

SECCION QUINTA

PARAMETROS PREVIOS A LA VALORACION PROBATORIA EN EL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO

a. De los parámetros probatorios que plantea la defensa del acusado Luis Alberto Cubas Portal.

12. Al formular sus Alegatos Finales (**Sesión 313 del 27.12.2010**) el abogado del acusado Luis Alberto Cubas Portal, ha formulado, en esta última fase procesal, una serie de cuestionamientos que entrañan lo que, desde su perspectiva, constituyen **parámetros previos a la valoración probatoria inherentes al delito de enriquecimiento ilícito**, los mismos que, a su decir, no han sido observados por la Fiscalía. Así se tienen:

a1. Cuestionamiento de la defensa a lo que considera pretensión de la Fiscalía de que se analice la prueba aplicando retroactivamente la versión del delito de Enriquecimiento Ilícito en su modificatoria del 2001 (que fija a la Declaración Jurada como elemento probatorio preponderante).

12.1. *“... el tipo penal es el del artículo [401°] cuatrocientos uno, redacción original del Código Penal de [1991] mil novecientos noventa y uno: “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” (...), en el año [2001] dos mil uno, le incorporaron un párrafo a ese artículo, el artículo quedó con otra redacción, vamos a leerla para darnos cuenta de qué se trata; (...), dice: (...) “el funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio respecto a sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido (...) se considera que existe indicio de Enriquecimiento Ilícito cuando el aumento del patrimonio o el gasto económico público del funcionario o servidor público en consideración a su Declaración Jurada de Bienes y Rentas, es notablemente superior al que normalmente hubiese podido obtener en virtud de sus sueldos o emolumentos percibidos”;*^[405] *(...) la mayoría de los profesores que han escrito con renombrado prestigio, sobre el delito de Enriquecimiento Ilícito (...) han dicho que no, que es una modificatoria; entonces, hay que analizarlo y sí para mí sí es una modificatoria que se pretende aplicar de manera retroactiva a este caso porque fue introducida en el año [2001] dos mil uno; entonces, ahora la conclusión de la Procuraduría y del Ministerio Público es: “tú declaraste en tu Declaración Jurada de Bienes y Rentas ésto y como no está conforme a lo que ha[z] tenido (...) ha[z] cometido el delito de enriquecimiento ilícito”;*

^[405] Ver fojas 103,145 del Tomo 135

oiga, pero el Código no dice eso; “no, la modificatoria del [2001] dos mil uno sí lo dice, y se debe aplicar porque lo dice la sentencia del caso Chacón, esa es la conclusión de la Procuraduría y del Ministerio Público...”^[406].

a2. Cuestionamiento de la defensa a la Fiscalía de haber actuado contrariando principio de no inversión de la Carga de la Prueba, dado que ha omitido probar que las explicaciones justificativas ensayadas por el acusado no son ciertas.

12.2. “... **a lo largo de este juicio lo que se ha pretendido hacer es invertir la carga de la prueba.** Tomás Gálvez Villegas (...) dice: “siendo así, en el caso de la investigación y juzgamiento de los delitos de Enriquecimiento Ilícito, al igual que en cualquier otro delito, se tienen que probar todos los elementos del delito, es decir, el incremento patrimonial, [la] acción típica, la ilicitud u origen delictivo de los bienes o activos materia del incremento, el dolo, y las demás circunstancias, obligación que recae en el Ministerio Público”; entonces, ¿qué ha sucedido en este juicio?, ¿ha sucedido eso?, no, no ha sucedido eso; puedo dar cientos de ejemplos en los cuales se ha hecho una inversión de la carga de la prueba, en los cuales el señor Fiscal (...) no ha cumplido la función, el papel o el rol que debe desempeñar en el juicio, porque ante la respuesta del incremento patrimonial de mi patrocinado, cual fuera ésta, él estaba en la obligación de probar que eso no era cierto; mi patrocinado pudo haberse quedado callado en este juicio, ampararse en el Derecho Constitucional a guardar silencio; y no decir una sola palabra que justificara su patrimonio o su incremento patrimonial; porque ese es un Derecho Constitucional (...) el señor Fiscal debió habernos dicho el porqué las justificaciones de mi patrocinado no eran ciertas ni verdaderas...”^[407].

b. De los parámetros a los que sujeta la Sala el presente análisis probatorio.

b1. De las exigencias probatorias del delito de enriquecimiento ilícito acordes, según la Sala, a la formulación típica vigente al momento de los hechos imputados.

