

Exp. N° 099-2009.

**LA SEÑORITA SECRETARIA CERTIFICA EL VOTO QUE EMITEN LAS SENORAS JUEZAS SUPERIORES INES VILLA BONILLA e INES TELLO DE ÑECCO.**

Con el debido respeto a la señora jueza superior Hilda Piedra Rojas, Directora de Debates, no compartiendo en todo o en parte, los fundamentos de la sentencia que ha expedido respecto a los siguientes temas:

I.- CAPITAL DE INICIO.

II.- CONCEPTOS PERCIBIDOS POR EL ACUSADO ABRAHAM WALTER CANO ANGULO POR CONCEPTO DE CHOFER, GASOLINA, MAYORDOMO CAMBIO DE COLOCACIÓN Y ASIGNACIÓN POR LOS GASTOS INCURRIDOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES EN LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS.

III. SOBRE EL PATRIMONIO ADQUIRIDO POR ABRAHAM WALTER CANO ANGULO EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 1990 A 2000.

IV.- FUNDAMENTACION JURIDICA.

V.- DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ACUSADOS A TITULO DE CÓMPLICES: HAROLD WALTER CANO GAMARRA, SANDRO YANICK CANO GAMARRA Y PAOLA YANETH CANO GAMARRA.

VI.- DE LA DETERMINACION DE LA PENA.

VII.- DEL DAÑO CIVIL CAUSADO.

VIII.- DEL DESBALANCE PATRIMONIAL Y DECOMISO.

en observancia de lo que dispone el Art. 142 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, emitimos el presente voto.

## I.- DEL CAPITAL DE INICIO.

1. Sostiene la señora magistrada ponente, que el documento de fojas 1426 a 1427 denominado CONTRATO PRIVADO DE CESION DE DERECHOS Y ACCIONES DE PROPIEDAD (...) a pesar de ser un documento privado su valor probatorio no ha sido enervado con prueba alguna ni tachado por las partes procesales; considerándose además, la fecha de la certificación notarial que obra en la fotocopia de fojas 11666 a 11667, que si bien no lo convierte en documento público pero permite aseverar que no ha sido elaborado exprofesamente para los fines de este proceso<sup>1</sup>.

2. Señala el Art. 168 del Código Civil: el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe.

3. Explica el profesor Manuel Albaladejo:

La interpretación debe ser distinguida de la fijación de los hechos. Tal fijación es un estadio previo al interpretativo. Consiste en precisar lo realmente acontecido y de que forma se produjeron. Así, determinar cuales fueron exactamente los actos constitutivos de la conducta declaratoria del sujeto del negocio. Es después de fijar estos hechos (acto), cuando, como componente de la declaración, se pueden interpretar, atribuyéndole un determinado sentido (...). La interpretación sigue la fijación de los hechos, y a su vez, es seguida por la calificación jurídica y la subsunción del negocio bajo las formas. Una vez determinado el sentido de la declaración, llega el momento de adscribir el negocio celebrado a uno de los tipos o categorías que la ley regula. Es decir, de calificar jurídicamente aquello que la interpretación estableció ser voluntad del declarante (...). Esto es necesario porque los sujetos, persiguiendo usualmente fines económicos o prácticos, se desentienden, a veces, de la técnica jurídica, y porque, aunque no lo hagan, sin embargo, la calificación que den al negocio no puede aceptarse sino es la que debe ser. Así, pues, la calificación jurídica se realiza no a base de los nombres dados (por ejemplo, no ha de calificarse de arrendamiento a un negocio porque por las partes haya sido llamado así), ni tampoco por la voluntad de los sujetos, de encuadrar al negocio celebrado dentro de una u otra categoría, sino porque realmente lo que la interpretación fija como querido caiga objetivamente dentro del marco que la ley traza de lo que sea éste o aquel negocio, o éste o aquella clase de negocio (...).

La calificación jurídica es necesaria, para, a base de ella, aplicar al negocio celebrado las normas legales propias del negocio (o categoría de negocios), a cuyo tipo – después de la calificación – se estima pertenece a aquel.

Esta nueva fase se denomina subsunción del negocio bajo las normas. Subsunción que da lugar a uno u otros efectos, según se aplique al negocio unas u otras normas<sup>2</sup>.

4. La jurisprudencia nacional es unánime en sostener: Que el Art. 1206 del Código Civil señala que: “La cesión es el acto de disposición en virtud del cual el cedente transmite el derecho a exigir la prestación a cargo de su deudor, que se ha obligado a transferir por un título distinto”. Que, son elementos de la cesión de derechos: a)

<sup>1</sup> Fojas 106 de la sentencia.

<sup>2</sup> Manuel Albaladejo. Derecho Civil I. Introducción y Parte General. Volumen II. Páginas: 351 a 353. Décimo cuarta Edición 1996. José María Bosch Editor, S.A. Barcelona.

una relación jurídica preexistente a la cesión y que sea susceptible de ser cedida sin cuya existencia no podría configurarse la referida cesión; b) las partes de esta relación obligacional están constituidas por un cedente y un cesionario; c) que se transmite un derecho a exigir determinada prestación; d) que la cesión sea el modo de transferir un título distinto<sup>3</sup>.

5. Estando a lo glosado, el documento de fojas 1426 y siguiente, no contiene un acto de cesión de derechos y acciones como se le denomina, sino de acuerdo a sus cláusulas tercera y cuarta: un acto de disposición a título gratuito, esto es una donación (Artículo 1621 del Código Civil: Por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien), que efectúan don Manuel Arturo Gamarra Cayguaray, doña Rosa Jesús y doña Gabriela del Pilar Gamarra Gonzáles a favor de doña Carmen María Gamarra Gonzáles, la que en ese momento tenía el estado de civil de casada con el acusado Abraham Walter Cano Angulo. No existe relación jurídica preexistente susceptible de ser cedida, ni obligado a satisfacerla.

6. Dado el valor de los bienes donados, como formalidad de la liberalidad realizada, debía observarse lo que contiene el Art. 1624 del Código Civil, esto es realizarse por documento de fecha cierta, bajo sanción de nulidad. El que se examina no se corresponde con las previsiones del Art. 245 del Código Procesal Civil, para darle el carácter de documento de fecha cierta, por lo que no produce efecto jurídico alguno. No satisface la exigencia legal, la legalización de copia del documento, a que se hace referencia en la sentencia.

7. La señora magistrada al pronunciarse en el Capítulo III apartado 1.c: Sobre la devolución del dinero facilitado a sus hijos en calidad de “apoyo familiar”, al rechazar en la conclusión de la cuestión probatoria planteada (Tacha) sostiene: *Si bien y conforme lo alega la defensa no han sido tachados por la parte acusadora ni por la parte civil ello no importa reconocerle eficacia plena a su contenido (...)*<sup>4</sup>. Criterio distinto con el que se pronuncia en este extremo: (...), *la cesión de derechos a pesar de ser un documento privado su valor probatorio no ha sido enervado con prueba alguna ni tachado por las partes procesales.*

Las señoras magistradas que suscriben este voto asumen de que, la ausencia de Tacha no hace eficaz un documento, cuya nulidad es evidente.

8. Coincidiendo en parte, por estos fundamentos con la conclusión, a la que arriba la señora Jueza Superior Piedra Rojas, de que: *El capital alegado [por el acusado Cano Angulo como recibido en donación por su cónyuge] no está acreditado; en consecuencia, la supuesta inversión en CLAE sustentada en [aquel] y que permitió contar con US\$ 120,000.00 dólares, deviene también en infundada*<sup>5</sup>.

*Cabe concluir respecto al saldo inicial patrimonial, que si bien el perito de parte ha alegado que Abraham Cano Angulo empezó a laborar desde mil novecientos sesenta y seis en el Ejército Peruano, lo que se corrobora con las fojas de servicios que corren*

<sup>3</sup> CAS. N°396-01 CALLAO. Publicada el 30-11-2001.

<sup>4</sup> Fojas 145 de la sentencia.

<sup>5</sup> Fojas 113 de la sentencia.

*en autos a fojas quince mil setecientos ochenta y siete a quince mil setecientos ochenta y ocho; sin embargo, no realiza una evaluación sobre el monto de dinero que percibió por dicho concepto a fin de sustentar el citado capital de inicio; por lo que, [al respecto entendemos que sus gastos familiares fueron cubiertos con los ingresos que percibiera como oficial del Ejército peruano, no teniendo en ese período capacidad de ahorro]; debe entenderse que éste ha tenido su sustento en los dos rubros indicados, lo cual no significa desconocer la relación laboral que mantuvo con el Ejército en esos tiempos y que le importó ingresos mensuales por conceptos de remuneraciones y demás beneficios, sino que de lo percibido por ese concepto no respalda, a opinión de su pericia de parte, los US\$ 240,000.00 de capital de inicio<sup>6</sup>. Señalamos que la Pericia omitió indicar que el acusado Cano Angulo es propietario del predio sito en Calle Haleiwa Manzana E-9 Lote 04, Urbanización Cedros de Villa – Chorrillos el que adquirió el 30 de noviembre de 1984 mediante contrato celebrado con Constructora Marielba Sociedad Anónima, como lo ha informado la Municipalidad de Chorrillos mediante Oficio N° 2176-2010-CG-MDCH adjunto al cual se recibió el Informe N° 042-2010-GR-MDCH su fecha 25 de agosto de 2010. La no inscripción del predio y su no explotación, no afecta su titularidad. También se omitió considerar las participaciones que el acusado posee en la Empresa Líneas de Maderas S.R.L. inscrita en la Ficha N° 65696 del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Lima y Callao.*

**II.- CONCEPTOS PERCIBIDOS POR EL ACUSADO ABRAHAM WALTER CANO ANGULO: CHOFER, GASOLINA Y MAYORDOMO. PAGO POR CAMBIO DE COLOCACIÓN. DEVOLUCIÓN POR GASTOS INCURRIDOS EN EL EJERCICIO DE SUS FUNCIONES EN LA PRESIDENCIA DEL CONSEJO DE MINISTROS.**

9. Precisando que no se cuestiona el percibo de sus remuneraciones y de cualquier otra bonificación que le fuera otorgada en su calidad de funcionario público, así como lo que le correspondió por fondo de retiro, reiteramos nuestra posición respecto al beneficio concedido por su institución al acceder a determinado grado, como: chofer, combustible y mayordomo. Así como lo percibido al producirse su traslado, por cambio de colocación y nos pronunciamos respecto al pago de asignación por los gastos incurridos en el ejercicio de sus funciones en la Presidencia del Consejo de Ministros.

