

SECCION DECIMA PRIMERA

FUNDAMENTACION JURIDICA

A. De las observaciones de la defensa del acusado Luis Alberto Cubas Portal.

1. La defensa del acusado **Luis Alberto Cubas Portal** en sus Alegatos Finales (**Sesión 313 del 27.12.2010**), ha objetado lo siguiente:

Cuestionamiento 01: Ausencia de demostración de la relación del enriquecimiento ilícito del autor con los cargos

- 1.1. *“...únicamente puede ser autor del delito el funcionario público, (...) con la expresión por razón de su cargo, el legislador se refiere tanto al momento en que se debe [pro]ducir el enriquecimiento, como el uso abusivo del cargo de enriquecerse; (...) el señor Fiscal [no] ha podido probar que cuando ejerció esos cargos [el acusado Luis Alberto Cubas Portal] se pudo haber enriquecido de alguna manera...”^[965]*
- 1.2. *“... el señor representante del Ministerio Público [es] quien debe probar no solo un presunto desbalance de enriquecimiento, sino que debe acreditar conforme al Debido Proceso y respeto del Derecho de Defensa que este enriquecimiento es producto de contravención normativa en el ejercicio del cargo o empleo público, es decir, para una posible condena se debe probar que ha existido un Enriquecimiento Ilícito partiendo de la consideración, en razón del cargo, como se ha señalado el enriquecimiento pudo provenir de distintas fuentes y claramente al momento de los hechos materia de juzgamiento y tipo penal vigente, solo previene y sanciona aquel enriquecimiento ilícito del que poseyendo un cargo o el empleado público se vale del mismo para incrementar su patrimonio, se añade, así la figura en estudio se atribuye solo al sujeto público que por razón de su cargo hace un incremento ilícito de su patrimonio, no abarca al que se enriquece al margen de la razón del cargo, concluye a este respecto el mismo Fidel Rojas, señalando sin dudas que en suma enriquecerse por razón del cargo de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abuse de su cuota de poder, se vale y utiliza su puesto para lucrar con él, cabe la vinculación causal necesaria entre el dato objetivo del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el Delito de Enriquecimiento Ilícito, volvemos al caso de Soberón Ricards, ha sido absuelto, el Juez que dijo que tenía ochenta mil dólares en su closet y que la Fiscalía de la Nación, cumpliendo el artículo cuarenta y uno de la Constitución, lo denunció, después acusó, ha sido absuelto por que no se ha podido probar que en razón a su cargo haya obtenido este enriquecimiento, eso es lo que exigía la defensa, eso es lo que pedía la defensa, que el Ministerio Público nos probara o probara durante el juicio, que en razón al cargo que ejerció mi patrocinado, éste se habría enriquecido...”^[966]*

^[965] Ver fojas 103,149 del Tomo 135.

^[966] Ver fojas 103,152 y siguiente del Tomo 135.

- 1.3. *“... Siguiendo con Fidel Vargas, éste menciona que un funcionario o servidor público puede enriquecerse y ser ese enriquecimiento valorado negativamente a título de ilicitud en base a tres supuestos: cometiendo delitos comunes, producto de concusiones, peculado, negociaciones incompatibles o tercero, haciendo valer su cargo para obtener bienes que han acrecentado su patrimonio, mediante el comportamiento que no han sido declarados judicialmente delictivos, ingresan en este tercer orden conductas ilícitas no denunciadas o no esclarecidas suficientemente e infracciones de relevancia administrativa, incompatibilidad de prevalimientos, de asesoramientos a empresas particulares, cuando Fidel Vargas hace esta relación de tres supuestos nos dice: que se ha cometido un delito común, tendrá que ser juzgado por el delito común que cometió, hurto, estafa, lo que fuera, que ha sido producto de concusión, peculado, negociaciones incompatibles, tendrá que ser juzgado por el delito de concusión, peculado, negociación incompatible y solamente en el tercer supuesto es cuando esta persona podría ser juzgado por el Delito de Enriquecimiento Ilícito. Solamente hay que recordar que la Sala en el mismo caso Rodríguez Huerta, consideró como subsidiario, de abstracto el Delito de Enriquecimiento Ilícito por que dice, se responde el interés social de evitar la impunidad frente a una conducta lesiva o merecedora de pena a la cual no es aplicable otro tipo penal...”.[⁹⁶⁷]*

Cuestionamiento 02: El delito de enriquecimiento ilícito no puede tener una consumación de delito permanente.