1. Tal y como así se ha establecido en anteriores Sentencias, corresponde, de entrada, remitirnos al artículo 401º del Código Penal en su regulación primigenia. Así, se tiene de que la descripción típica del delito en referencia se encontraba formulada en los siguientes términos: “...**[será reprimido penalmente] El funcionario o servidor público, que por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente...**”. Luego, examinando las precisiones que sobre dicha formulación típica ha efectuado la Doctrina Nacional, cabe significar que se ha

^[406] Ver fojas 103,147 del Tomo 135

^[407] Ver fojas 103,148 del Tomo 135

señalado lo siguiente: "... El artículo 401° del Código Penal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito tanto en función al sujeto que se enriquece como al modo en que se produce; así la figura en estudio es atribuible sólo al sujeto público (funcionario y/o servidor) que por razón de su cargo hace un incremento ilícito de su patrimonio, [siendo que] (...) enriquecerse por razón del cargo de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder, se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación necesaria entre el dato objeto del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito..."^[408].

2. Así, si bien el origen del incremento patrimonial a partir del cargo ejercido se corresponde evidentemente con la ubicación sistemática de dicho ilícito dentro del rubro de los "delitos Contra la Administración Pública"; empero, como también lo ha indicado la Doctrina, la figura en referencia, a diferencia de los demás tipos penales que protegen el mismo bien jurídico "...no describe un "acto", sino una "situación" determinada...". ^[409] que se corresponde con la consabida subsidiariedad del delito de Enriquecimiento Ilícito, el que opera precisamente en defecto del procesamiento por otros ilícitos penales Contra la Administración Pública, siendo esta nota distintiva absolutamente inherente al referido ilícito; no resultando válido por ende que pueda sostenerse que tal característica esté condicionada a las variantes en la redacción de su formulación típica; conclusión esta última incluso corroborada por la constatación que sigue a continuación:

2.1. La Doctrina al precisar los alcances de la formulación típica introducida por la Ley N° 27482 (Pub. el 16.06.2001) ^[410] señaló: "...Antes de la reforma mediante Ley N° 27482 [entiéndase, estando vigente la formulación típica primigenia] la legislación nacional **no ofrecía parámetros objetivos para delimitar el concepto de enriquecimiento**, por lo que era necesario acudir a otros referentes normativos para dotar de contenido al término. (...) Del pf. 2 (...) se deduce que para medir este incremento será necesario tomar en cuenta la declaración jurada del funcionario público..."^[411].

2.2. A partir de lo antes puntualizado, se entiende que el alcance de la variante incorporada por la Ley en referencia sólo se circunscribe a incluir un "parámetro objetivo" de delimitación del resultado material: incremento patrimonial, mas en modo alguno importa la regulación de una conducta diferente a la precedentemente ponderada como subyacente al delito.

^[408] Fidel Rojas Vargas: "Delitos Contra la Administración Pública", Editora Jurídica Grijley, 2° Edición, **Enero - 2001**, Pag. 461 y ss.

^[409] Manuel A. Abanto Vásquez: "Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano", Editorial Palestra, 2° Edición, **Abril - 2003**, Pag. 541

^[410] **Art. 401° según Ley N° 27482:**

"... 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 ..."

^[411] Dino Carlos Caro Coria y otros: "Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir", Jurista Editores, **Abril -2002**, Pag. 207

2.3. Al precisar la Doctrina Nacional los alcances de la formulación típica introducida por la Ley N° 28355 (Pub. el 06.10.2004)^[412] el tratadista Fidel Rojas Vargas ha significado lo siguiente: "... La redacción anterior del tipo penal de enriquecimiento ilícito contenía la frase por razón del cargo (...) la nueva redacción ha eliminado esta vinculación funcional de la acción de incremento patrimonial para referirse en cláusula abierta al hecho del funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, con lo cual **pareciera que el legislador ha querido cubrir el amplio espectro de ilicitudes que provocan aumento patrimonial y que el sujeto público no puede justificar. Con ello el tipo penal se ha convertido en un tipo indeterminado en grado aún mayor que el que regía antes de la reforma**, ya que es difícil interpretar que el ejercicio de la función cumpla el rol delimitador de la relevancia del incremento, ya que ello está colocado solamente como un referente de los ingresos legítimos, no como un filtro de tipicidad..."^[413].

b2. Del delito de enriquecimiento ilícito y la actividad procesal inherente relativa a la justificación o no del incremento patrimonial mediante ingresos lícitos diferentes a las remuneraciones percibidas por la función pública ejercida.

