circunstancias atenuantes de especial significación, las eximentes incompletas y las circunstancias atenuantes de especial significación, las eximentes incompletas y las circunstancias específicas cualificadoras -individualización legal-; que, *en segundo lugar*, sobre ese marco abstracto es de tomar en cuenta para determinar el marco penal concreto -individualización judicial-, las circunstancias atenuantes o agravantes genéricas, a partir del conjunto de factores fijados por los artículos cuarenticinco y cuarentiséis del Código Penal; que es de tomar en cuenta como criterios determinantes la relación de proporcionalidad entre la entidad del injusto perpetrado y la culpabilidad por el hecho (las circunstancias personales del reo), que por cierto no son matemáticos sino

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

sustentados en valoraciones de orden cultural -variables en sí mismo-, y además la orientación preventiva de la pena, que desde luego no pueden vulnerar las exigencias constitucionales representadas genéricamente en el principio de prohibición de exceso; que es de tener presente que, en ese sentido, en relación al acusado Rodríguez Huerta debe valorarse el marco punitivo establecido por el tipo previsto en el artículo cuatrocientos uno del Código Sustantivo, la forma y circunstancias en que se realizó el delito, la suma de dinero objeto de enriquecimiento ilícito, la calidad de delincuente primario del imputado y la entidad de los deberes infringidos, por lo que es del caso modificar la pena impuesta, en atención a la facultad conferida por el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número novecientos cincuentinueve.

Noveno: Que el delito de enriquecimiento ilícito tiene prevista la pena principal de inhabilitación conforme al artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, pena que se circunscribe a los incisos uno y dos del artículo treintiséis del Código Sustantivo, y cuya omisión –en ese extremo- en el fallo de instancia es de rigor subsanar con arreglo a lo dispuesto en el artículo doscientos noventa y ocho, penúltimo párrafo, del Código de Procedimientos Penales.

Décimo: Que la instancia de grado ha remitido a este Supremo Tribunal los escritos de los encausados Mariano Eliseo Rodríguez Oliva y Victoria Rogelina Alfaro Vargas fechados el treinta de septiembre de dos mil cuatro, mediante los cuales deducen la nulidad de la resolución superior de fojas diez mil ochocientos cincuenticinco de fecha ocho de julio del mismo año, que declaró inadmisibles los recursos de

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el caso en el Juzgado de Investigación Prejudicial
10.10.2004

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

nulidad; que, empero, tales pretensiones devienen procesalmente inatendibles atendiendo a que bajo el mismo objetivo los citados justiciables –como corresponde– han interpuesto recurso de queja directamente ante este Supremo Tribunal, las que han sido desestimadas, por lo que carece de objeto emitir pronunciamiento, en aplicación del artículo noventa del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: **I. Declararon NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas diez mil quinientos setenticuatro, de fecha veintiuno de junio de dos mil cuatro, en cuanto condena a Marco Antonio Rodríguez Huerta como autor del delito contra la administración pública - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado. **II. Declararon NO HABER NULIDAD** en la propia sentencia en cuanto impone: 1) a Marco Antonio Rodríguez Huerta tres años de inhabilitación, 2) y fija en quinientos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el citado sentenciado a favor del Estado, 3) dispone el decomiso del inmueble situado en calle dos manzana Q lote nueve de la Urbanización Monterrico Norte, Primera Etapa, del distrito de Santiago de Surco, ordena devolver del saldo de dinero que constituye la repatriación a través de la empresa Camde Inmobiliaria Sociedad Anónima Cerrada y el dinero depositado en la cuenta en el Banco Nationale de Paris; con lo demás que al respecto contiene. **III. Declararon HABER NULIDAD** en la propia sentencia en el extremo que impone diez años de pena privativa de libertad a Marco Antonio Rodríguez Huerta; reformándola: le impusieron **ocho años** de pena privativa de la libertad, que con el descuento de la detención