- 1.4. *“.. de acuerdo a lo señalado por la dogmática penal acerca de los delitos de estado, aquel en el que se crea un estado antijurídico y duradero, pero la consumación va a cesar desde el momento de la aparición de la situación antijurídica, esto se da así, porque solo se describe en el tipo, la producción del estado antijurídico y no su mantenimiento, los delitos permanentes consistente en que la gente no solo crea la situación ilícita sino que además ésta se mantiene mientras él prosigue voluntariamente realizando la acción, es así que la realización del tipo penal se mantiene por la voluntad delictiva del autor, tanto tiempo como subsista el estado antijurídico creado por el mismo, ejemplo secuestro, el Delito de Enriquecimiento Ilícito es un delito de estado y no es un delito permanente, que si bien puede ser continuado acción disvaloradas distintas y continuadas en el tiempo, su consumación es instantánea, lo que por si descarta la exigencia de la justificación como supuesto y elemento de tipo objetivo de la versión primigenia del delito de Enriquecimiento Ilícito establecido en el Código Penal del noventa y dos. O sea, lo que quiere decir la defensa es que a nuestro entender, el Delito de Enriquecimiento Ilícito es un delito instantáneo y no permanente como ha venido mencionando los votos en mayoría, y siempre sacó a colación lo que ha dicho el maestro Francesco Antolesei, el maestro dice: ha encontrado amplia afectación en la doctrina según el cual el delito permanente sería posible solo en los casos en que la acción delictuosa tenga por objetos bienes inmateriales susceptibles de aprensión, es decir, capaces de permanecer íntegros al cesar la ofensa, en especial la libertad personal, el maestro Francesco Antolesei niega como lo dice también Claus Roxin, que los delitos permanentes puedan ser aquellos que no tengan bienes inmateriales, el delito de enriquecimiento tiene como objeto principal un*

[⁹⁶⁷] Ver fojas 103,154 del Tomo 135.

bien inmaterial o un bien material, tiene un bien material, el dinero, el incremento, el increchendo patrimonial, es un bien material, no un bien inmaterial, solo por esa razón el Delito de Enriquecimiento Ilícito no puede ser permanente, sino solamente es un delito instantáneo. Para el tema de la consumación esta Sala adopto en la sentencia emitida en el expediente veintisiete – dos mil dos, caso Rodríguez Huerta, la teoría de la disponibilidad, es decir, el delito se consuma cuando el autor tenga la posibilidad de disponer de la cosa como dueño; sin embargo la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver la impugnación planteada contra la sentencia expedida en el expediente veintisiete – dos mil dos, dijo lo siguiente refiriéndose al delito de enriquecimiento ilícito, claro está: 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 propio patrimonio económico, que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo a través de fondos delictivos no funcionales de infracciones diversas e incluso indisciplinarias o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí su nota de ilicitud del enriquecimiento que a efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que el agente debe tener control o dominio sobre los bienes que incrementa su patrimonio. A partir de ese criterio, establecido por la Corte Suprema, la Sala adoptó el mismo criterio textualmente porque lo ha reproducido así en la sentencia, en el caso Alfaro Vargas, Yanqui Cervantes y en el caso de la familia Chacón...”.[⁹⁶⁸]

2. Por su parte, la defensa del acusado **Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón** en sus Alegatos Finales (**Sesión 317 del 19.01.2011**), expresa similares planteamientos a los ya reseñados precedentemente (vg. objeción al delito permanente), al punto de haber significado lo siguiente: “...**ya los argumentos, tanto fácticos como de derecho, fueron expuestos por la defensa del doctor Orrego [defensa del acusado Luis Alberto Cubas Portal], motivo por el cual me eximo de seguir haciendo mención sobre lo mismo...**” (sic).[⁹⁶⁹]

a2. Del análisis de las observaciones.

Del delito de enriquecimiento ilícito y su carácter subsidiario frente a otros delitos Contra la Administración Pública.