3. El **abogado del acusado Luis Alberto Cubas Portal** llega a postular que al interior de las exigencias típicas del tipo penal de enriquecimiento ilícito **la justificación por parte del acusado** de los signos exteriores de riqueza atribuidos es absolutamente ajena a la estructura dogmática del delito.
4. Así, en este punto, lo que observa la Sala es que la defensa de dicho acusado lo que pretende es trastocar lo que es propio del plano sustantivo o dogmático del tipo penal sub examine, con lo que es, en puridad, la actividad probatoria inherente al injusto penal que subyace al precitado delito. Y es que, en efecto, si bien es cierto la estructura típica del enriquecimiento ilícito (en su formulación típica contemporánea con los hechos) no abarca literalmente el elemento justificación patrimonial del imputado; cierto es también que tal y como lo entiende la Doctrina "... la "ilicitud" de éste [el enriquecimiento producido durante el ejercicio del cargo] recién proviene de la falta de demostración de sus orígenes legítimos..."^[414]; resaltándose por ende ser consustancial a este delito el que "... en su naturaleza [misma] reside precisamente la necesidad de demostrar[se] [dicha licitud] para desvirtuar la sospecha de "ilicitud" del enriquecimiento verificado. [Pues] Si esto no fuera así, sería imposible probar el delito. Por ejemplo, ante un incremento patrimonial en una cuenta bancaria de un funcionario (...) Si el juez llegara a probar que el dinero provino de un

^[412] **Art. 401° según Ley N° 28355:**

"... El funcionario o servidor público que incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años e inhabilitación conforme los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal

Si el agente es un funcionario público que haya ocupado cargos de alta dirección en las entidades u organismos de la administración pública o empresas estatales, o esté sometido a la prerrogativa del antejuicio y la acusación constitucional, la pena será no menor de ocho ni mayor de dieciocho años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

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 ..."

^[413] Fidel Rojas Vargas: "Delitos Contra la Administración Pública" **4° Edición.** Editora Grijley. **Enero-2008,** Pag. 848

^[414] ob. cit. Pag. 548

soborno, ya no estaría probando el “enriquecimiento ilícito” (...), sino en realidad el “cohecho” que llevó al incremento patrimonial...”^[415]

5. Dicho en otros términos, “...si el enriquecimiento, es decir, el marcado y ostensible contraste entre lo que se tuvo antes del acceso al cargo y lo que se tiene durante o después de él, es el contenido material del delito en estudio, en cambio la ilicitud (...) es el componente formal que [también lo] integra ...”; relievándose que “... La **ilicitud es formal**, por cuanto no es objeto de la norma penal [de enriquecimiento] (...) el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados (...), tampoco el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito. Interesa tan sólo la ilicitud penal del resultado “enriquecimiento”, es decir, **demostrar que su procedencia u obtención no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados (herencias, negocios familiares, premios, etc.) ...**”^[416].
6. Luego, demostrar que la procedencia u obtención del patrimonio que se detentó durante el ejercicio del cargo “no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados herencias, negocios familiares, premios, etc.”; importa, en puridad, una **actividad procesal** que contraste, examine y ausculte cada uno de los ingresos y/o actividades económicas y/o comerciales que, paralelas a sus ingresos remunerativos percibidas por la función pública desempeñada, han podido servir, precisamente, como origen, explicación o fuente de las titularidades a las que ha accedido durante el ejercicio del cargo.
7. Este objeto de prueba que se encuentra predicado en relación al delito de enriquecimiento ilícito encuentra correspondencia en los parámetros que se han establecido en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Así por ejemplo la Ejecutoria, recaída en el RN N° 4245 – 2006, su fecha 15 de agosto del 2007, ha fijado un “proceso lógico-probatorio” ha seguirse para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente: **(i)** determinar, previamente, con qué bienes contaba antes de empezar su cargo, debiendo sumarse a éstos el total de sus ingresos recibidos por el desempeño de su función, así como todos los demás percibidos por cualquier concepto – Herencia, préstamos y otros similares –; **(ii)** luego, deberán cuantificarse los bienes acumulados, y obtenido el resultado de ambas operaciones, hacer una comparación entre éstas para poder establecer si existe alguna diferencia a su favor y en su caso, si constituye un enriquecimiento ilícito, o se demuestra que la obtuvo con motivo del empleo, cargo o comisión del servicio público, o si éste no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio, conforme lo exige el artículo 401° del Código Sustantivo.
8. Por tanto, lo que plantea el abogado del acusado Luis Alberto Cubas Portal en el sentido de que no corresponde a la Sala evaluar si los acusados **han justificado o no** los signos exteriores de riqueza que se les atribuye porque tal “**justificación**” no es una exigencia típica del enriquecimiento ilícito, además de desconocer la naturaleza jurídica procesal de aquella actividad; preponderantemente, evidencia que la defensa en sus Alegatos Finales pretende que el Colegiado adopte en su análisis un parámetro que desconozca la actividad desplegada por la parte acusada en todo el decurso del proceso.