**c1.1.(d) De los dispositivos normativos incorporados y debatidos en relación a los beneficios otorgados por el Ejército.**

**28. Los dispositivos normativos** que regulan los beneficios otorgados por el Ejército son:

**28.1 El Decreto Supremo N° 013-76-CCFA**, del 15 de octubre de 1976<sup>[7]</sup>, en su artículo 1° decreta: “... Apruébase el **RFA N° 12-01** formulado por el Comando

<sup>6</sup> Fojas 113 y 144 de la sentencia.

<sup>7</sup> Ver fojas 91,670 a 91,681 del Tomo 120 del expediente 04 – 2001 que corre anexo al principal, oralizado y Debatido en la Sesión 283 Fojas 8,799 y siguiente, Sesión 284 fojas 8,814 a 8,830 del Tomo 13 del Expediente 85– 2008.

Conjunto de la Fuerza Armada, relativo a la **Política General sobre Automóviles para Uso del personal de la Fuerza Armada ...**” (sic). Dicho Reglamento, rotulado **“Transporte - Política General sobre Automóviles para uso del Personal de la Fuerza Armada”** (sic), entre otros aspectos, prescribe lo siguiente:

**“TRANSPORTE  
POLITICA GENERAL SOBRE AUTOMOVILES PARA USO DEL PERSONAL  
DE LA FUERZA ARMADA”**

**“...CAPÍTULO I: GENERALIDADES: Artículo 1°** Este Reglamento establece las Normas Generales que deberá seguir la Fuerza Armada para la adquisición, servicio, abastecimiento, mantenimiento, operación, seguro, renovación y venta de los automóviles de propiedad del Estado y afectados a cada Instituto Armado, a fin de propender a su mejor empleo y conservación. (...) **Artículo 2°** Están comprendidos en el presente Reglamento, los automóviles puestos al servicio de los Oficiales Generales, Coroneles y Capitanes de Navío en servicio activo. (...) **Artículo 3°** El Comando Conjunto de la Fuerza Armada dictará las normas necesarias que permitan [e]standarizar los automóviles de uso en la Fuerza Armada (...) **CAPITULO II: ADQUISICIÓN:** (...) **Artículo 4°** Anualmente con los fondos presupuestales incrementados con el producto de la venta de los automóviles dados de baja, los Institutos adquirirán los automóviles necesarios para: La renovación; Y, (...) La asignación a los nuevos Capitanes de Navío y Coroneles. (...) **CAPÍTULO III: SERVICIO** (...) **Artículo 5°** Se pondrá un automóvil al servicio de los señores Oficiales, Generales, Coroneles y Capitanes de Navío en servicio activo. Independientemente, cada Instituto Armado de acuerdo a sus necesidades asignará un automóvil a los cargos orgánicos que estime conveniente. (...) **Artículo 6°** El automóvil puesto al servicio del usuario permanecerá con éste hasta la fecha de su renovación; excepto en los casos en que el usuario sea destinado a Unidades o Dependencias donde no sea económico el traslado del automóvil. Cada Instituto regulará esta disposición. **CAPÍTULO IV: ABASTECIMIENTO Artículo 7°** Cada Instituto deberá consignar en su presupuesto las partidas respectivas para atender el suministro de: combustible, lubricantes, llantas y baterías para los automóviles de propiedad del Estado. **Artículo 8°** El abastecimiento al que se refiere el párrafo anterior será proporcionado de acuerdo al siguiente detalle: **(a) Gasolina:** de acuerdo al octanaje que prescriban las características técnicas del vehículo que se adquiera para el uso y en las siguientes cantidades: (...) Oficiales Generales (...) 200 galones mensuales (...) Coronel o Capitán de Navío (...) 180 [galones mensuales] (...) **(b)** Cambio de aceite y revisión de niveles de acuerdo al manual del vehículo. **(c)** Cambio de llantas nuevas en el caso de falla que las inutilice o por desgaste natural (...) **(d)** Cambio de batería, en el caso de falla que las inutilice o por desgaste natural. **Artículo 9°** Los vales de gasolina a que se refiere el artículo anterior inciso a), serán de los siguientes colores: Blanco para el Ejército, Azul para la Marina y Rojo para la Fuerza Aérea. Estos vales podrán ser utilizados en los grifos de los Institutos Armados, siempre y cuando su capacidad lo permita, previo acuerdo entre los respectivos Institutos. **CAPÍTULO V: MANTENIMIENTO** (...) **Artículo 10°** Cada Instituto Armado deberá consignar en el Presupuesto la Partida correspondiente para atender el mantenimiento de los automóviles de propiedad del Estado. **Artículo 11°** La suma asignada para el mantenimiento de los automóviles será empleada en forma exclusiva bajo el control del Servicio Técnico de cada Instituto. Dicho Servicio al poner en circulación un automóvil nuevo le abrirá una Libreta Historial, donde se harán todas las anotaciones de reparación, servicio y los cambios a que se refieren los incisos c) y d) del artículo 8°. (...) **CAPÍTULO VI: OPERACIÓN** (...) **Artículo 12°** La operación de los automóviles estará a cargo de choferes profesionales contratados por los respectivos Institutos, con la condición de “Servicio Interno”, a

propuesta del usuario. Los automóviles, puestos al servicio de los Generales de División, Vice-Almirantes y Tenientes Generales, dispondrán de un chofer profesional, miembro de la Fuerza Armada con grado militar. **Artículo 13°.** El pago de las multas por infracciones de tránsito es de obligación del usuario, debiendo anualmente presentar al Servicio respectivo el Certificado de Gravamen correspondiente. (...) **CAPÍTULO VIII: RENOVACIÓN Artículo 17°.** Anualmente se renovará los automóviles con 4 años de uso al servicio de cada Instituto. (...) **CAPÍTULO IX: VENTA (...) Artículo 19°.** Los Oficiales Generales, Coroneles o Capitanes de Navío que pasen a la situación de Retiro por mandato de la Ley, con excepción de los que lo hagan por medida disciplinaria o sentencia judicial, tendrán derecho a adquirir el vehículo que tienen a su servicio, efectuándose la transferencia a nombre del interesado, con el siguiente porcentaje de desvalorización: (...) Por el 1er. año: 60% (...) Por el 2do. año: 70% (...) Por el 3er. año: 80% (...) Por el 4to. año: 90% (...) **CAPÍTULO X: DISPOSICIONES GENERALES (...) Artículo 31°.** Los automóviles adquiridos serán dados de alta en el inventario o cargo del Servicio respectivo de cada Instituto, de acuerdo al Acta de Recepción de la fábrica y será registrado en la Unidad o Dependencia en la cual presta servicios el usuario. **Artículo 32°.** La Unidad o Dependencia correspondiente a cada Instituto será responsable de: **a.** Controlar que cada automóvil tenga su Libreta Historial y que ésta sea mantenida al día. (...) **b.** Emitir un certificado en el que estará consignado el número de la placa de rodaje, la Unidad o Dependencia en la que está registrado el automóvil, el nombre del chofer y del usuario autorizado para conducirlo. Este documento será portado obligatoriamente en cada automóvil y variado sólo cuando el usuario o el chofer sean cambiados. **Artículo 33°.** Las Unidades o Dependencias, a cuyo cargo estén los automóviles, darán de Alta y Baja de sus cargos respectivos a aquellos cuyos usuarios sean trasladados de una Unidad o Dependencia a otra. En cada Instituto, la comprobación periódica del estado general de los automóviles, se efectuará de acuerdo a su propia reglamentación. **Artículo 34°.** Cada Instituto Armado contará con un Pool de Automóviles para satisfacer las necesidades imprevistas del servicio. (...) Dichos vehículos serán empleados de acuerdo a las disposiciones particulares que prescriba cada Instituto...”.

- 28.1. El **Decreto Supremo N° 001-78-CCFFA** del 03 de enero de 1978<sup>[8]</sup>, el que entre otras disposiciones establece:

“... **Artículo 1°.-** Los beneficios y goces que corresponde percibir a los **Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas** y Fuerzas Policiales en las Situaciones de Disponibilidad o Cese Temporal y Retiro o Cesación Definitiva, en las mismas condiciones a los de su grado en Situación de Actividad, son: (...) **b). Carburantes en la forma regulada por el Comando Conjunto de la Fuerza Armada; c). Un chofer profesional de servicio interno; d). Un trabajador del hogar ...”.**

- 28.2. La **Resolución Ministerial N° 567 GU/EC** del 14 de abril de 1981<sup>[9]</sup> aprobó la **Disposición Administrativa N° 121**<sup>[10]</sup>, la que denominada “**Pago de Pasajes, Bagajes, Indemnización de Viaje y Gastos de instalación dentro del territorio nacional**”, entre otros aspectos, preceptúa lo siguiente:

“... **(1). OBJETO Y ALCANCE: a).** Normar los aspectos referentes al pago de asignaciones de viaje; pasajes, flete por bagaje, indemnización de viaje y gastos

<sup>8</sup> Ver fojas 91,668 a 91,669 del Tomo 120 del expediente 04 – 2001 que corre anexo al principal, oralizado y Debatido en la Sesión 283 Fojas 8,799 y siguiente, Sesión 284 fojas 8,814 a 8,830 del Tomo 13 del Expediente 85– 2008.

<sup>9</sup> Ver fojas 93,819 del Tomo 123 del expediente 04 – 2001 que corre anexo al principal, referenciada en la Resolución de la Comandancia General del Ejército N°90269OEE/E-14.