3. Además de lo ya puntualizado por esta Sala en el capítulo de los “Parámetros de Valoración Probatoria”, toca aquí puntualizar de que la defensa de los acusados Luis Alberto Cubas Portal y Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón al exigir que el Titular de la Acción Penal **demuestre** la relación causal entre los cargos públicos detentados y el acrecentamiento de su patrimonio; a partir de una previa identificación de las conductas funcionariales ilícitas cometidas, en puridad, lo que pretende es que se acrediten cada uno de los actos ilícitos perpetrados en el ejercicio del cargo que le permitieron o posibilitaron incorporar bienes a su patrimonio, lo cual no solamente importa asociar al delito de enriquecimiento ilícito un sustrato fáctico que, en modo alguno, puede desprenderse de la norma penal en referencia ni en su formulación primigenia ni en las ulteriores, sino que, además, resulta

[⁹⁶⁸] Ver fojas 103,151 y siguiente del Tomo 135.

[⁹⁶⁹] Ver fojas 103,503 y siguiente del Tomo 136.

manifiestamente incongruente con el delito en cuestión, el cual opera precisamente como subsidiario por cuanto la misma operatividad de éste se activa en ausencia del procesamiento por otros delitos funcionales en particular.

De la consumación permanente del delito de enriquecimiento ilícito perpetrado por los acusados Luis Alberto Cubas Portal y Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón..

4. Conforme fuera así expuesto por esta Sala en su Resolución dictada en el Incidente 03-2009-"G", su fecha 30 de diciembre del 2009, cuando se trata de determinar cuándo debe reputarse concluida o culminada la conducta imputada, lejos de tener que identificar los datos fácticos – temporales pertinentes en abstracto y de manera automática, lo que cabe es determinar la **naturaleza concreta del comportamiento atribuido; y a partir de ahí el tipo de consumación que corresponde.**
5. Siendo una premisa incontrovertible que el delito de enriquecimiento ilícito es un **delito de resultado**, cabe remitirnos a la sistematización de la Doctrina Penal sobre las variables de consumación que se presentan en este tipo de delito. Así se tiene:
 - 5.1. **Que según el tratadista Felipe Villavicencio Terreros, en los delitos de resultado "...pueden darse delitos instantáneos, permanentes y de estado. En el delito instantáneo, la infracción se consume en el momento en que se produce el resultado o situación que describe la ley, sin que se determine la creación de una circunstancia antijurídica de efectos duraderos [...] En el delito permanente, el resultado se mantiene por cierta duración debido a la voluntad del autor. En dicho tiempo se sigue ejecutando el tipo, por lo que la consumación se da cuando se termine o abandone la situación antijurídica [...] En el delito de estado, también se crea un estado antijurídico duradero, pero la consumación va a cesar desde el momento de la aparición de la situación antijurídica. Esto se da así porque sólo se describe en el tipo la producción del estado antijurídico y no su mantenimiento..."**^[970].
 - 5.2. **Que en similar sentido, el tratadista Santiago Mir Puig diferencia el delito permanente y el delito de estado en los siguientes términos: "... El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (...) dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en el delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento..."**^[971].
 - 5.3. Que, acorde a tal sistematización, siendo denominador común entre delito permanente y delito de estado la situación antijurídica generada, su diferenciación estriba en que en el primer caso se configuran constantes "ejecuciones del tipo" a lo largo de dicho estado (delito permanente) mientras que en el segundo la ejecución del tipo se agota

^[970] Felipe Villavicencio T.: "Derecho Penal – Parte General". Editora Jurídica Grijley.- Primera Edición: Marzo 2006, 3º Reimpresión: Marzo 2009.

^[971] Santiago Mir Puig: "Derecho Penal – Parte General". Editorial Reppertor, Barcelona 2002.

en el resultado pese a la prolongación en el tiempo de sus efectos (delito de estado).