^[415] ob. cit. Pag. 549

^[416] Fidel Rojas Vargas. Ob. cit. Pag. 468

9. Y es que, en efecto, aquella, a lo largo de todo este proceso: **(i)** ha introducido como **objeto de debate** probatorio la amplia gama de fuente de justificación esgrimidas precisamente para sustentar el origen de las titularidades y depósitos registrados durante el ejercicio del cargo desempeñado por el citado acusado; **(ii)** ha presentado sendas Pericias de Parte, habiendo incluso subrogado a su perito de parte primigenio designando otros nuevos peritos llegando a presentar una última Pericia elaborada por estos, donde ha detallado los ingresos y egresos alegados por la parte acusadora; **(iii)** ha participado activamente en las diligencias correspondientes al examen y debate pericial, **(iv)** ha presentado diversos escritos ofreciendo prueba documental en torno a las fuentes de justificación alegadas; **(v)** ha participado activamente en la oralización y debate de piezas precisamente relacionadas a dichas fuentes de ingreso; actividad procesal llevada a cabo en todo este proceso por la propia defensa que este Colegiado debe compulsar en la presente Sentencia, siendo evidentemente un contrasentido la limitación que pretende ahora imponer a la Sala; máxime si incluso forman parte de estos mismos Alegatos las consideraciones finales explicitadas por la propia defensa sobre cada una de las fuentes de justificación a las que se contraen sus Pericias de Parte.
10. Se constata de autos que la Fiscalía ha presentado Informes Periciales donde se han analizado cada uno de los documentos remitidos tanto por el Ejército Peruano como por el Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas en relación a los ingresos remunerativos percibidos por los acusados, dando lugar a que la Fiscalía sostenga como tesis de que en el periodo 1990 al 2000 los ingresos percibidos por ambos procesados son absoluta y desproporcionalmente inferiores a los depósitos bancarios y demás titularidades que registran en este mismo periodo en el que el acusado Luis Alberto Cubas Portal ejerció función pública.
11. Luego, han sido los propios encausados los que frente a la información remitida por las entidades bancarias, SUNARP, etc han aceptado los signos exteriores de riqueza que se les atribuye y han sido sus defensas, quienes mediante Informes Periciales de Parte, han ampliado el **objeto de debate probatorio** enfatizando que sus ingresos se remontan a antes de 1990 (saldo de inicio) y que sus ingresos lejos de estar circunscritos a sus remuneraciones como funcionarios públicos provienen de una amplia gama de hechos económicos a través de los cuales han pretendido explicar y **justificar** las titularidades acumuladas. Así las cosas, **¿se puede negar que la Fiscalía como las defensas han ofrecido la prueba documental de cargo y de descargo pertinente?. Evidentemente no. Mejor aún, si algo no puede cuestionarse a este proceso es precisamente que su duración tiene su explicación en cómo en todo momento se ha privilegiado el esfuerzo por contrastar de modo suficiente, objetivo e imparcial cada uno de los hechos económicos invocados por las defensas como origen de su incremento patrimonial.**
12. Por lo demás, siempre en relación a esta proposición de la defensa de que el imputado por delito de enriquecimiento ilícito no tiene que justificar el origen de los signos exteriores de riqueza que se le atribuyen, así estos desborden notoriamente sus ingresos percibidos en la Administración Pública; al respecto, cabe remitirnos a lo también establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República, Ejecutoria, recaída en el RN N° 4245 – 2006, su fecha 15 de agosto del 2007, que establece: **“(...) [1] El artículo [41°] cuarenta y uno de la Constitución Política del Perú estatuye que “los funcionarios y servidores públicos que señala la ley (...) deben hacer Declaración Jurada de Bienes y Rentas al tomar posesión del cargo, durante su ejercicio y al**