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el **Curso de Investigaciones Judiciales**
Nº 1001 - LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

que viene sufriendo desde el ocho de julio de dos mil dos, vencerá el siete de julio de dos mil diez. **IV. INTEGRARON** la propia sentencia en cuanto a la pena de inhabilitación que se ha impuesto, en el sentido que los derechos restringidos son los establecidos en los incisos uno y dos del artículo treintiséis del Código Penal; **V. Declararon NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene y es materia del recurso, sin perjuicio de lo señalado en el punto séptimo de la parte resolutive de esta Ejecutoria. **VI. INADMISIBLE** los artículos de nulidad deducido por los imputados Mariano Eliseo Rodríguez Oliva y Victoria Rogelina Alfaro Vargas contra la resolución superior de fojas diez mil ochocientos cincuenta y cinco, de fecha ocho de julio del mismo año; **VII.** Habiéndose producido discordia respecto a la situación jurídica de las impugnantes Nelly Graciela Córdova Velásquez o Nelly Graciela Córdova Velásquez de Rodríguez, Jessica Rodríguez Córdova y Mónica Patricia Rodríguez Córdova: **CONVOCARON** para dirimirla al Señor Vocal Supremo llamado por ley.-

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

PALACIOS VILLAR

BARRIENTOS PEÑA

LECAROS CORNEJO

MOLINA ORDÓÑEZ

PV/ap

12

SE PUBLIQUE CONFORME A LEY

ROSA F. FLORES BARRIGA
Secretaria (p) Sala Penal Permanente
SUPREMA

Comisión de Investigación Judicial
Código de Procedimiento Penal
Código de Organización Judicial

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

EL VOTO DE LOS SEÑORES VOCALES SUPREMOS CESAR EUGENIO SAN MARTÍN CASTRO, ADOLFO BARRIENTOS PEÑA Y JOSE LUIS LECAROS CORNEJO, ES COMO SIGUE:

Lima, treinta de diciembre de dos mil cuatro.-

VISTOS; con lo expuesto por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: *Primero:*** Que la controversia que se plantea en el presente caso, entre otros agravios materia de la impugnación, está referida a si las encausadas Jessica Rodríguez Córdova, Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez pueden responder o no penalmente como cómplices primarias del delito de enriquecimiento ilícito. ***Segundo:*** Que es claro, sin embargo, que a esa configuración no obsta la condición de *extranei* de las tres acusadas, en tanto que aún siendo el tipo penal de enriquecimiento ilícito un *delito especial* –propio, en este caso- es absolutamente posible el concurso de terceros para su efectiva consumación, sin que tal condición implique la ruptura del título de imputación; que la intervención de terceros en delitos especiales, más allá incluso de la entidad de la contribución material concreta de cada uno de ellos, sólo puede ser a título de partícipes en tanto no son funcionarios o servidores públicos, que es lo que el tipo exige para la autoría –el autor en este caso es quien infringe un deber específico o especial que el tipo penal asume-; accesoriadad que en todo caso no puede negar la consideración general que los partícipes –como todas las personas- tienen

SALA PENAL PERMANENTE

Copia para el uso de la Sala Penal Permanente del Centro de Investigaciones Judiciales

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

el deber de evitar la lesión del bien o interés jurídico que protege la norma jurídico penal en cuestión; que es claro, entonces, que el cómplice no necesita tener la calificación jurídica que determina la autoría del hecho punible, sencillamente porque no es un autor sino un simple partícipe.