- 5.4. Que, finalmente, siempre a efectos de afirmar nuestra conclusión en lo relativo al tipo de consumación en que se incardinan los hechos probados en el presente proceso, merece también significarse que establecida esta producción no interrumpida de resultados típicos de modo permanente, es lo que permite descartar la verificación en el presente caso de un **delito continuado**. En efecto, regulado el delito continuado en el artículo 49° del Código Penal de la forma siguiente: "...Cuando **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**, serán considerados como un solo delito continuado y se sancionarán con la pena correspondiente al delito más grave..."; al respecto los tratadistas Luis A. Bramont Arias – Luis A. Bramont – Arias Torres han precisado lo siguiente: "... Para que exista **delito continuado** debe haber pluralidad de acciones, **diversos comportamientos externos, separados cronológicamente, uno de otro...**"^[972].
6. Por tanto, considerando: **(a)** La nota definitoria del delito continuado: **separación cronológica de los diversos comportamientos del delito continuado**; y **(b)** La constatación puntualizada líneas ut supra de que en el caso de autos se aprecia resultados no interrumpidos de enriquecimiento ilícito reflejados, preponderantemente, en el registro de depósitos permanentes y, al final, en la adquisición de titularidades; lo señalado conlleva a la conclusión de que el proceso de incremento patrimonial llevado a cabo por los acusados **Luis Alberto Cubas Portal y Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón** se corresponde indudablemente con el tipo de consumación antes señalado **(delito permanente)**.
7. Consiguientemente, luego de la evaluación probatoria realizada sobre los hechos imputados y demás aspectos definidos por el objeto de debate del presente proceso, es necesario examinar si en el caso de los acusados antes nombrados se configura el ilícito que nos ocupa, para lo cual estableceremos si su accionar reúne los elementos del ilícito.
8. Pues bien, a lo largo de juicio oral ha quedado demostrado: **(a)** Que el acusado **Luis Alberto Cubas Portal** presenta un **desbalance patrimonial** ascendente a **US\$ 643,766.83**; y **(b)** Que el acusado **Carlos Indacochea Ballón** presenta un **desbalance patrimonial** ascendente a **US\$ 705,356.00**; no habiendo ambos explicado, satisfactoriamente, el origen del dinero utilizado para el incremento patrimonial durante los años 1990 al 2000, que excede significativamente sus ingresos legítimos.
9. Que así las cosas, habiéndose establecido en ambos casos con la prueba actuada: **[i]** que el desbalance patrimonial de los **funcionarios públicos** procesados **Luis Alberto Cubas Portal y Carlos Indacochea Ballón** (por tener la calidad indicada en el inciso 5, del artículo 425° del Código Penal) se produjo cuando mantenían vínculo funcional con el Estado (periodo 1990 al 2000), y **[iii]** que no se ha podido determinar razonablemente la existencia de otra fuente

^[972] Luis A. Bramont Arias – Luis A. Bramont – Arias Torres: "Código Penal Anotado". Editorial San Marcos. Cuarta Edición 2001. Reimpresión actualizada: 2003.

de ingresos lícitos, a parte de las reconocidas, acreditadas – que expliquen la procedencia de sus ingresos lícitos, por tanto, **ha quedado desvirtuada la presunción de inocencia**, razón por la cual este Colegiado dicta la sentencia condenatoria.

DE LA DETERMINACION DE LA PENA

10. En términos concretos, conforme lo precisa el Doctor Víctor Roberto Prado Saldarriaga, en su libro *Determinación Judicial de la Pena y Acuerdos Plenarios*, editorial Idemsa, Lima – Perú, Primera Edición: Lima – Agosto 2010, Pág. 130: "...Con la expresión determinación judicial de la pena, se alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso subjudice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena (...) o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso...".
11. El tratadista Alemán **Jescheck** precisa: "...que la "Determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el Juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como de las consecuencias accesorias..."^[973]
12. Habiéndose concluido por la responsabilidad penal de los acusados **Luis Alberto Cubas Portal y Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón**, corresponde establecer la determinación de la pena, atendiendo a que las penas conminadas que prescribe el Código Sustantivo son indicadores abstractos de un quantum punitivo que el Juez debe establecer con precisión en cada caso específico en función a diversos factores que la ley enunciativamente indica.
13. Que para la graduación de la pena dentro de los límites fijados por el legislador, por cada delito en específico de la parte especial del Código Penal, debe tenerse en cuenta los artículos veinte, veintiuno, cuarenta y cinco, y cuarenta y seis del referido cuerpo legal. En síntesis "... la determinación de la pena (...) se trata de un acto complejo, en el cual, según la disposiciones legales, se debe dar cumplimiento e las diferentes funciones de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible..."^[974].
14. Así, conforme a lo establecido en el artículo 46° del Código Penal corresponde tener en cuenta la naturaleza de la acción, los medios empleados, la **importancia de los deberes infringidos**, la extensión del daño o peligro, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines, la unidad o pluralidad de los agentes, su edad, educación, situación económica y medio social; la reparación espontánea que hubiera hecho del daño, la confesión sincera antes de haber sido descubierto, las condiciones personales y demás circunstancias que lleven al conocimiento del agente y su habitualidad.
15. Que en el caso de los acusados **Luis Alberto Cubas Portal y Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón**, resultan ser altos funcionarios públicos, concretamente, Oficiales del Ejército Peruano, el primero de los nombrados del

^[973] Hans – Heinrich JESCHECK. Tratado de Derecho Penal. Parte General, Volumen Segundo, Bosch. Barcelona 1981, pag. 1189.