cesar en los mismos (...). Cuando se presume Enriquecimiento Ilícito, el Fiscal de la Nación (...) formula cargos ante el Poder Judicial”; de la lectura de este precepto constitucional se refleja que la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los funcionarios y servidores públicos, no es un acto impositivo derivado de un proceso penal, sino una obligación constitucional de toda persona que ostenta esta especial condición al aceptar el cargo, asumiendo no solo las obligaciones y responsabilidades que se deriven del ejercicio del cargo, sino que además, se están colocando en una situación de permanente exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes, en tal sentido, tienen que estar en capacidad de justificar en todo momento sus incrementos patrimoniales; por lo tanto, el conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los Funcionarios y Servidores públicos, antes que una carga, constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones y, con ello, se protege la actuación pública (...)” (Cfr. FJ Tercero).

13. Esta fundamentación jurisprudencial de por qué detrás de la exigencia de justificación a un funcionario público no existe una inversión de la carga de la prueba, lejos de ser una explicación aislada o exótica, encuentra más bien cabal coincidencia con otros referentes jurisprudenciales del Derecho Comparado. Así se tiene el pronunciamiento de la Corte Constitucional Colombiana, en la Sentencia C – 319 / 96, de fecha 18.07.1996, el que, sobre la constitucionalidad de la exigencia de justificación señala:

“(…)

En cuanto al delito de Enriquecimiento Ilícito de los servidores públicos, como ya se anotó, éste tiene un claro origen constitucional que se refleja en el interés que le asiste al Estado, no solo de legitimar la adquisición de la propiedad, sino además de sanear la Administración Pública, cuyo patrimonio se haya afectado por la conducta indebida de aquellos servidores que por el ejercicio de su cargo incrementan de manera injustificada su propio peculio, con grave detrimento de la moral social. Así entonces, el artículo reglamenta una conducta dirigida a sancionar al servidor público – sujeto activo cualificado – “que por razón del cargo o de sus funciones, obtenga incremento patrimonial no justificado, siempre que el hecho no constituya otro delito”.

Se trata de un delito que se manifiesta en el incremento patrimonial del servidor público sin causa que lo justifique, de acuerdo con la ley y la ética, y que, para configurarse como tal, exige el dolo. Tiene carácter subsidiario, en cuanto a que la ley supedita su aplicación a que la conducta típica no configure 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 fruto, por ejemplo, de un peculado, de un cohecho, etc., obviamente al servidor público se le condenará por el peculado, o por el cohecho, quedando excluido de su aplicación el Enriquecimiento Ilícito – Lex primaria derogat legi subsidiariae – .

Ahora bien, frente a la afirmación del autor, en cuanto a que la expresión “No justificado” contenida en el tipo, genera una inversión de la carga de la prueba como quiera que conlleva a que sea el funcionario quien deba probar el carácter lícito de sus ingresos, debe la Corte señalar que dicha afirmación se aparta por completo de la realidad, ya que es el Estado quien está en la obligación de demostrar la existencia de la conducta típica, antijurídica y culpable, frente a la configuración de indicios graves de presunta responsabilidad y de la ocurrencia del hecho punible.

Efectivamente, el artículo 250 de la Constitución Política le asigna a la Fiscalía General de la Nación, la función de “investigar los delitos y acusar a los presuntos infractores ante los juzgados y tribunales competentes e igualmente, “calificar y declarar precluidas las investigaciones realizadas”. Es decir, a la Fiscalía como ente acusador en los procesos penales, le corresponde investigar, indistintamente, tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado, con el objetivo de determinar la ocurrencia de un hecho punible y los responsables del mismo.