Tercero: Que de autos aparece que el encausado Rodríguez Huerta en febrero de mil novecientos noventa y seis adquirió en total seis certificados bancarios por un total de trescientos mil dólares americanos, y en el año siguiente hizo lo propio con otros tres certificados por un total de trescientos mil dólares americanos; que, asimismo, está probado que en el año mil novecientos noventa y ocho redimió la totalidad de los certificados bancarios, monto que a su vez lo abonó en la cuenta mancomunada que tenía con su esposa, la acusada Córdova Velásquez; que, de igual manera, está acreditado que, con posterioridad, el citado acusado Rodríguez Huerta transfirió al Banque Nationale de Paris – Sucursal de Miami seiscientos mil dólares americanos y a la empresa Tumi Group Incorporated cincuenta mil dólares americanos; que también está probado que dicho acusado el diecisiete de agosto de dos mil repatrió quinientos mil dólares a la cuenta corriente de la empresa Camde Inmobiliaria Sociedad Anónima Cerrada, representada por sus hijas, las acusadas Mónica Patricia y Jessica Rodríguez Córdova, y el monto restante a una cuenta a plazo fijo abierta por aquéllas; así como que con parte de ese dinero se adquirió un terreno a nombre del citado acusado Rodríguez Huerta y el restante nuevamente se depositó en una cuenta de este último. **Cuarto:** Que, así las cosas, es de dilucidar con carácter previo dos cuestiones dogmáticas: el momento de intervención del

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el uso exclusivo del Colegio de Investigaciones Judiciales
Art. 114 LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

partícipe, y el momento de consumación del delito de enriquecimiento ilícito; que 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 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]; 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 [véase Ejecutoria Suprema del siete de julio de mil novecientos noventinueve, Expediente Número mil novecientos treinticuatro-noventinueve/Ucayali], 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; que, en lo atinente a la consumación del delito de enriquecimiento ilícito, el artículo cuatrocientos uno del Código Penal, al definir esa 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 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

Copia para el uso exclusivo del Centro de Investigaciones Judiciales
A. 114 - 1091

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

ilicitud del enriquecimiento; 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; que aplicando las reglas generales de participación delictiva la complicidad será posible durante los actos de preparación o durante los actos de ejecución propiamente dicha, esto es, siempre que el delito no esté consumado: aún no se ha alcanzado el resultado de enriquecimiento ilícito, de modo que habrá complicidad cuando los *extranei* intervienen para lograr el enriquecimiento ilícito del agente, lo que incluye conductas tendentes a ocultar o disimular el enriquecimiento propiamente dicho del *intranens*.

Quinto: Que, en el presente caso, si bien es obvio, vista la cantidad de dinero objeto de enriquecimiento ilícito, la muy estrecha relación de parentesco con el *intranens*, y las conductas realizadas por las *extranei*, que estas últimas sabían de la procedencia ilícita del dinero en cuestión, es del caso definir si su conducta fue previa o coetánea al enriquecimiento ilícito del acusado Huerta Rodríguez; que las pruebas antes glosadas determinan que objetivamente intervinieron mucho tiempo después que el acusado Huerta Rodríguez obtuvo el dinero cuestionado, enriquecimiento que se concretó en la adquisición a su nombre de certificados bancarios en moneda extranjera —acá, incluso, es posible afirmar que la conducta del acusado Rodríguez Huerta ya se encontraba en la fase de terminación y no de mera consumación formal del delito—, para lo cual éstas no realizaron acto alguno tendente a ocultarlo o disimularlo —actuar como personas interpuestas, que es el caso del testaferrato—; que es cierto que un supuesto de complicidad

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el uso exclusivo del Centro de Investigaciones Judiciales
Art. III - LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