^[974] Prado Saldarriaga, Víctor: Derecho Penal, Jueces y Jurisprudencia, Palestra, Lima 1999, Pag. 270.

Arma de Ingeniería^[975] y el segundo del Arma de Infantería^[976], que aprovechando de los cargos públicos detentados durante los años 1990 al 2000, acrecentaron sus patrimonios en dicho periodo producto de las inversiones, adquisiciones y depósitos en el sistema bancario nacional, efectuadas en este periodo, no justificadas en sus ingresos legítimos; debiendo significarse que tal incremento ilícito omitieron declararlo a su Institución, vulnerando gravemente sus deberes como funcionarios públicos.

16. Que, de otro lado; en atención a lo establecido en el artículo 46° del Código Penal, cabe señalar que para los efectos de la fundamentación de la pena se deben también considerar las carencias sociales que hubiere sufrido el agente, su cultura y sus costumbres además de los intereses del agraviado; apreciándose en el caso de autos que los acusados: (a) **Luis Alberto Cubas Portal** es una persona con formación superior, egresado de la Escuela de Oficiales del Ejército Peruano, que alcanzó el grado de General de División, habiendo desempeñado responsabilidades públicas importantes: Con el Grado de Coronel, fue Jefe de Estado Mayor de la Décimo Octava División Blindada, Agregado Militar en Chile; con el Grado de General de Brigada, se desempeñó como Comandante General de la Séptima División de Infantería de Lambayeque; Comandante General de la Décimo Octava División Blindada en el Rímac; y Comandante General de la Segunda Región Militar^[977]; no resultando en modo alguno que desconociera la gravedad de su accionar ilícito, sino que era consciente de lo que implicaba la generación irregular de patrimonio aprovechando la función pública; no registrando antecedentes penales, pero si judiciales^[978] (b) **Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón**, quien tiene también formación superior, egresado de la Escuela de Oficiales del Ejército Peruano, que alcanzó el grado de General de División, habiendo desempeñado responsabilidades públicas importantes: Con el Grado de Coronel, fue Jefe de Estado Mayor Administrativo de la Cuarta Región Militar del Cuzco; Sub Director de Inteligencia del Cuartel General del Ejército – Lima; Jefe Político Militar de Huancavelica; con el grado de General de Brigada, Inspector General de la Tercera Región Militar de Arequipa; Comandante General de la Trigésima Segunda División de Infantería en Trujillo; Comandante General del Comando de Instrucción y Doctrina del Ejército (COINDE); con el grado de General de División, Comandante General de la Segunda Región Militar Lima; y Jefe de Estado Mayor del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas^[979]; no resultando en modo alguno que desconociera la gravedad de su accionar ilícito, sino que era consciente de lo que implicaba la generación irregular de patrimonio aprovechando la función pública; no registrando antecedentes penales, pero si judiciales^[980]
17. Que habiendo el Tribunal Constitucional establecido en la Sentencia emitida con fecha 22 de abril del año 2009, en el Exp. N° 03689-2008-PHC/TC (Caso Mildo Eudocio Martínez Moreno): "...que una eventual constatación por parte de la justicia constitucional de la violación [d]el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable no puede ni debe significar el archivo definitivo del proceso penal como si de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, equivalente a una decisión de absolución emitida por el juez ordinario, sino que más bien, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, lo

^[975] Ver fojas 20,509 del Tomo 35.

^[976] Ver fojas 20,518 del Tomo 35.

^[977] Ver Fojas 751 y siguiente del Tomo 02 y fojas 20,509 del Tomo 35.

^[978] Ver fojas 102,528 del Tomo 134 y Fojas 102,781 y siguiente del Tomo 135.

^[979] Ver Fojas 12,115 y siguientes del Tomo 21 y fojas 20,518 del Tomo 35.

^[980] Ver fojas 102,530 del Tomo 134 y Fojas 102,784 del Tomo 135.

que corresponde es la reparación *in natura* por parte de los órganos jurisdiccionales que consiste en emitir en el plazo más breve posible el pronunciamiento definitivo sobre el fondo del asunto y que se declare la inocencia o la responsabilidad del procesado, y la consiguiente conclusión del proceso penal..."