<sup>10</sup> Ver fojas 93,799 a 93,818 del Tomo 123 del expediente 04 – 2001 que corre anexo al principal, oralizado y Debatido en la Sesión 283 Fojas 8,799 y siguiente, Sesión 284 fojas 8,814 a 8,830 del Tomo 13 del Expediente 85– 2008.

de instalación al personal del Ministerio de Guerra dentro del Territorio Nacional. **b).** Las prescripciones de la presente disposición serán aplicadas al siguiente personal: **1.** Oficiales (...) **5.** Familiares inscritos en el Registro de Familia y que tienen a la fecha en que se realiza el movimiento del titular, derechos reconocidos por la AGE para los efectos de percibir Asignaciones de Viaje (...) **(2).**

**FINALIDAD: a).** Hacer conocer las disposiciones que rigen actualmente sobre trámites y asignaciones de viaje para el personal militar y civil del Ejército. **b).** Establecer cuál es el personal que tiene derecho a percibir estos conceptos en concordancia con las disposiciones legales reglamentarias(...). **(3).**

**NORMAS GENERALES: a).** El Personal Militar y Civil del Ministerio de Guerra y sus familiares inscritos en el Registro de Familia, tiene derecho, en las condiciones que se especifican en la presente Disposición Administrativa, a asignaciones de viaje cuando deban desplazarse de una guarnición a otra del territorio de la República por las razones siguientes **1.** Cambio de Colocación o Destaque del Titular (...) **b).** El derecho al percibo de asignación de viaje se pierde en los casos siguientes: **1.** Por permuta de colocación entre los interesados; **2.** Por vacaciones, permisos o licencia para atender asuntos particulares; **3.** Cuando se es inculpaado y se tiene que comparecer ante los Tribunales comunes o privativos; o su cambio de situación sea por medida disciplinaria; (...) **5.** Por pase a Disponibilidad o Cese Temporal a su solicitud; **c).** Los criterios a tener en cuenta para el otorgamiento de las Asignaciones de Viaje son los siguientes: **1.** Rapidez en el desplazamiento del personal; **2.** Economía en los gastos; **3.** Confort que ofrezcan los medios de transporte disponibles; **4.** La situación actual de la infraestructura de transportes en las guarniciones militares o en las rutas disponibles. **d).** Los conceptos a que se refiere la presente disposición administrativa se abonarán para los familiares siempre y cuando éstos viajen al lugar de destino del titular en los tres primeros meses; en caso contrario, deberá revertir los fondos recibidos. Los Comandos respectivos quedan encargados de su cumplimiento. **e).** En el caso de que los Comandos del Ejército proporcionen medios para el transporte de sus servidores (militares y civiles) y sus familiares, así como de su bagaje se abonarán solamente los conceptos correspondientes a indemnización de viaje y gastos de instalación. **f).** Si el desplazamiento de personal es muy urgente, por cualquier situación imprevista la Unidad Ejecutora de origen proporcionará los fondos para gastos de asignación de viaje y solicitará la regularización a COPERE, si es que el movimiento corresponde ser atendido con fondos del Presupuesto Analítico (...) **g).** Si por razones de orden personal el interesado solicita emplear una ruta diferente a la establecida, el mayor gasto será por su cuenta (...) **h).** Los reclamos sobre conceptos no procesados en el CINFE los efectuarán las UU/EE de origen por conducto regular a COPERE. Los reclamos por errores de itinerario o menores abonos con respecto a las tarifas vigentes los realizarán los interesados mediante solicitud por conducto regular. Para los fines de la presente Disposición Administrativa entiéndase por "tarifa vigente" el costo del pasaje o flete por bagaje considerado en las tablas autorizadas por el Ejército (...) **i).** El personal que por razones del servicio sea destacado de una Guarnición a otra por un periodo máximo de (6) meses, sólo tendrá derecho a pasajes e indemnización de viaje para el titular. **j).** Los movimientos de personal causados por comisiones del servicio, citación ante los tribunales y licenciamiento al término del SM, no dan derecho a flete por bagaje ni gastos de instalación (...)

**(4).** **PASAJES: a).** Los pasajes se otorgarán por vía aérea, terrestre o cualquier otra vía, de conformidad con las tarifas vigentes y los itinerarios establecidos por el Ejército (...) **b).** Cuando el personal militar y civil viaje en comisión del servicio constituyendo un equipo, utilizará los mismos medios de transporte; (...)

**(5).** **FLETE POR BAGAJE: a).** Se entiende por bagaje el conjunto de muebles, enseres y efectos personales del Titular y familiares que deben ser transportados al nuevo destino y que exceden el peso de equipaje que está incluido dentro del costo del pasaje. **b).** Se otorgará dicho flete por vía terrestre, marítima o fluvial según las tarifas vigentes y de acuerdo a la escala de peso que figura en el Anexo 01 (...)

**(6).** **INDEMNIZACIÓN DE VIAJE: a)** Es el monto que se entrega al titular con el fin de ser empleado en alojamiento y subsistencia. Esta asignación se abonará de acuerdo a lo especificado en la tabla que aparece en el Anexo 02 (...); **(7).**

**GASTOS DE INSTALACIÓN:** a). Se entiende por gastos de instalación los que irroga el establecer en el nuevo lugar de residencia (...) **(8). PRESUPUESTO ANALÍTICO A CARGO DE LOS CUALES SE ATENDERÁN LOS PAGOS:** a). Con el Presupuesto Analítico del Programa Económico del Ejército se atenderán los requerimientos generados por movimiento de personal a realizarse por las razones siguientes: **1.** Cambios de colocación aprobados por la Superioridad; **2.** Destaques ordenados por el Comandante General del Ejército (...)

**(9). RESPONSABILIDADES DE LAS DEPENDENCIAS Y LOS USUARIOS:** (a). **De las dependencias:** En la gestión y pago de las asignaciones de viaje intervienen las siguientes dependencias COPERE, DIPLANO, DIRIN, HMC, AGE, CINFE, DIECO y UU/EE realizando las actividades que se indican a continuación: **1).** En la gestión de las asignaciones de Viaje: **a.** COMANDO DE PERSONAL (COPERE) **1.** Como Órgano Rector del Sistema de Personal del Ejército tiene la responsabilidad del planeamiento, dirección y control de las actividades de gestión de Asignaciones de Viaje para el personal del Ministerio de Guerra que por distintas razones deba desplazarse de una guarnición a otra; **2.** Centraliza toda la información que se requiere para la gestión y es la única entidad del Ejército autorizada a gestionar fondos para el pago de asignaciones a que se refiere el párrafo 3.a. en relación con el párrafo 8.a de la presente Disposición Administrativa. **3.** Sólo gestionará el pago de las asignaciones de viaje cuando éstas han sido debidamente autorizadas por el Comandante General del Ejército; **4.** Mantendrá actualizados los cuadros de itinerarios; así como los costos reales de los pasajes y fletes por bagajes, de acuerdo a las tarifas vigentes, (...) **c.** DIRECCION DE PLANES Y OPERACIONES (DIPLANO): Proporciona a COPERE la información sobre movimiento de Unidades de una Guarnición a otra, a fin de que proceda a gestionar los fondos necesarios para que se efectúe el movimiento de personal; **d.** AYUDANTIA GENERAL DEL EJERCITO (AGE) Proporcionar al CINFE la información necesaria sobre la carga de familia del personal del Ministerio de Guerra que permita mantener permanentemente actualizado el archivo automático de dicho centro; (...) **f.** DIRECCION DE ECONOMIA (DIECO): **1.** Programar en el año fiscal correspondiente la asignación de recursos financieros que requieren las actividades de movimientos de personal; **2.** Fiscalizar desde el punto de vista presupuestal y/o financiero para su aprobación o devolución en el caso de que hubieran observaciones, los Proyectos de Resolución Directoral de pago (...) **(b). De los Usuarios:** **1.** Al recibo de los conceptos por Asignaciones de Viaje que le son abonados por la U/E procederán a su verificación con el objeto de determinar su conformidad. En caso necesario procederán a hacer su reclamo por conducto regular a COPERE; **2.** Si por alguna razón recibieran los conceptos de Asignaciones de Viaje en un monto superior al que legalmente les corresponde procederán a la devolución del exceso a su Oficina Pagadora dentro de las 48 horas siguientes al pago; **3.** En el caso de no realizarse el viaje por alguna razón habiendo recibido los conceptos de Asignaciones de Viaje deberán devolver éstos a su Oficina Pagadora en el término de 48 horas después de haberse confirmado la anulación de viaje...”

- 28.3. La Resolución de la Comandancia General del Ejército N° 90269 OEE/E-14 del 21 de junio del 2000<sup>[11]</sup> aprobó la Disposición Administrativa N° 05-2000 <sup>[12]</sup>, rotulada “**Pago de Asignación de Viaje dentro del Territorio Nacional**”; la misma que, entre otros aspectos, regula lo siguiente:

“... **SECCIÓN I: GENERALIDADES:** **1. OBJETO:** Dictar normas y establecer procedimientos para la gestión, reconocimiento del derecho y la justificación del pago de las “asignaciones de viaje” (pasajes, viáticos, flete por bagajes y gastos de instalación); para el Personal Militar y Civil del Ejército, que por razones de servicio viajan dentro del territorio Nacional. **2. FINALIDAD:** **a.** Impartir instrucciones a las EE/EE del Ejército, para una adecuada administración de los

<sup>11</sup> Ver fojas 93,819 del Tomo 123 del expediente 04 – 2001 que corre anexo al principal.

<sup>12</sup> Ver fojas 93,820 a 93,844 del Tomo 123 del expediente 04 – 2001 que corre anexo al principal.



recursos inherentes a las Asignaciones de Viaje, del personal del Ejército dentro del territorio nacional; **b.** Uniformar los procedimientos que rigen la gestión de los conceptos referidos al viaje del personal, el reconocimiento de este derecho, el pago y su justificación; **c.** Establecer las responsabilidades de las Reparticiones del Ejército que intervienen en los procesos de gestión, el reconocimiento del derecho así como, el pago de las asignaciones de viaje y rendición de cuentas, de conformidad a las disposiciones legales vigentes; **d.** Facilitar las acciones de control de los diferentes comandos. **3. ALCANCE:** Las prescripciones contenidas en la presente Disposición Administrativa, serán de aplicación obligatoria por las Entidades Ejecutoras y Elementos Dependientes del Ejército (...)