primaria se da cuando la intervención está dada por una promesa anterior [se trata, apunta ROBINSON GONZÁLES CAMPOS, siguiendo a CARLOS FONTÁN BALESTRA, de prestar una ayuda posterior cumpliendo una promesa previa al hecho, de otro modo sería encubrimiento: *Código Penal Comentado*, Tomo I, Gaceta Jurídica, dos mil cuatro, página novecientos cuarentidós], en tanto ésta haya tenido incidencia en el hecho delictuoso -aún cuando luego no se cumpla-, esto es, cuando el autor ha contado con esa ayuda para la comisión del hecho, aun cuando éste quede en grado de tentativa y, por lo tanto, falte la posibilidad de cumplir la promesa [Conforme: BACIGALUPO, ENRIQUE: *Derecho Penal Parte General*, ARA Editores, Lima, dos mil cuatro, página cuatrocientos noventa y ocho. En igual sentido: LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO: *Derecho Penal Parte General*, Tomo II, Gaceta Jurídica, dos mil cuatro, página trescientos ochentiséis]; que a estos efectos es de reconocer que un acuerdo previo a la ejecución del delito es suficiente para configurar la participación, aunque el aporte de actividad material pactado lo fuere para ser ejecutado tras la consumación del mismo, ya que más allá que tales actos se produzcan *ex post* son reprochables *ex ante*, pues la responsabilidad se traslada en el aspecto subjetivo de codelincuencia al momento del concierto participativo en que se produce el *pactum sceleris* y en el que se plantea el reparto de papeles de los partícipes; que, sin embargo, la sola referencia al vínculo de parentesco, aún cuando muy estrecho, sin otra prueba que la corrobore, no permite deducir unívocamente que los actos de las encausadas constituyeron la concreción de promesas previas, anteriores al acto de enriquecimiento ilícito, es decir, que el acusado Rodríguez Huerta

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el uso exclusivo del Centro de Investigaciones Judiciales
Art. 114 - LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

para la comisión del delito contó con la ayuda de su esposa e hijas ofrecidas con anterioridad y que debía materializarse años más tarde; que son particularmente significativas las fecha de la consumación y las fechas de la intervención material de las acusadas, puesto que entre ambas pasaron varios años, no fueron inmediatas, dato que a los efectos del análisis indiciario funciona como un serio contraindicio, que en todo caso genera una duda razonable acerca de la real existencia de un *pactum sceleris*, que es el único fundamento normativo plausible que puede fundamentar la complicidad objeto de acusación. **Sexto:** Que, siendo así, como tales conductas por razones de prueba no cumplen los requisitos que exige la complicidad primaria –e, incluso, la simple o secundaria-, por lo que atento a un correcto juicio de tipicidad es el caso absolverlas con arreglo a la facultad del artículo trescientos uno, primer párrafo, del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos; **NUESTRO VOTO:** es porque se **declare HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas diez mil quinientos setenticuatro, de fecha veintiuno de junio de dos mil cuatro, en cuanto condena a Jessica Rodríguez Córdova, Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez como cómplices primarias del delito contra la administración pública - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, a las penas de cinco y cuatro años, respectivamente, de pena privativa de la libertad; con lo demás que al respecto contiene; reformándola: las **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el citado delito en agravio del Estado; **MANDARON** archivar definitivamente el proceso en este extremo; y de conformidad con

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el uso exclusivo del Centro de Investigaciones Judiciales
An 114 - LOPJ

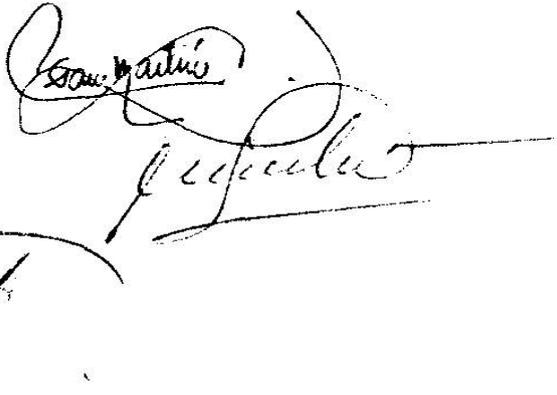
SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

lo establecido por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setentinueve, **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del citado ilícito; y encontrándose sufriendo carcelería Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Jessica Rodríguez Córdova: **ORDENARON** su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista en su contra otra orden o mandato de detención emanado de autoridad competente; oficiándose vía fax para tal efecto a la Presidencia de la Sala Penal Especial - A - de la Corte Superior de Justicia de Lima, y se devuelva.-