18. Que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en el R.N. N°4674-2005, "...al emitir sentencia con fecha 28 de febrero del año 2007 ha precisado que: "...una de las formas reparatorias es la atenuación proporcionada y excepcional de la pena en función a los daños sufridos por duración excesiva del procedimiento penal..."
19. Por equidad acogiendo el criterio asumido por la Corte Suprema en el citado fallo; procede a la atenuación de la pena por debajo de la solicitada por el titular de la acción penal, teniendo en consideración para señalar su quantum el hecho de que los acusados Luis Alberto Cuabas Portal y Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón se le procesa a título de autores.

DEL DECOMISO

Conforme lo estableciera esta Sala en su Sentencia del 23 de octubre del 2008, ratificada por Ejecutoria Suprema, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha 15 de julio del 2009, recaída en el R.N. N° 223 – 2009, dictada contra Winston Enrique Alfaro Vargas, en relación al **DECOMISO**, debe significarse que "...se conceptúa [éste] como la pérdida de los efectos e instrumentos de la infracción punitiva y el correlativo traslado directo e inmediato de su titularidad a favor del Estado; por otro lado, en relación a los efectos se manejan dos criterios interpretativos: "un sentido restrictivo únicamente se consideran como efectos materia de comiso a los objetos creados, transformados, o adulterados a través de la realización de la propia infracción penal (...). En un sentido extensivo, en cambio, se incluirán en su ámbito además las ganancias o provecho obtenido por el delito, e incluso los medios de prueba, el precio del delito, etc., hasta abarcar todas las cosas que entren en el patrimonio del ofensor" (Guinarte Cabada, Gumersindo: "Comentarios al Código Penal de 1995", dirigido por Tomás Vives Antón, Tirant Lo Blanch, Valencia 1996. Pág. 659)...".

Que estando a lo expuesto, y siendo que la configuración típica del ilícito penal en cuestión se produce fundamentalmente con la instrumentalización de la calidad de funcionarios públicos y de un abanico de fuentes generadoras de riqueza ilícita; corresponde el decomiso de los efectos provenientes de la infracción penal, llegando abarcar cualquier transformación que hayan podido experimentar las "ganancias" o efectos del delito, por lo que debe procederse al decomiso de los siguientes bienes:

- a) Correspondiente a Luis Alberto Cubas Portal:

Bienes Inmuebles:

- ❖ El inmueble ubicado en Calle Montemayor N° 132 Urb. Chacarilla del Estanque, Distrito de Santiago de Surco, Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la Ficha N° 52502 y en el asiento 2-C de la Partida 44558505 del Registro de la Propiedad Inmueble de Lima^[781].

Sin perjuicio que la Parte Civil haga valer su derecho vía nulidad de transferencia respecto de los bienes transferidos a terceros. Asimismo se proceda al decomiso del dinero que se encuentra en cuentas de ahorros, cuentas corrientes, cuentas a plazo y/o en otros títulos financieros en las instituciones bancarias, financieras o de cualquier otra índole en el país y en el extranjero a nombre de Luis Alberto Cubas Portal.

- b) En lo concerniente a Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón:

Bienes Inmuebles:

- ❖ El chalet de dos plantas ubicado en el lote 01, Manzana J.2, con frente a la Calle Maestro Arrieta N° 102-104 (antes 1091-1095) Urbanización Las

^[781] Ver fojas 43,325 y siguientes del Tomo 68.

Magnolias, Distrito de San Borja – Provincia y Departamento de Lima, inscrito en la ficha N° 36287^[982].

- ❖ El lote N° 16 de la Manzana J de la Urbanización Las Viñas de la Molina, en el distrito de La Molina, Departamento de Lima^[983].

Sin perjuicio que la Parte Civil haga valer su derecho vía nulidad de transferencia respecto de los bienes transferidos a terceros. Asimismo se proceda al decomiso del dinero que se encuentra en cuentas de ahorros, cuentas corrientes, cuentas a plazo y/o en otros títulos financieros en las instituciones bancarias, financieras o de cualquier otra índole en el país y en el extranjero a nombre de Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón.

Vehículos:

- ❖ Automóvil Marca Toyota – Modelo Corolla Tercel de placa HO-8617, Color verde oscuro, motor 2E 2800481, Carrocería Sedan, año de fabricación 1995, a nombre de Carlos Eduardo Indacochea Ballón^[984].