En el caso del Enriquecimiento Ilícito de los servidores públicos, debe el Estado demostrar que el Enriquecimiento es real e injustificado, ocurrido por razón del cargo que desempeña. Así, una vez establecida la diferencia patrimonial real y su no justificación, opera el fenómeno de la adecuación típica que va a permitir el desarrollo del proceso, en sus etapas sumarial y de juicio. Es entonces la falta de justificación el elemento determinante para dar origen a la investigación y, por tanto, la explicación que brinde el sindicado del delito, no es otra cosa que el ejercicio de su derecho a la defensa, frente a las imputaciones que le haga el Estado en ejercicio de su función investigativa.

No se trata pues de establecer una presunción de ilicitud sobre todo incremento, sino de presumir no justificado todo aquel incremento desproporcionado que carezca de explicación razonable de tipo financiero, contable y, por su puesto, legal.

Pero el conocimiento efectivo de las rentas y bienes del servidor público y su incremento injustificado, no se deriva en forma exclusiva de la explicación que éste presente a las autoridades judiciales en ejercicio de su derecho de defensa (art. 29 de la C.P.); son los demás medios de prueba – testimonio, documentos, indicios, etc.- los que dentro del desarrollo de la investigación, van a constituirse en elemento de juicio suficientes para llamar a indagatoria, dictar auto de detención o precluir investigación y, en general, para adelantar el proceso respectivo.

Además, la explicación relacionada con el incremento patrimonial de los servidores públicos no es un acto impositivo derivado de un proceso penal; es una obligación constitucional de toda persona que ostenta

esa especial condición, pues el artículo 122 de la carta señala expresamente, refiriéndose a los servidores públicos, que, “antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite debe declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas”. (subrayas de la Corte).

El conocimiento que tenga el Estado sobre los bienes y rentas de los servidores públicos, antes que una carga constituye un principio que debe gobernar sus actuaciones (art. 209 de la C.P.) y con ello se pretende proteger la función pública y, en particular, la moral social. Debe aclararse que nadie está obligado a ejercer una función pública; se trata de una labor en la que los ciudadanos deciden participar libremente; pero al aceptarla están asumiendo, no solo las cargas y responsabilidades que se sirven del ejercicio del cargo, sino que además, se están colocando en una situación permanente de exigibilidad por parte del Estado, en lo que se refiere al monto y manejo de sus bienes.

***No es entonces la explicación que rinde el sindicato frente a una acusación de incremento patrimonial no justificado un acto de violación al principio constitucional de la presunción de inocencia, pues como ya se anotó, se trata de una justificación de sus actos, frente a las imputaciones debidamente formuladas por el Estado en su contra, para que en desarrollo del artículo 29 de la Constitución Política, tenga la oportunidad de explicar su conducta. El artículo bajo examen consagra entonces un deber específico y concreto de transparencia en el manejo de los bienes públicos por parte de los servidores públicos, que en nada contraviene el debido proceso, ni ningún otro derecho consagrado en la Constitución Política.
(...)”***

14. Así entonces, se predica en relación a los funcionarios públicos una obligación - de carácter constitucional - de estar sujetos a una permanente exigibilidad, por parte del Estado, respecto al monto y manejo de sus bienes; constituyendo, el deber de presentar Declaración Jurada de Bienes y Rentas, precisamente, una de las exigencias a través de las cuales se materializa dicha obligación.
15. En torno a la constitucionalidad de dicha obligación, resulta además pertinente lo establecido por el Tribunal Constitucional Peruano, en su Sentencia recaída en el Exp. 008 - 2005 - PI / TC, en la cual, puntualizó lo siguiente:

“(...)”

15. Los artículos 40° y 41° de la Constitución establecen una serie de normas relativas a la publicidad de los ingresos que perciben los servidores del Estado, sean civiles, militares o policías. El segundo párrafo del artículo 40° precisa que es obligatoria la publicación periódica en el diario oficial de los ingresos que, por todo concepto, perciben los altos funcionarios y otros servidores públicos que señala la ley, en razón de sus cargos.

Por su parte, el artículo 41° establece que los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por este, deben hacer declaración jurada de bienes y rentas al tomar posesión de sus cargos, durante su ejercicio y al cesar en los mismos. La respectiva publicación se realiza en el diario oficial en la forma y condiciones que señala la Ley.