**4. BASE LEGAL:** (...) **I.** DL N° 26162 "Ley del Sistema Nacional de Control"; **m.** Ley N° 27209, Nov 99 "Ley de Gestión Presupuestaria"; **n.** Ley de presupuesto del Sector Público; **Sección II. ASIGNACIONES DE VIAJE: 5. DEFINICIONES Y CRITERIOS QUE REGULAN SU ADMINISTRACIÓN:** Las Asignaciones de viaje, se otorgan al personal Militar, civil y sus familiares cuando se desplazan de una Guarnición a otra dentro del territorio y en las condiciones que especifica la presente Disposición Administrativa y comprende los conceptos de **pasaje, viáticos, flete por bagaje y gastos de instalación:**

**(a) Pasajes: 1).** Se entiende por pasajes al valor pecuniario que se abona al Personal Militar y Civil del Ejército y a sus familiares directos inscritos en el Departamento de Registro de Personal del COPERE, para que pueda trasladarse por disposición del Comando del Ejército o del comando de la E/E, desde su lugar de origen hasta el de su nuevo destino; (...)

**(b) Viáticos: 1).** Es el monto que se paga al Titular militar o civil en tránsito, con el fin de ser utilizado en alojamiento, alimentación y movilidad local; (...)

**4).** En los casos en que la Entidad Ejecutora proporcione facilidades de alojamiento y/o alimentación, el pago de viáticos será ejecutado en base a los porcentajes de la escala que figura en el Anexo Único; (...)

**(c) Flete por Bagaje 1).** Importe que se abona al Titular por el transporte de su equipaje militar, así como el conjunto de muebles, enseres y efectos personales del Titular y familiares que deben ser trasladados al lugar distinto, **2).** A los casados, viudos o divorciados con hijos, inscritos en el Dpto. de Registro de Personal, con sus derechos reconocidos, y que viajen por vía terrestre con el titular, les corresponderá 35 m3; **3).** A los solteros, viudos o divorciados sin hijos, por este concepto les corresponde el valor de dos (2) pasajes por las vías que empleen para su viaje; **4).** El flete por Bagaje se otorgará por vía terrestre y, en caso de que no exista este medio de transporte, se procederá de la manera siguiente: **a.** En primera prioridad, se otorgará por vía aérea, para los lugares donde se pueda llegar por esta vía (Iquitos y Puerto Maldonado) y a los lugares que determine en forma específica el COPERE; **b.** En segunda prioridad, se otorgará por vía fluvial, para los lugares donde se pueda llegar por esta vía y no cuente con servicios de carga aérea; **5).** Para el cálculo del flete por bagaje terrestre, el costo del metro cúbico (M3) a considerar en la Tabla de Fletes según el lugar de destino se establecerá considerando que el factor del costo del flete de 35 M3, equivale al valor del flete terrestre de 20 TM; la tabla de Fletes, será determinada por el COPERE con opinión previa de la OEE y será aprobada por el Señor General de[!] Ejército Comandante General del Ejército; **6).** Para efectuar el cálculo del flete, por bagaje fluvial o aéreo, se fijara en función al peso y se otorgará el valor que corresponda a dos (2) Toneladas Métricas por vía aérea, que es el equivalente a la escala que se otorga para el bagaje terrestre. La aprobación de la tabla resultante seguirá el mismo procedimiento descrito en el párrafo anterior; **7).** Para el caso específico de la Sexta RM, QRM. Pto Maldonado y ZZEE al interior de las Guarniciones Militares, cuyo costo de transporte se fija en función al peso se otorgará el costo correspondiente a dos (2) TM por vía aérea, que es el equivalente a la escala que otorga por bagaje terrestre; **(d) Gastos de Instalación: 1).** Son aquellos gastos que se efectúa el personal militar y civil para que puedan instalarse y establecerse en su nuevo lugar de residencia; **2).** A los casados y a los viudos o divorciados con hijos inscritos en el Dpto. de Registro de Personal con sus derechos reconocidos y que viajen con el Titular, le corresponderá dos (2) Remuneraciones Brutas Totales; **3).** A los solteros, viudos o divorciados sin hijos, les corresponderá una (1) Remuneración

Bruta Total; **4).** Se otorgará teniendo en cuenta el promedio de la Remuneración Bruta Total por grados; **5).** Para efectuar el cálculo de este beneficio, se entiende como “Remuneración Bruta Total”, a las remuneraciones y bonificaciones de carácter permanente (monto pensionable), que por todo concepto recibe el personal Militar y Civil del Instituto; **6).** El COPERE en coordinación con el CINFE establecerá en el mes de Agosto de cada año la “Tabla Promedio de Remuneración Bruta” del personal y que a su propuesta y con opinión previa de la OEE, será aprobado por el Sr. General Ejército Comandante General del Ejército. (...); **6. FACTORES A TENERSE EN CUENTA PARA EL PAGO DE LAS ASIGNACIONES DE VIAJE:** **a.** Rapidez en el desplazamiento del personal; **b.** Confort que ofrezcan los medios de transporte disponibles; **c.** La disponibilidad de medios de transporte, así como las rutas disponibles dentro del Territorio Nacional. (...) **Sección III. RESPONSABILIDADES ESPECIFICAS:** **13. COMANDO DE PERSONAL DEL EJERCITO (COPERE): (...)** **14. OFICINA DE ECONOMIA DEL EJÈRCITO (OEE): (...)** **19. CENTRO DE INFORMATICA DEL EJERCITO (CINFE): (...)** **21. ENTIDADES EJECUTORAS (EE/EE): (...)** **(d) Rendición de Cuentas:** **1).** La sustentación del gasto por el pago de Asignaciones de viaje, estará conformada, de acuerdo al caso, por los documentos siguientes: (...) **a.** Para los casos que el pago de la Asignación de viaje, no son con cargo al Ppto de la Entidad Ejecutora: **1.** Cuando la E/E recibe fondos y documentación procesada de la OEE: Orden de pago; Liquidación individual de pago, firmada por el interesado y el oficial Tesorero; Planilla de Pago de Asignaciones de viaje, Firmada por los interesados, Oficial de Personal, Tesorero y Jefe de la E/E; Acta de pago de Asignaciones de viaje firmada por el Tesorero, jefe de Economía y Jefe de la E/E; **2.** Cuando la E/E no recibe documentación procesada de la OEE y tiene que formularla para efectuar el pago: Orden de pago, Planilla de pago firmada por los interesados, Oficial de personal, Ejecutivo y Jefe de la E/E, Acta de pago de Asignaciones de viaje firmada por el Tesorero, Jefe de Economía y Jefe de la E/E; **b.** Para los casos de pago de Asignaciones de viaje realizados con cargo a los presupuestos de las propias EE/EE, la documentación sustentatoria estará conformada por: Orden de pago, Planilla de pago firmada por los interesados, Oficial de personal, Ejecutivo y Jefe de la E/E; **2).** La documentación sustentatoria indicada en los párrafos (1) y (2), se incluirá dentro de la Rendición de Cuentas, que en forma mensual formula la E/E por las operaciones contables y de tesorería que ejecutan y se efectuará de acuerdo al párrafo 19.b (2)d. de la Disposición de la Administrativa N 03-2000 “Información Contable Financiera, Presupuestaria y Rendiciones de cuentas en el Ejército”. (...); **22.DIVERSOS:** **a.** El **Sistema de Inspectoría** del Ejército en sus diferentes niveles, será el encargado de velar por la correcta aplicación de las normas establecidas en la presente Disposición Administrativa, teniendo especial atención al pago de las Asignaciones de viaje, control de las Rendiciones de Cuentas, así como la verificación de las reversiones de los importes no abonados, para lo cual deberá tener en cuenta las responsabilidades establecidas en la Ley del Sistema Nacional de Control...”

### **f2.3. Análisis desde el plano de la normatividad.**

29. A la luz de lo expuesto, corresponde abordar de entrada, el análisis de lo sostenido, la tesis de la libre disponibilidad de tales asignaciones, no puede soslayar de que el acusado Abraham Walter Cano Angulo si bien por su condición de Alto Oficial Militar del Ejército Peruano tiene un plexo de deberes, atribuciones y derechos delimitados por el rol que detenta dentro de su Instituto Armado encargado de velar por la seguridad de los ciudadanos; al mismo tiempo, le resulta también de evidente recibo los exigencias inherentes a su pertenencia a la Administración Pública. Luego, sólo desde esta perspectiva de su status de funcionario público<sup>13</sup>, y su vínculo con el bien jurídico Administración Pública, queda claro que su posición al interior de ésta, obviamente, le impone comportamiento funcionales positivos, esto es, de aseguramiento y fomento del correcto funcionamiento de la administración pública, como por ejemplo a través de la

<sup>13</sup> Desde el año 1989 fue nombrado Coronel del Ejército, en el año 1993 fue nombrado General de Brigada y el año 1999 al 2000, General de División.

utilización racional y eficiente de los recursos asignados para el cumplimiento de su función; y también negativos, tales como, por ejemplo, el de no enriquecerse haciendo suyos, indebidamente, recursos del Estado recibidos no como remuneración sino para fines específicos precisamente vinculados al mejor cumplimiento del cargo público detentado o como prerrogativas inherentes a su calidad funcional.