Camioneta rural color blanco, Modelo Grand Cherokee, Marca Jeep, Carrocería No Metropolitano, Motor 402MX21, año de fabricación 1994, de placa RIF – 449, propietario Carlos Eduardo Indacochea Ballón^[985].

^[982] Ver fojas 95,055 a 95,059 del Tomo 124.

^[983] Ver fojas 18396 y siguiente del Tomo 31, y Ficha N° 253861, Partida N° 45029786 de fojas 93080 a 93081 del Tomo 124.

^[984] Ver fojas 16065 a 16067 del Tomo 27.

^[985] Ver fojas 16068 y siguiente del Tomo 27.

DE LA REPARACIÓN CIVIL

Establecen los artículos 92 y 93 del Código Penal que la reparación civil se determina conjuntamente con la pena, y comprende: "1. La restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; y 2. La indemnización de los daños y perjuicios".

Que sobre esta materia es menester relievare los criterios fijados en el Acuerdo Plenario N° 6-2006-CJ-116 (13 de octubre del 2006), en el que la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido: "[i] 6. El proceso penal nacional, regulado por el Código de Procedimientos Penales acumula obligatoriamente la pretensión penal y la pretensión civil. El objeto del proceso penal, entonces, es doble: el penal y el civil. Así lo dispone categóricamente el artículo noventa y dos del Código Penal y su satisfacción, más allá del interés de la víctima – que no ostenta la titularidad del derecho de penar, pero tiene el derecho de ser reparada por los daños y perjuicios que produzca la comisión del delito – debe ser instado por el Ministerio Público, tal como prevé el artículo 1° de su Ley Orgánica. El objeto civil se rige por los artículos 54 al 58, 225°.4, 227 y 285 del Código de Procedimientos Penales y los artículos 92 al 101 del Código Penal – éste último precepto remite, en lo pertinente, a las disposiciones del Código Civil-. A partir de esas normas, nuestro proceso penal cumple con una de sus funciones primordiales: La protección de la víctima y aseguramiento de la reparación civil de los derechos afectados por la comisión del delito, en cuya virtud garantiza "...la satisfacción de intereses que el Estado no puede dejar sin protección" (ASENCIO MELLADO, JOSÉ MARÍA: Derecho Procesal Penal, Editorial Tiránt Lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 27) (...) [ii] [que] La reparación civil que legalmente define el ámbito del objeto civil en el proceso penal y que está regulada por el artículo 93° del Código Penal, desde luego, presenta elementos diferenciadores de la sanción penal; existen notas propias, finalidades y criterios de imputación distintos entre responsabilidad penal y responsabilidad civil, aún cuando no comparten un mismo presupuesto: el acto ilícito causado por un hecho antijurídico, a partir del cual surgen las diferencias respecto de su regulación jurídica y contenido entre el ilícito penal y el ilícito civil. Así las cosas, se tiene que el **fundamento de la responsabilidad civil que origina la obligación de reparar, es la existencia de un daño civil causado por un ilícito penal, el que obviamente no puede identificarse como 'ofensa penal' – lesión o puesta en peligro de un bien jurídico protegido, cuya base se encuentra la culpabilidad del agente- [la causa inmediata de la responsabilidad penal y la civil ex delicto, infracción/daño es distinta]; el resultado dañoso y el objeto sobre el que recae la lesión son distintos (...) [iii] [que] desde esta perspectiva el daño civil debe entenderse como aquellos efectos negativos que derivan de la lesión de un interés protegido, lesión que puede originar consecuencias patrimoniales y no patrimoniales. Una concreta conducta puede ocasionar tanto (1) daños patrimoniales que consisten en la lesión de derechos de naturaleza económica que debe ser reparada, radica en la disminución de la esfera patrimonial del dañado y en el no incremento en el patrimonio del dañado o ganancia patrimonial neta dejada de percibir - menoscabo patrimonial -; cuanto (2) daños no patrimoniales, circunscrita a lesión de derechos o legítimos intereses existenciales – no patrimoniales – tanto de las personas naturales como de las personas jurídicas – se afectan, como acota ALASTUEY DOBÓN, bienes inmateriales del perjudicado, que no tienen reflejo patrimonial alguno - (conforme: ESPINOZA ESPINOZA, JUAN: Derecho de la responsabilidad Civil, Gaceta Jurídica, 2002, páginas 157/159)..."**

Que, probada la comisión de los hechos investigados, se tiene que se ha afectado el correcto funcionamiento, prestigio y funcionalidad de la administración pública por lo que existe la obligación indemnizatoria de los acusados Luis Alberto Cubas Portal y Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón, respecto de los daños y perjuicios ocasionados, resarciéndose económicamente al Estado por la infracción cometida por los antes nombrados, teniéndose presente que para establecerse el quantum de la reparación civil debe tenerse en cuenta la ocupación y la capacidad económica de los procesados.