SAN MARTÍN CASTRO
BARRIENTOS PEÑA
LECAROS CORNEJO



SE PUBLICO CONFORME A LEY

ROSA F. FLORES BARRIGA
Secretaria (p) Sala Penal Permanente

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el uso en base de datos del Centro de Investigaciones Judiciales
Art. 114 - LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

Fidel Rojas Vargas precisa que "aceptar que los actos de complicidad de los particulares (en esos delitos especiales) asumen una tipicidad propia distinta a la de los actos de autoría del sujeto público (tesis de la autonomía de la imputación) implicaría hacer una doble tipificación en base a un solo supuesto de hecho ilícito y por lo tanto doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo cual supone plantear un concurso de tipos penales (especial y común) que satisfaga la tesis de la complicidad como hecho principal paralelo a la autoría del sujeto cualificado, situación que de aceptarse dejaría en la impunidad muchos actos de participación" [*Delitos contra la administración pública*. Editorial Grijley, tercera edición, dos mil dos, página setentiséis]. **Tercero:** Que la prueba actuada en el decurso del proceso - y sobretodo la debatida en el acto oral de juzgamiento - determina que las encausadas tuvieron intervención en el evento delictivo; así, Córdova Velásquez, debido a su relación conyugal con el encausado Rodríguez Huerta, tuvo conocimiento de las operaciones bancarias que realizaba, además de tener la mancomunidad de la cuenta bancaria donde se depositó la suma ascendente a seiscientos cincuentidós mil dólares americanos (véase registro de abonos de fojas dos mil quinientos y reporte de fojas siete mil seiscientos cincuentiocho), haber intervenido en la constitución de la empresa Tumi Group Incorporated (conforme lo ha sostenido Rodríguez Huerta en su manifestación policial de fojas mil doscientos treinticinco realizada con participación de su abogado defensor y el representante del Ministerio Público) y estar registrada como una de las favorecidas en la adquisición del inmueble adquirido con posterioridad, así

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el uso exclusivo del Consejo de Investigaciones Judiciales
Art. III - LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

dispusiera de cuarentisiete mil, veinte mil, veinte mil, doscientos mil y diez mil dólares americanos, los días uno, cinco, seis, siete y quince de febrero del mismo año, respectivamente (véase informe obrante a fojas dos mil treinta y nueve); que, todas estas circunstancias valoradas en función a la sólida relación familiar que los vinculan y al hecho objetivo que - según la pericia contable - sus patrimonios obtenidos fueron asumidos por el acusado Rodríguez Huerta, permiten formar convicción que sus actuaciones fueron acordadas con anterioridad - promesa previa al hecho - y con el objetivo - posterior - de ocultar y lograr la *efectiva* disponibilidad del ilegítimo dinero; por lo que devienen en inatendibles los agravios expuestos por las impugnantes a este respecto. **Cuarto:** Que, tal conclusión no se condice, en modo alguno, con lo dispuesto por el artículo veinticinco del Código Penal y la propia doctrina porque "la actividad desplegada por el cómplice puede consistir tanto en un aporte anterior o concomitante al momento de ejecución del hecho, como en uno posterior, a condición de que medie promesa anterior" [Conforme: Fernando Velásquez Velásquez. *Derecho Penal - Parte General*. Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, mil novecientos noventa y siete, página seiscientos treinta]; que, en ese mismo parecer, José Hurtado Pozo admite la sanción del cómplice que actúa con posterioridad al hecho, por la pre - existencia de una promesa con el autor, fundamentando la punición porque aquél "no es reprimido por el acto que ha cometido después de ejecutada la infracción, sino por haber alentado al autor mediante la promesa de ayudarlo"[*Manual de Derecho Penal - Parte General*. EDDILI, segunda edición, Lima, mil novecientos ochenta y siete, página quinientos