30. Consiguientemente, de cara al presente examen, corresponde a este Colegiado remitirse a su Resolución expedida en el Incidente N° 08-2001-“M1” en la cual se estableció que: “... **es (...) la naturaleza jurídica de una categoría o instituto lo que define sus respectivos efectos o tratamiento que le corresponde...**”. Por tanto, en lo concerniente a los beneficios relacionados al **otorgamiento de combustible y asignación por chofer**, cabe remitirse al Tribunal Constitucional (en su Sentencia emitida en el Expediente N° 2110-2003-AA/TC) el mismo que dejó establecido que el otorgamiento de gasolina no es sino un **“beneficio o un goce de origen legal” (sic), esto es, de configuración legal, sujeto a los alcances de la ley respectiva que lo regula.** Revisados los Dispositivos Normativos incorporados en relación a los beneficios otorgados por el Ejército, se tiene: el **Decreto Supremo N° 013-76-CCFA**, su fecha 15 de octubre de 1976, el cual contiene un **Reglamento** destinado a regular lo relativo al servicio de **“Transporte” (sic)** bajo el rotulo siguiente: **“Política General sobre Automóviles para uso del Personal de la Fuerza Armada” (sic).** Luego, considerando: (a) al ámbito temporal de los beneficios que se esgrime haberse percibido bajo la vigencia de dicha norma; (b) el status que detentaba el acusado Ricardo Alberto Sotero Navarro en dicho periodo (**Oficial Militar en servicio activo con grado de Coronel desde 1988**)<sup>14</sup>; y (c) **La asignación de vehículo oficial ya desde dicho año;** este dispositivo (vigente desde el **15 de octubre de 1976**) resulta de aplicación al presente análisis por las consideraciones hermenéuticas que fueran expuestas por esta misma Sala en su Sentencia emitida en el Expediente N° 27-2001, de fecha 23 de octubre del 2008, Caso: Ex – Coronel del Ejército Winston Enrique Alfaro Vargas<sup>15</sup>; la cual, en dicho extremo, mereció pronunciamiento de no haber nulidad por parte de la Corte Suprema de Justicia de la República mediante Ejecutoria emitida en el R.N. N° 223-2009, su fecha 15 de julio del 2009. Tales consideraciones, entre otras, son las siguientes:

- 30.1. **Por la naturaleza de dicho dispositivo y la especificidad de su materia objeto de regulación:** La norma en referencia es un **Decreto Supremo**, el cual es reconocido como una fuente normativa de la más alta jerarquía que compete emitir al **Poder Ejecutivo**. Más aún, su expedición por parte de dicho órgano presupone evidentemente unos efectos reglamentarios de proyección directa en la **administración pública y, por consiguiente, en el ámbito del manejo de sus recursos.** Bajo tales efectos normativos, dicho Decreto aprueba un Reglamento cuya **materia específica es la “Política General sobre Automóviles para uso del Personal de la Fuerza Armada”,** delimitando sus alcances a los ámbitos siguientes: **[i] destinatarios de dicha norma: Oficiales Generales a partir de Coroneles en servicio activo,** esto es, **en ejercicio de funciones;** y **[ii] bien público y beneficio que subyace al mismo: “...automóviles puestos al servicio de los Oficiales...”(sic) para su “transporte” (sic), esto es, a vehículos de propiedad del Estado asignados a estos últimos para dicha finalidad**<sup>16</sup>.
- 30.2. **Por su vigencia en relación a los hechos objeto de juzgamiento:** Además de lo antes precisado, en estricta observancia del **Principio de Legalidad**, este Colegiado considera que el Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N° 013-76-CCFA **[vigente desde el 15 de octubre de 1976]** es la norma que rige la regulación de los beneficios relativos a chofer y combustible percibidos por el acusado Sotero Navarro.
- 30.3. Que la normativa de la materia regula los beneficios de **combustible y chofer como componentes operativos o funcionales inherentes a la asignación especial de vehículos de propiedad del Estado para el transporte de Oficiales**

<sup>14</sup> Ver fojas 2,516 del Tomo 35 del Exp. 04 – 2001 que corre en copia anexo al principal.

<sup>15</sup> “... d.1.2.1. Análisis de la normativa pertinente en materia de chofer y combustible para Oficiales Coroneles durante el periodo 1996 al 2000...”

<sup>16</sup> Ver fojas 91,670 y siguientes del Tomo 120 del expediente 04 – 2001 que corre anexo al principal.

**a partir del grado de Coronel de cara al cumplimiento de las funciones propias de éstos.** Conforme al referido Decreto el otorgamiento de aquellos beneficios responde a dar viabilidad a la efectiva percepción de la asignación de vehículo oficial conferido para atender la necesidad de transporte en el cumplimiento de la función pública, lo que se corresponde con su incardinación de los conceptos de combustible y chofer en los rubros normativos del citado Decreto rotulados “**Abastecimiento**” y “**Operación**”, respectivamente.

- 30.4. Siempre desde el punto de vista normativo, abona a la conclusión antes expuesta, el hecho que incluso la norma jurídica expedida con posterioridad al periodo investigado asume la naturaleza jurídica de estos beneficios, ello tal y como se constata del **Decreto Supremo N° 037-2001-EF**, publicado el 10 de marzo del 2001, el que en su artículo 1° establece lo siguiente: “...Autorízase, a partir del mes de marzo de 2001, la **entrega en efectivo por concepto de combustible**, al Personal Militar y Policial en Situación de Actividad, **entrega que será destinada para la compra de combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado Personal, así como para realizar comisiones de servicios de conformidad a lo establecido en el Decreto Supremo N° 013-76-CCFA del 15 de octubre de 1976...**”; advirtiéndose una incontrovertible línea de continuidad en lo regulado sobre el uso o fin para el cual se entregaban estos beneficios.
31. En igual sentido, en lo atinente a los **beneficios derivados de los cambios de colocación al interior del país (Pasajes, Flete por Bagajes, Indemnización de Viaje y Gastos de Instalación dentro del Territorio Nacional)**, se aprecia que en cuanto a su regulación corresponde remitirnos a los dispositivos normativos aportados al proceso<sup>[17]</sup>, esto es, primero, a la **Disposición Administrativa N° 121**, rotulada: “**Pago de Pasajes, Bagajes, Indemnización de Viaje y Gastos de Instalación dentro del Territorio Nacional**” (sic), aprobada mediante **Resolución Ministerial N° 567 GU/EC** del 14 de abril de 1981; y, luego, al dispositivo que dejó sin efecto al anterior, esto es, a la Resolución de la Comandancia General del Ejército N° 90269 OEE/E-14 del 21 de junio del 2000 [mediante la cual se aprobó la Disposición Administrativa N° 05-2000, rotulada “Pago de Asignación de Viaje dentro del Territorio Nacional” (sic)]. En relación a estas normas se tiene:
- 31.1. Que la **Disposición Administrativa N° 121**, denominada: “**Pago de Pasajes, Bagajes, Indemnización de Viaje y Gastos de Instalación dentro del Territorio Nacional**”, fue aprobada mediante la **Resolución Ministerial N° 567 GU/EC** del 14 de abril de **1981**. Una Resolución Ministerial evidentemente es también una norma de las que compete emitir al Poder Ejecutivo; y, en tal sentido, al igual que un Decreto Supremo, apareja unos efectos reglamentarios cuyo ámbito donde se irradian éstos no es sino la **administración pública y, por consiguiente, en el ámbito del manejo de sus recursos**. Dicho dispositivo estuvo vigente hasta la emisión de la **Resolución de la Comandancia General del Ejército N° 90269 OEE/E-14 del 21 de junio del 2000** con la que se aprobó la **Disposición Administrativa N° 05-2000**, la cual también resulta de aplicación al presente caso por cuanto sus efectos atraviesan el final del marco temporal de la imputación (**31 de diciembre 2000**).
- 31.2. Que revisada la regulación de dichos dispositivos normativos, se tiene que tanto la **Disposición Administrativa N° 121** como la **N° 05-2000** establecen lo siguiente: **[i] Objetivos institucionales subyacentes a dichas asignaciones:** [“...Rapidez en el desplazamiento del personal” y “Economía en los gastos” (sic)]; **[ii] Precisión de las finalidades a las que se encuentran destinados cada uno de estos conceptos, los que tiene como denominador común el de servir para sufragar necesidades logísticas vinculadas al destaque fuera del lugar de residencia del Oficial** [(a) En el caso del **Flete por Bagaje**, para cubrir los gastos “...que exceden el peso del equipaje que está incluido dentro del costo del pasaje...” (sic);

[17] Ver fojas 93,798 a 93,854 del Tomo 123 del expediente 04 – 2001 que corre anexo al principal.

(b) En el caso de la Indemnización de Viaje, para "...ser empleado en alojamiento y subsistencia..." (sic); y (c) En el caso de Gastos de Instalación, para cubrir "...los que irroga el establecerse en el nuevo lugar de residencia..." (sic); **[iii] Se excluyen aquellos beneficios en los supuestos en que se evidencia inexistencia de gastos que justifiquen su cobertura** [(a) "En el caso de que los Comandos del Ejército proporcionen medios para el transporte de sus servidores (...) y sus familiares así como su bagaje, se abonarán solamente los conceptos correspondientes a indemnización de viaje y gastos de instalación" (sic); (b) "Si por razones de orden personal el interesado solicita emplear una ruta diferente a la establecida, el mayor gasto será por su cuenta" (sic); (c) "El personal que por razones del servicio sea destacado de una Guarnición a otra por un periodo máximo de seis meses, sólo tendrá derechos a pasajes e indemnización de viaje para el titular..."; **[iv] Se establece una cabal vinculación en la cuantía de las asignaciones a tablas y escalas predeterminadas calculadas en base a estimados de los gastos referidos; [v] Se establece la partida del presupuesto público asignado al Ejército Peruano con que se financian dichas asignaciones** ["Con el Presupuesto Analítico del Programa Económico del Ejército se atenderán los requerimientos generados por movimientos de personal"].

- 31.3. Conforme se desprende del Decreto Supremo N° 005-87-DE/SG, se constata que las "**Asignaciones de Viaje**" por **Misión Diplomática en el Extranjero**, ("**Indemnización de Viaje**", "**Equipaje**", "**Flete por Bagaje**" y "**Gastos de Instalación**"), al igual que los conceptos precedentemente abordados, son entregadas para sufragar necesidades logísticas vinculadas al transporte e instalación en el cumplimiento de funciones, lo que evidentemente no puede ser de otro modo dado también su carácter de viáticos.
32. **Consiguientemente, las remuneraciones son derechos patrimoniales que suponen contra-prestaciones económicas recibidas en dinero por los servicios prestados, siendo evidentemente su nota esencial que el titular no queda sujeto en modo alguno a darles un destino específico o particular. Analizados anteriormente los alcances regulativos de los dispositivos normativos en referencia, no queda duda alguna respecto a que, conforme lo sostiene el Representante del Ministerio Público, cada una de dichas asignaciones (chofer, combustible, conceptos por cambio de colocación al interior del país y conceptos por servicios en el exterior del país) detentan una naturaleza jurídica totalmente ajena a las remuneraciones.**
33. A mayor abundamiento, desde la perspectiva del deber de la Sala de ahondar en el contexto legal invocado o no invocado que resulte de aplicación a los hechos planteados por las partes, de cara a determinar la corrección o no de lo sostenido por la defensa respecto a la inexistencia de obligación de devolución de los beneficios no utilizados, cabe significar que los dispositivos precedentemente analizados no constituyen en absoluto normas aisladas y desconectadas de la normatividad constitucional, legal e infra-legal que regula lo relativo a la utilización de los recursos del Estado.
- 33.1. En efecto, consabido es que la utilización de los recursos públicos se encuentra normada desde la propia Constitución Política de 1993, en el Capítulo relativo a la **actividad presupuestal de la administración pública y su ejecución**, la que, entre otras disposiciones, en su artículo 77° establece lo siguiente: "**...La Administración Económica y Financiera del Estado se rige por el Presupuesto que anualmente aprueba el Congreso (...). El Presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos, su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas...**". Identificada la Ley de Presupuesto Público por la Norma Fundamental como el instrumento jurídico prevalente en materia de programación de los recursos públicos asignados a cada repartición estatal; la ejecución o utilización de éstos con estricta sujeción a dicha Ley se desprende del artículo 82° de la Carta Magna, la que

estatuye como exigencia de recibo para todas y cada una de las instancias públicas la “**legalidad de la ejecución del Presupuesto del Estado**”.