El precitado artículo 41° de la Constitución señala algunas normas relativas al control frente al enriquecimiento ilícito, como por ejemplo que, cuando se presume éste, el Fiscal de la Nación, por denuncia de terceros o de oficio, formula cargos ante el Poder Judicial; así mismo, la Ley establece la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, así como el plazo de su inhabilitación para la función pública; y que el plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado.

16. Las normas constitucionales citadas se justifican en la medida que la Constitución pretende prevenir y sancionar el mal uso de los recursos públicos, por ser un hecho que socava la confianza ciudadana en los servidores de la Nación.

En efecto, siguiendo al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, este Colegiado ya se refirió a la independencia judicial como elemento necesario para inspirar la confianza ciudadana en los Tribunales (caso Poder Judicial contra el Poder Ejecutivo, Exp. 0004 - 2004 - CC fundamento 33).

**En esta oportunidad, siguiendo al mismo alto Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, caso (Ahmed y otros vs. El Reino Unido, sentencia del 2 de setiembre de 1998, mutatis mutandis, fundamento 53) el Tribunal Constitucional del Perú considera como uno de los elementos esenciales de nuestro modelo de Estado Social y Democrático de Derecho la obligación de todos los servidores de la Nación, independientemente de su jerarquía y la función pública que cumplan, en los ámbitos, civil, militar, y policial de que ejerzan dicha función con probidad, honestidad y austeridad en el manejo de los recursos públicos, necesarias para generar la confianza ciudadana en los servidores de la Nación a través de la cual el modelo democrático, establecido por la Constitución se legitima.
(..)"**

16. Por tanto, la defensa no puede colocar al acusado Luis Alberto Cubas Portal al margen de dicha exigencia inherente a los altos cargos públicos que desempeñó. Y es que no quedando ninguna duda al respecto, sobre la vinculación del precitado acusado a dicho deber, corre en autos 04 Declaraciones Juradas del citado procesado, correspondientes a los años **1996** [417], **1998** [418], **1999** [419] y **2000** [420]; siendo que en cada una de ellas (excepto la

[417] Ver fojas 20,524 del Tomo 35

[418] Ver fojas 20,525 a 20,526 del Tomo 35

[419] Ver fojas 8,498 a 8,499 del Tomo 15

[420] Ver fojas 20,527 a 20,529 del Tomo 35

última), en la parte introductoria, se lee: “...Conste por el presente documento, la Declaración Jurada de Bienes y Rentas que formulo yo, Gral Brig LUIS CUBAS PORTAL, en ejercicio de cargo /puesto de Cmdte Gral (...) dando cumplimiento a lo dispuesto por la disposiciones legales vigentes...”.

17. Así las cosas, quedando meridianamente claro de que al acusado Luis Alberto Cubas Portal le era exigible – en su condición de alto funcionario público – de que informe sobre sus ingresos, bienes y rentas (y como en efecto cumplió con dicha obligación en todos los años antes precisados), no se explica de que la defensa, al formular sus Alegatos Finales, cuestione de que el antes nombrado al interior de este proceso no tiene ninguna obligación de justificar nada, habiendo quedado demostrado que tal obligación es pre-existente al proceso, y que por lo mismo no existe ninguna inversión de la carga de la prueba. Así las cosas, la defensa no puede ahora, como pretende, sostener de que no le corresponde formular explicación en el presente proceso sobre el origen de los ostensibles signos exteriores de riqueza que lejos de haberlos negado, los ha aceptado; y que, por ello mismo ha esgrimido diversas fuentes de ingresos, todas las cuales han sido materia de debate probatorio a lo largo del presente proceso, habiendo llegado la oportunidad de analizarlas y pronunciarse sobre cada una de ellas.
18. Finalmente, frente a los criterios que sobre la materia ha explicitado esta Sala en anteriores pronunciamientos y que son de discrepancia por la defensa, cabe señalar que en el caso de la Sentencia aludida referida al Caso Winston Alfaro Vargas, Expediente N° 27-2001, dichos criterios lejos de haber sido observados, fueron mas bien ratificados por la Corte Suprema de Justicia de la República a través de la Ejecutoria Suprema recaída en el R.N. N° 223-2009, su fecha 15 de julio del 2009.