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el uso exclusivo del Centro de Investigaciones Judiciales
Art. 114 - LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

cuarenticinco]; y en ese lineamiento Amado Ezaine Chávez precisa que "es la promesa previa (tenida en cuenta) el hecho distintivo entre la complicidad *sub-sequens* y el encubrimiento" [*El proceso ejecutivo del delito. Autoría y participación*. Ediciones Jurídicas Lambayecanas, FECAT, Lima, mil novecientos noventa y siete, página doscientos cincuenta]. **Quinto:** Que el delito de enriquecimiento ilícito tiene prevista la pena de inhabilitación (artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal), la cual se circunscribe a los incisos uno y dos del artículo treintiséis del Código Sustantivo, y cuya omisión en el fallo de instancia es de rigor subsanar con arreglo a lo dispuesto en el artículo doscientos noventa y ocho, penúltimo párrafo, del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos; **NUESTRO VOTO: es porque se declare: NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas diez mil quinientos setenticuatro, de fecha veintiuno de junio de dos mil cuatro, en cuanto *condena* a Jessica Rodríguez Córdova, Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Nelly Graciela Córdova Velásquez o Córdova Velásquez de Rodríguez - como cómplices primarias - del delito contra la administración pública - enriquecimiento ilícito - en agravio del Estado, imponen a Córdova Velásquez cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida condicionalmente por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, a Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Jessica Rodríguez Córdova cinco años de pena privativa de la libertad, asimismo a la pena de tres años de inhabilitación **INTEGRÁNDOLA**, en el sentido que los derechos restringidos son los establecidos en los incisos uno y dos del artículo treintiséis del Código Penal y fija en quinientos mil

SALA PENAL PERMANENTE
del Centro de Investigaciones Judiciales
Copia para el uso exclusivo del J.P. 14-1091

S.

SALA PENAL PERMANENTE

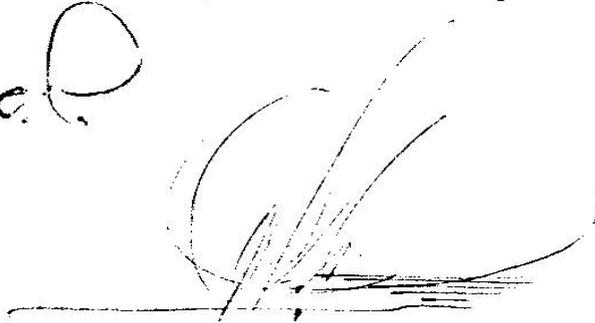
R.N. N° 2976-2004

LIMA

nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar las citadas sentenciadas en forma solidaria con el ya sentenciado Rodríguez Huerta, a favor del Estado, con lo demás que dicha sentencia contiene.-

PALACIOS VILLAR
MOLINA ORDÓÑEZ

sc. P.



SE PUELE CONTROLAR A LEY

ROSA F. FLORES BARRIGA
Secretaría (p) Sala Penal Permanente
COMTE. SUSSEMA

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el uso exclusivo del Consejo de Investigaciones Judiciales
Art. 114 - LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

LA SECRETARIA DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA QUE SUSCRIBE, CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR VOCAL SUPREMO DOCTOR MANUEL QUINTANILLA CHACÓN, ES COMO SIGUE:-----

VISTOS; por los fundamentos pertinentes de los votos de los señores Vocales Supremos César Eugenio San Martín Castro, Pastor Adolfo Barrientos Peña y José Luis Lecaros Cornejo; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que corresponde emitir pronunciamiento en fase de dirimencia respecto al extremo recurrido por las acusadas Jessica Rodríguez Córdova, Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Nelly Graciela Córdova Velásquez o Nelly Graciela Córdova Velásquez de Rodriguez contra la sentencia de fojas diez mil quinientos setenta y cuatro, su fecha veintiuno de junio de dos mil cuatro, que las condena como cómplices primarias del delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado. **Segundo:** Que en los votos acogidos se hace una precisión clara de las condiciones requeridas para la complicidad, en ese sentido sólo cabe enfatizar algunos caracteres que le son inherentes: **a)** en su relación con el hecho fáctico, el cómplice no posee dominio del mismo, en cuyo caso constituiría un caso de coautoría, **b)** el aporte efectuado por el cómplice no sólo puede ser material sino psicológico -denominada también complicidad intelectual- que significa un apoyo a la decisión ilícita adoptada por el autor, **c)** el momento del aporte efectuado por el cómplice en su relación con la actividad del agente, no es otro mas que la etapa de preparación como de ejecución, nunca después de la consumación