33.2. Acorde a dicho marco, respecto a **la legislación de desarrollo sobre la actividad presupuestal y su ejecución** entre los años 1993 al 2000, cabe remitirnos a la **Ley N° 26199** rotulada “**Ley Marco del Proceso Presupuestario para el Sector Público**” (publicada el 18 de junio de 1993); su norma derogatoria, la **Ley N° 26703** denominada “**Ley de Gestión Presupuestaria del Estado**” (publicada el 10 de diciembre de 1996); y la **Ley N° 27209** (publicada el 03 de diciembre de 1999), titulada de la misma forma que la anterior a la cual derogó. Al margen de los matices entre una y otra, subyace a todas ellas la regulación del **ciclo presupuestario** como un proceso continuo, dinámico e interrelacionado a través del cual se ejecuta, controla y evalúa la utilización por parte de **todas las entidades del Sector Público** del denominado Tesoro Público; presentando las siguientes etapas o fases bien definidas: [i] Programación, [ii] Formulación, [iii] Aprobación, [iv] Ejecución y Control, y [v] Evaluación. **Inciendo en lo relativo a dichas disposiciones, de cara al examen que en el presente rubro de análisis compete, cabe significar que de aquellas se evidencia lo siguiente:**

- (i) **La transversalidad de esta normativa a todas las instancias del aparato público**, incluidos los Institutos Armados, sin perjuicio de las demás, resulta elocuente con la Ley N° 26703, la que en su artículo 2° precisa lo siguiente: “**Se encuentran sujetas a la presente norma, todas las entidades del Sector Público con personería jurídica de Derecho Público**”; y, más aún, sus artículos 45° y siguientes se encuentran enmarcados dentro del rótulo: “[respecto a los] **Presupuestos de los Ministerios de Defensa e Interior**”.
- (ii) **La obligatoriedad de la utilización de los recursos (ejecución del presupuesto) en estricta observancia de los fines programados, estableciéndose competencias verticales y horizontales específicas para el control y evaluación de dicho cumplimiento.**
- (iii) Al respecto, en el caso de la primera norma en referencia, ésta, entre otras disposiciones, establecía lo siguiente: (a) “**Capítulo III: De la Ejecución y Control Presupuestario (...)** **Artículo 33°: La ejecución presupuestaria (...) se realiza mediante Calendario de Compromisos aprobados mensualmente por la Dirección General del Presupuesto Público (...). El Calendario de Compromisos es la previsión y autorización máxima para comprometer asignaciones presupuestarias en función a los recursos financieros y a las necesidades para el logro de las metas previstas...**”. (b) **Artículo 45°: La Dirección General de Presupuesto Público, efectúa el control presupuestario de los organismos conformantes del Gobierno Central (...)** El control de legalidad corresponde efectuarlo a la Contraloría General y a los **órganos de control interno...**”; (c) **Artículo 46°: Ningún funcionario o servidor público, puede disponer o efectuar gastos si no cuenta con las respectivas asignaciones autorizadas en el Presupuesto. Asume responsabilidad solidaria, tanto el Titular del Pliego, como el funcionario o servidor que comprometa o realice gastos por montos mayores a la autorización presupuestaria...**”.
- (iv) La segunda norma, por su parte, establecía lo siguiente: (a) “**Control Presupuestario y Control de la Legalidad: Artículo 40°: (...)** **La Contraloría General de la República y los Órganos de Control Interno de las Entidades del Sector Público ejercen el control gubernamental del Presupuesto, comprendiendo el control de la legalidad y el de gestión...**”; (b) “**Responsabilidad en el Compromiso y el Pago: (...)** **Artículo 41°: (...)** Ningún funcionario o servidor público puede realizar compromisos, disponer y/o efectuar pagos, si no cuenta con las respectivas asignaciones autorizadas en el Presupuesto...”; (c) “**Incumplimiento de las disposiciones del Sistema de Gestión Presupuestaria: Artículo 48°: (...)** El

**incumplimiento de las disposiciones establecidas en la presente Ley, las Leyes Anuales de Presupuesto, así como los Reglamentos y Directivas emitidas por la Dirección Nacional de Presupuesto Público, da lugar a las sanciones administrativas aplicables, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal a que hubiere lugar”.**

- (v) De otro lado, la tercera norma, establecía lo siguiente: **(a) “Artículo 25°.- Fase de Ejecución Presupuestaria**, es la fase durante la cual se concreta el flujo de los ingresos y (...) gastos (...) dentro del marco de las Asignaciones Trimestrales de Gastos, las Programaciones Trimestrales del Gasto, los Calendarios de Compromisos y las modificaciones presupuestarias efectuadas. Dicha fase se regula conforme a las Directivas y demás disposiciones que emita la Dirección Nacional del Presupuesto Público...”; **(b) Artículo 39°.- Control Presupuestario y Control de Legalidad** (...) 1. El control presupuestal que ejerce la Dirección Nacional del Presupuesto Público, consiste en el seguimiento de los niveles de ejecución de los ingresos y de los gastos respecto al Presupuesto autorizado y sus modificaciones. 2. La Contraloría General de la República y los Órganos de Control Interno de las Entidades del Sector Público ejercen el control (...) de la legalidad y el de gestión...” **(c) Artículo 40°.- Responsabilidad en el Compromiso y el Pago:** Los funcionarios y servidores públicos realizan compromisos, disponen y/o efectúan Pagos, dentro del marco de las asignaciones autorizadas en el Presupuesto para el Año Fiscal (...) En caso no se verifique lo prescrito (...) asumen responsabilidad solidaria, los funcionarios y/o servidores que incurran en las acciones antes señaladas...”.
- (vi) **Que la estrictez y rigurosidad que se exige en la ejecución del gasto público, encuentra correlato en lo relativo a las remuneraciones dentro del Sector Público, desprendiéndose de las normas en referencia un énfasis de su carácter estrictamente contra-prestacional y retributivo por los servicios real efectivamente recibidos por la Administración Pública, y la fijación de su quantum a través del poder decisorial del más alto nivel jerárquico del Poder Ejecutivo, reservándose las “escalas remunerativas y beneficios de toda índole” a su regulación sólo mediante Decreto Supremo bajo sanción de nulidad.**
- (vii) Lo señalado se evidencia de lo establecido en la Ley N°26703, en cuyo artículo 46° se establece lo siguiente: “...**Queda prohibido autorizar o efectuar adelantos con cargo a remuneraciones, bonificaciones, pensiones o por compensación por tiempo de servicios, así como el pago de remuneraciones por días no laborados...**”; así como en lo prescrito en la Ley N° 27209 en cuyo artículo 52° se dispuso: **Tratamiento de las Remuneraciones y bonificaciones del Sector Público: Las escalas remunerativas y beneficios de toda índole, así como los reajustes de las remuneraciones y bonificaciones que fueran necesarios durante el Año Fiscal para los Pliegos Presupuestarios comprendidos dentro de los alcances de la presente Ley se aprueban mediante Decreto Supremo refrendado por el Ministro de Economía y Finanzas, a propuesta del Titular del Sector. Es nula toda disposición contraria, bajo responsabilidad...**”.
- 33.3. Lo antes enfatizado en lo relativo a los recursos destinados a remuneraciones, encuentra también correspondencia **en lo concerniente** a los **viáticos** que se asignan **a los funcionarios y servidores del Sector Público**, ello tal y como se constata de las disposiciones del **Decreto Supremo N°181-86-EF** (vigente desde el 30 de mayo de 1986 hasta el 05 de febrero del 2009, derogado por el artículo 5 del Decreto Supremo N° 028 – 2009 - EF), de las que tra sciende que la asignación además de obedecer al **gasto estricta y rigurosamente necesario**, en garantía de ello, **adiciona precisiones** tales como la **obligación de presentar rendición de cuentas con los comprobantes de pagos que constituyan documento**

**sustentatorio del gasto en un plazo de 08 días contados a partir de la fecha de retorno, agregando que en el caso de no existir ninguno de los documentos mencionados se podrá presentar una Declaración Jurada sustentando el gasto.**