DE LA RESPONSABILIDAD DE TERCEROS

Que el señor Fiscal Superior, al exponer su requisitoria oral^[986] en lo atinente a (i) los funcionarios del BANCO CONTINENTAL, respecto a la rectificación que hicieron en relación a que habría sido un error consignar que la procesada ROSA MARÍA INDACOCHEA VILLAVICENCIO, tuviera en su cuenta N° 0011 – 0249 – 0200090815 un saldo mayor a S/. 13'000,000.00 ^[987]; amerita una auditoría financiera y administrativa a fondo, en esta institución a efectos de que en lo sucesivo tengan mayor celo y no procedan a crear obstáculos a la administración de justicia (ii) por su parte la Sala en lo relativo: **a.- La cuenta mancomunada N° 415-09856043196** en moneda extranjera a nombre de Luis Alberto Cubas Portal o Pelayo Bonilla Guerrero, aperturada el 22 de enero de 1996 y cancelada el 31 de diciembre del mismo año. **b.- La cuenta mancomunada N° 415-09063676126** en moneda extranjera, a nombre de Luis Alberto Cubas Portal o Contreras Rivas Francisco, aperturada el 28 de enero del 1997 y cancelada el 28 de febrero de 1999. **c.- La cuenta mancomunada N° 415-09856033-186** en moneda extranjera, a nombre de Luis Alberto Cubas Portal o Pelayo Bonilla Guerrero, aperturada el 11 de diciembre de 1996 y cancelada el 31 de diciembre de 1997 aún vigente. y **d.- La cuenta corriente N° 191-1073895-0-22** en moneda nacional, registrada a nombre de Luis Alberto Cubas Portal y Efraín Gamarra Alfaro, abierta el 20 de noviembre de 1998 y cancelada el 10 de mayo del 2000, de las que sostiene el procesado no son cuentas personales, conforme se detalla en el rubro **1.3. De las cuentas bancarias, denominadas de Trabajo y Acciones Cívicas:**

En lo concerniente a las cuentas registradas a nombre de **Carlos Eduardo Indacochea Ballón**, este ha sostenido durante el acto oral la existencia de cuatro cuentas bancarias a título personal; que fueron utilizadas según su versión entre los años 1995 a 1996 para recepcionar dinero destinado a Acciones Cívicas en Trujillo, durante su permanencia como Comandante General de la 32A DI Trujillo, siendo estas las siguientes: **del Banco de Crédito** la cuenta de Ahorros en Moneda Nacional N° **194-04229990-15**^[988], registrada a nombre de Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón, aperturada en el año 1991. **Las cuentas del Banco Interbank:** De ahorros en Moneda Nacional N° **607-0000236340**^[989], aperturada en noviembre de 1995 por Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón. La cuenta de Ahorros en Moneda Extranjera N° **607-0000028070**^[990], aperturada en Abril de 1995 por Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón. Y la cuenta millonaria de ahorros en Moneda Extranjera N° **607-0000031020**^[991], registrada a nombre de Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón, aperturada en octubre de 1995; por lo que se deberá investigar lo relativo a este periodo, atendiendo al cargo que ocupaba, en consecuencia estando a la facultad conferida por el artículo 265 del Código de Procedimientos Penales, se **DISPONE** se remitan las copias pertinentes al Ministerio Público a fin de que procedan de acuerdo a sus atribuciones.

^[986] Ver fojas 103,079 y siguiente del Tomo 135

^[987] Ver fojas 16,624 a 16,628 del Tomo 31 y fojas 19,575 a 19,601 del Tomo 33

^[988] Ver fojas 161 a 270 del Anexo 133 – Bancos.

^[989] Ver fojas 6,192 a 6,212 del Tomo XII – Anexo Fiscalía.

^[990] Ver fojas 60 a 78 del Anexo 117 – Bancos.

^[991] Ver fojas 79 a 95 del Anexo 117 Bancos/ fojas 6,134 a 6,154 del Tomo XII – Anexo Fiscalía.