SECRETARIA PERMANENTE
Copia para el uso exclusivo del Centro de Investigaciones Judiciales
Av. 114 - LOPJ

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

-2-

del hecho, sin embargo el único caso en que una conducta posterior puede ser determinante de complicidad es la existencia de una promesa anterior que haya tenido incidencia en el hecho, **d)** esta forma de participación sólo admite la forma dolosa, y **e)** la complicidad primaria implica un aporte sin el cual no se hubiera podido cometer el delito, carácter de necesidad que restringe su despliegue a la etapa de preparación. **Tercero:** Que del estudio de autos se aprecia que las acciones atribuidas a las citadas acusadas a título de cómplices primarias se llevaron a cabo mucho tiempo después de la actividad ilícita del autor, inclusive la situación fáctica más cercana efectuada por la acusada Córdova Velasquez al abrir una cuenta mancomunada con el autor el dieciséis de marzo de mil novecientos noventa y ocho, constituyó un acto "ex post", condiciones cronológicas que las desvinculan de esta forma de participación; del mismo modo, no hay elemento ni de carácter indiciario que permita atribuir la existencia de una promesa anterior efectuada por las recurrentes que haya tenido incidencia en el hecho. **Cuarto:** Que en consecuencia, no presentándose las condiciones requeridas para la atribución de participación de las recurrentes como cómplices, es necesario emitirse un pronunciamiento de irresponsabilidad. Fundamentos por los cuales, **CONCUERDO** con los votos de los señores Vocales Supremos San Martín Castro, Barrientos Peña y Lecaros Cornejo, para que se declare **HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas diez mil quinientos setenta y cuatro, su fecha veintiuno de junio de dos

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el caso en el Centro de Investigaciones Judiciales
Art. 114 - LOPJ

gl.

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2976-2004

LIMA

-3-

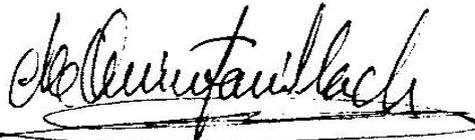
mil cuatro, en cuanto condena a Jessica Rodríguez Córdova, Mónica Patricia Rodríguez Córdova y Nelly Graciela Córdova Velásquez o Nelly Graciela Córdova Velásquez de Rodríguez como cómplices primarias del delito contra la administración pública - enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, a cinco y cuatro años de pena privativa de la libertad respectivamente, con lo demás que al respecto contiene; reformándola: las **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el referido delito en agravio del Estado; **MANDARON** archivarse definitivamente el proceso en este extremo y la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados contra las absueltas por el citado delito conforme lo establece el Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, **ORDENARON** la inmediata libertad de Jessica Rodríguez Córdova y Mónica Patricia Rodríguez Córdova, siempre y cuando no exista en su contra orden o mandato de detención emanada de autoridad competente, comunicándose vía fax para tal efecto a la Presidencia de la Sala Penal Especial A de la Corte Superior de Justicia de Lima; oficiándose; y los devolvieron.-----

Lima, dos de febrero de dos mil cinco.-----

§.

QUINTANILLA CHACÓN

MQCH/eyc.



SE PUBLICO CONFORME A LEY


ROSA F. FLORES BARRIGA
Secretaria (p) Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

SALA PENAL PERMANENTE
Copia para el uso exclusivo del Centro de Investigación por Delitos
Art. 114 - LOPJ