- 33.4. Así, de un lado, estando a la exigencia inherente a la actividad presupuestal relativa a su ejecución estrictamente circunscrita a los fines programados, y, de otro, al carácter eminentemente contra-prestacional de las remuneraciones; cabe colegir que ningún servidor o funcionario puede contravenir dicho parámetro tornando en los hechos como remuneraciones lo que normativamente no lo es. Dicha conclusión se condice con lo establecido en la Resolución recaída en el Expediente N° AV. 03-2003 emitida por la Segunda Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, su fecha 16 de setiembre del 2009, la que en el contexto del proceso seguido contra los acusados Oscar Rolando Granthon Stagnaro y Luis Enrique Delgado Arena, en su calidad de Presidentes del Consejo Supremo de Justicia Militar, por haber dispuesto ambos la utilización irregular – en pago de compensaciones económicas al personal – de una serie de recursos asignados a dicha institución para fines distintos, condenó a ambos por los delitos de Peculado y Abuso de Autoridad, significando entre otras consideraciones, lo siguiente: “...al disponer[se] la ejecución de tales asignaciones (...) dada la naturaleza de las mismas y atendiendo a su motivación y finalidad – (...) pagos que se realizaron por la nueva labor asumida que implicaba la investigación y juzgamiento de los delitos de Traición a la Patria y Terrorismo Agravado – estos importaban y representaban una forma de bonificación, esto es, un beneficio económico adicional por la labor realizada; asignación que, en aplicación estricta de las normas de carácter presupuestario, debían estar necesariamente afectadas a la partida denominada “remuneraciones”...”; añadiendo: “...se concluye la existencia de (...) irregularidad por parte de los acusados, como es, la de haber adecuado un rubro en partidas presupuestales, que, de acuerdo a su naturaleza, no podían contemplar un beneficio de dicha naturaleza y finalidad, esto es, de adaptar tales asignaciones adicionales, que legalmente constituían una forma de bonificación (...) a una partida que no le correspondía...”.
34. **Todo lo precedentemente expuesto es de recibo para el concepto de “mayordomo”.** Y es que, en efecto, el Decreto Supremo N° 001-78-CCFFA que lo regula, connota también como un **beneficio** otorgado por el Ejército a favor de los **Oficiales Generales de las Fuerzas Armadas** el de “**un trabajador del hogar**”(sic).
35. En efecto, del Oficio N° 194-A-2.b [<sup>18</sup>], su fecha 27.04.1990, dirigido por el Jefe de Estado Mayor – General del Ejército Juan Fernández Dávila Vélez al General de División Comandante General del Comando de Personal del Ejército de aquella época, Asunto: “**Pago por Chofer y Mayordomo o Mucama para los Oficiales Generales y Coroneles en actividad y en retiro**”, trasciende: “**Por disposición del Señor General de Ejército Comandante General del Ejército es grato dirigirme a Ud. para manifestarle que mediante el documento de la referencia el Comando del Ejército ha dispuesto lo siguiente: [...] Que, COPERE contrate como Empleados Eventuales Adscritos a puestos de confianza “Chofer y Mayordomo o Mucama”, a propuesta de los Señores Oficiales Generales y Coroneles en actividad y retiro que tienen derecho a estos servicios y que no disponen de dicho personal, efectuándose el pago por intermedio del CA-CCE a dichos Oficiales a partir de Ene 90”.** (sic).
36. Por tanto, legalmente destinado a dicha cobertura la referida asignación, al alegar la defensa como fuente de ingreso el ahorro íntegro de este beneficio, aquello significaría de que el beneficiado estaba, al mismo tiempo, legalmente autorizado para prescindir de los servicios de un trabajador del hogar y hacer suyo lo que el Ejército Peruano destinaba de su Presupuesto para el pago de este último. Más allá de que no se ha invocado, ni existe norma alguna que haya contemplado tal posibilidad de elegir entre

[<sup>18</sup>] Ver fojas 6,148 /6,150 –T.09 .-Exp.85-2008



recibir la prestación de mayordomo o recibir y disponer libremente de lo recepcionado para dicho servicio, lo cierto es que no puede perderse de vista de que dicha asignación constituye una **prerrogativa** de la que se le dota a un Oficial del grado militar alcanzado por el acusado; y, para cuyo efecto, el Presupuesto del Ejército Peruano contempla una partida destinada para el pago a este otro servidor (trabajador del hogar) a través de quien se cobertura tal prerrogativa.

37. Así, al pretender la defensa de que se le contabilice aquella asignación como ingreso lícito, lo que en buena cuenta busca es que la Sala ampare el atribuirse como suya una remuneración del Ejército Peruano destinada, según su Presupuesto, no al Oficial beneficiado sino a otro servidor público. Subyace a tal planteamiento de la defensa, por ende, el que se le reconozca al acusado como legítima una doble percepción remunerativa. De un lado, la percepción de una remuneración propia; y, de otro, la percepción de una remuneración correspondiente a otro empleado del mismo Instituto Armado. En efecto, **de contabilizársele al acusado Abraham Walter Cano Angulo esta asignación, a sus ingresos propios se le estaría incorporando los sueldos – e incluso los aguinaldos - que tiene a otro servidor del Ejército como destinatario.**
38. Fijado lo anterior, huelga señalar que la pretensión de la defensa colisiona frontalmente con la prohibición constitucional prevista en el artículo 40° de la Norma Fundamental, el cual, expresamente, proscribela **doble percepción de ingresos remunerativos del Estado por parte de un mismo empleado público.**
39. En tal sentido, considerando: **(a)** que el ordenamiento jurídico es definido como “el conjunto o unión de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí”, donde se tiene que dicha normatividad – sistémica – “se rige bajo el criterio de la **unidad**, dado que se encuentra sobre la base de un escalonamiento jerárquico, tanto en la producción como en la aplicación de sus determinaciones regulatorias”<sup>[19]</sup>; **(b)** que un sector del ordenamiento jurídico lo constituye precisamente la normatividad constitucional, legal y reglamentaria relativa a la utilización de los recursos públicos asignados a las diversas instancias de la administración pública (regulación de la denominada actividad presupuestal), la misma que fija exigencias normativas específicas para cada una de las fases que comporta; **(c)** que dentro de estas exigencias, se incardinan las relacionadas a la fase de ejecución y control del gasto; en las que subyace, conforme se indicara precedentemente, la obligatoriedad de una estricta observancia de los fines programados y la fijación de competencias funcionales para el control y evaluación de dicho cumplimiento; **(d)** que el Ejército Peruano es un estamento dentro del aparato público y desde el punto de vista de la nomenclatura presupuestal es una Unidad Ejecutora de Gasto; **(e)** que las normas de la materia, establecen las necesidades logísticas a cuya cobertura están destinados los beneficios, así como sus aspectos cuantitativos; esto es, regula el uso de los recursos asignados al Ejército Peruano en conceptos operativos para el cumplimiento de sus funciones por parte de los Altos Oficiales de los Institutos Armados en actividad; por tanto, dicha normativa debe sujeción a todas las exigencias presupuestales que han sido constitucional y legalmente fijadas; **(f)** que entre tales exigencias se impide la utilización de los recursos públicos programados para determinados fines en otros destinos diferentes; **(g)** que según las normas presupuestales - antes examinadas – las remuneraciones retribuyen servicios efectivamente recibidos por parte de la Administración Pública y la fijación de su quantum viene dada por Decreto Supremo; contrario sensu, no existe posibilidad legal alguna de introducir nuevas contraprestaciones sin observar tales límites; **(h)** que ningún servidor o funcionario puede contravenir dicho parámetro tornando en los hechos como remuneraciones lo que normativamente no lo es; **(i)** que, puntualmente, en materia de viáticos asignados a servidores y funcionarios del Sector Público existe disposición normativa que, sin excepcionar a ninguno, exige **rendición de cuentas**; **(j)** que existe disposición contenida en la norma de la materia que exige **devolución** en supuestos específicos, en uno de los cuales estaba incurso sin duda alguna el acusado Ricardo Alberto Sotero Navarro; por tanto, encontrándose programadas en el Pliego Presupuestario de los Institutos Armados, Partidas específicas relativas a las Remuneraciones del personal

<sup>19</sup> Ver STC N°0005-2003-AI, su fecha 03.10.2003.

militar, y, de otro lado, Partidas Específicas para dar cobertura a las necesidades logísticas operativas a que obedecen los beneficios que otorga el Ejército; no existe duda alguna de que el desvío de los recursos de esta segunda Partida Presupuestaria hacia la utilización de los mismos como si fuesen ingresos de libre disposición es ilegítimo, máxime si existían disposiciones específicas que explícitamente exigían rendición de cuentas y devolución de las asignaciones no utilizadas.

#### **f2.4.. Análisis desde el punto de vista jurisprudencial.**

40. **De otro lado, merece significarse que, contrariamente a lo que señala la defensa, lo establecido por esta Sala no se ve en, absoluto, contrariada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, ello, tal y conforme se desprende de lo siguiente:**
  - 40.1. Ciertamente, el pronunciamiento jurisdiccional invocado por la defensa en su Alegato Final, esto es, la Ejecutoria N° 2145 - 2005 emitida por la Primera Sala Penal Transitoria, su fecha 07.04.2009 (Caso Luis Guillermo Herrera Monzón y otro), sobre la percepción de la asignación por combustible del antes mencionado puntualizó lo siguiente: ***“... en el rubro de ingreso por asignación de gasolina, los peritos no han sustentado la base de la supuesta razonabilidad para descontar el veinte por ciento del valor total de los vales de combustible, siendo contrarrestada dicha conclusión con el informe de los precios proporcionados por el Servicio de Intendencia del Ejército [SINTE] (...) y por la información proporcionada remitida por la Secretaría General del Ministerio de Defensa (...) donde se indican que los valores a precio de planta de PETROPERÚ, distarían en un porcentaje menor al precio de venta al público y que la dotación de combustible entregada en vales está valorizada al precio de planta de PETROPERÚ ...”.*** [Considerando Cuarto].
  - 40.2. Empero, revisada íntegramente ésta, no puede concluirse, como pretende la defensa, de que aquella acuña como ratio decidendi de que **sí corresponde, en términos absolutos, connotar el concepto de gasolina como ingreso lícito y de libre disponibilidad.** En efecto lo que se constata mas bien es de que en dicha Ejecutoria, si bien se aborda lo relativo a la asignación de gasolina, dicho tópico es meramente ilustrativo de cara a las observaciones a que se contrae esta resolución sobre la metodología de los peritos al establecer el quantum exacto de lo que se percibió por dicho concepto, más no para determinar la naturaleza jurídica de aquella asignación, ni para determinar si el sentenciado por el grado que detentaba a la fecha de su percepción tenía o no derecho a la libre disponibilidad de aquella; aspectos éstos que en el caso sub-materia sí han sido precisamente el núcleo de debate a partir de la posición de la Fiscalía de que no se ha contabilizado ese concepto como ingreso a la luz del conjunto de dispositivos normativos incorporados para solventarla, esto es que, por lo demás, ni siquiera son aludidos en la mencionada Ejecutoria, lo que abona a lo señalado en cuanto a la subordinación del análisis y conclusiones a los contornos de discusión y dilucidación diferentes en aquél y en el presente caso.
  - 40.3. Asimismo, este criterio de la Sala se remonta a sentencias anteriores que han sido ya ratificadas por la Corte Suprema de Justicia de la República. Tal es el caso del fallo que fuera emitida contra el ex Coronel del Ejército Peruano Winston Enrique Alfaro Vargas, por delito de Enriquecimiento Ilícito (RN N° 223-2009, su fecha 15 de julio del 2009) en la que, ratificándose el análisis de este Colegiado sobre la materia, se precisó: **“...Que respecto a los fines específicos de “abastecimiento” y “operación” del automóvil asignado al acusado desde que ostentó la condición de Coronel, conforme al propio espíritu de la norma que faculta a este pago, se tiene que no puede considerarse la disponibilidad de este dinero para justificar el ahorro del acusado...”.**

- 40.4. Por tanto, lo que se busca es que el Colegiado efectúe un tratamiento Ad-Hoc a favor del acusado Abraham Walter Cano Angulo e inobserve el **principio de igualdad en la aplicación de la ley**.
- 40.5. Más aún, siempre en el ámbito jurisprudencial, también a la Sala le es posible remitirse a otros pronunciamientos jurisdiccionales de la misma Corte Suprema que respaldan la postura de este Colegiado. Así se tiene la Ejecutoria emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social, su fecha 15 de enero del 2003, Consulta N° 3356-2002, en la cual, coincidiéndose con el criterio de este Colegiado sobre la materia, se puntualizó lo siguiente: “...**la entrega en efectivo por concepto de combustible al personal militar y policial en situación de actividad no tiene el carácter de un ingreso de libre (...) disposición, toda vez que como lo señala el artículo primero del Decreto Supremo N° 037-2001-EF [norma ésta que conforme se ha precisado en el acápite anterior se incardina en la misma línea de regulación que las anteriores objeto de examen] debe ser destinado para la compra de combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado personal, así como para realizar comisiones de servicio (...) no se trata de un beneficio recibido por el servidor, sino que constituye un concepto destinado a gastos para el desempeño de su labor...**”.

**f2.5.. Análisis en torno a los argumentos sustentados, según la defensa, en datos de la realidad.**

41. Peor aún, la Sala evidencia que no obstante los argumentos justificativos precedentemente analizados, los que incidían en la legitimidad normativa de la incorporación al patrimonio propio de los beneficios otorgados por el Ejército, contradictoriamente, la defensa recurre también a una legitimidad extra-normativa: los datos de la realidad. No obstante tal incongruencia en la articulación argumentativa de la defensa, este Colegiado también procede a examinar este último planteamiento, debiendo significarse que dentro de este rubro quedan abarcadas las alegaciones que a continuación se precisan:
- (i) La introducción de una dicotomía entre finalidad real o concreta por sobre una finalidad abstracta recogida en la norma, aseverando la defensa de que, al margen de no ser ingresos propiamente remunerativos, en los hechos, a través de la dación de estas asignaciones, se procuraba compensar las deficientes remuneraciones de los Oficiales Militares; arguyendo de que aquella finalidad real o concreta se infiere de que, por ejemplo, en el caso de la asignación por combustible, ésta era percibida incluso por los Oficiales sin derecho a vehículo oficial, lo que excluye la razón logística de su percepción como alega la Fiscalía.
  - (ii) El tratamiento que ha merecido a nivel tributario, pasando a ser connotados por la SUNAT como Renta de Quinta Categoría.
42. Frente al argumento de que la finalidad logística de tales asignaciones se desvirtúa con el hecho de que incluso Oficiales sin derecho a automóvil oficial accedían a la asignación de combustible; al respecto, debe señalarse que el mismo nada abona a su tesis de libre disponibilidad de las asignaciones que fueron percibidas por el acusado Abraham Walter Cano Angulo, habida cuenta de que ha sido y es criterio de la Sala de que el concepto combustible en relación a los Oficiales militares sin prerrogativa de vehículo oficial tiene un tratamiento diferente al otorgado para los que sí gozaban de aquél derecho. Y es que al respecto, no puede soslayarse lo que ya fuera explicado por esta misma Sala tanto en las Sentencias dictadas en los Expedientes 27-2001, 04-2001, así como la recaída en este mismo proceso, en las que se puntualizó: “... **a partir de la esfera de funcionarios a que se circunscribe los alcances de la referida norma [Decreto Supremo N° 013-76-CCFA] [“Oficiales Generales, Coroneles y Capitanes de Navío” (sic)], este Colegiado considera pertinente diferenciar dos periodos: Uno, el anterior a la condición de Coronel (...), y otro, coetáneo a la detentación del mismo, siendo que a partir del grado militar de**

**Coronel – conforme al precitado dispositivo – le corresponde la asignación de vehículo; resultando por ende ser distinto el tratamiento del concepto “combustible” en uno y en otro caso...”; añadiéndose que de no ser este último el caso (o sea, no teniendo el servidor la condición de Coronel con vehículo oficial asignado), en dicho supuesto “...la percepción del concepto combustible (...) no puede considerarse haber estado vinculado al uso de dicho bien, debiendo reputársele como parte de los ingresos percibidos del Ejército Peruano (destinado a satisfacer una de sus necesidades básicas de movilidad)...”.**

Por otra parte, ya en cuanto al argumento de que la SUNAT ha otorgado a estas asignaciones la naturaleza tributaria de Renta de Quinta Categoría, y, por ende, que para dicho órgano, tales conceptos sí estarían connotados como ingresos de libre disponibilidad, al respecto, siendo también éste un argumento ya esgrimido en otras oportunidades, cabe remitirnos, en este punto, al criterio de esta misma Sala que viene de Sentencias anteriores, esto es, de que habida cuenta de la naturaleza y ámbito de actuación de esta institución, la SUNAT es un **órgano recaudador** cuyos procedimientos de su competencia son de carácter administrativo, dirigidos, entre otros objetivos, precisamente a **recaudar** el pago de tributos **sobre la base de lo declarado por el propio contribuyente como renta**. Más aún, en este punto, cabe remitirse a la Sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, Expediente N° 04985-2007-PA/TC, su fecha 09.01.2007, demandante Nicolás de Bari Hermoza Ríos [FJ. 05/08], de ésta trasciende [el subrayado es nuestro]

10. Señala la señora jueza ponente, en los párrafos 14 y 20 del rubro b.2. del acápite 1. Capítulo III: **Sobre el debate surgido en torno a los ingresos percibidos por concepto de gasolina, chofer y mayordomo: Agregándose de que esta Sala Penal Superior en el Incidente 08-2001 M-1 concluyó que los conceptos percibidos por el sentenciado Manuel Aybar Marca o Manuel Jesús Aybar Marca o Manuel Aibar Marca por chofer y combustible no tiene[n] la calidad de remuneraciones, considerándolos como ingresos lícitos que pueden ser objeto de embargo para asegurar el pago de la reparación civil, señalándose que es un “privilegio, beneficio o goce como honor o consideración al grado militar que el beneficiario haya alcanzado –lo mismo que el combustible – no sean percibidos por todo el personal militar en modo uniforme ...”<sup>20</sup>.**

*En el tema se advierte la existencia de una legislación que data desde los años de 1976; en tal sentido, tenemos: (...)*

*Con el Decreto Supremo 037-2001-EF del 9 de Marzo del 2001, se autoriza la “entrega en efectivo por concepto de combustible, al personal militar y policial en situación de Actividad, entrega que será destinada para la compra de combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado personal, así como para realizar comisiones de servicio, de conformidad a lo establecido en el Decreto Supremo Nro. 013-76-CCFA del 15 de octubre de 1976 y su modificatoria Decreto Supremo Nro. 032-DE/SG del 19 de mayo de 1999”<sup>21</sup>.*

11. Estando a la fecha en que se expidió la Resolución Nro. 12 del Incidente 08-2001-M1 el 15 de mayo de 2009, obvio es que la vigencia del Decreto Supremo glosado, posterior a aquella en que regía el D.S. 013-76-CCFA de observancia en este proceso, había modificado la forma en que se efectivizaba el beneficio por combustible

<sup>20</sup> Fojas 121 de la sentencia.

<sup>21</sup> Fojas 124 de la sentencia.

otorgado al sentenciado Manuel Aybar Marca o Manuel Jesús Aybar Marca, por lo que resultó atendible el pedido de la Procuraduría Pública para que se embargara el monto que percibía por tal concepto. Resolución suscrita por la señora Piedra Rojas, se entiende con criterio distinto al actual, en cuyo fundamento:

**QUINTO: Análisis.**- 5.1 [Se señala] *Estando a lo reseñado en el Cuarto Considerando se advierte a criterio de esta sala un equivocado razonamiento en la resolución impugnada habida cuenta que no obstante afirmar la naturaleza jurídica diferente de los ingresos sub exámine (chofer y combustible) en relación a los ingresos remunerativos, sin embargo les da a los primeros el mismo tratamiento que a los segundos, lo cual revela un contrasentido, puesto que se soslaya que es precisamente la naturaleza jurídica de una categoría o instituto lo que define sus respectivos efectos o tratamiento que le corresponde, no pudiendo, de un lado, afirmarse que los conceptos percibidos por chofer y combustible no son remunerativos y, de otro, aplicar sobre ellos la restricción que opera exclusivamente para las remuneraciones (...)* 5.3 *Estando a la fundamentación anterior, lo percibido por concepto de chofer y gasolina, contrariamente a los señalado por la A-Quo, no tienen la condición de remuneración pensionable, y, por ende, siendo ingresos dinerarios si resultan pasible de servir íntegramente para el pago de la reparación civil impuesta.*

12. En lo que respecta a la no existencia de mandato de prohibición de disponer libremente de lo otorgado por esos conceptos (chofer, mayordomo y gasolina), es necesario precisar que las normas en comento son administrativas, y que éstos, los mandatos pueden ser expresos o tácitos, considerando en este caso en particular que la ley que se reglamenta es la Ley General de Presupuesto (Artículo 77 de la Constitución Política del Estado).

Señalándose en todas las normas que ha examinado la señora magistrada que cuando el beneficio se entrega en efectivo, se le asigna un fin, *“para la compra de combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al precitado personal, así como realizar comisiones de servicio”*.

*“(...) el principio general de la buena fe (...) como destaca la mejor doctrina, no solo despliega su eficacia en el campo del derecho privado sino también el público, en orden a preservar un mínimo de conducta ética en todas las relaciones jurídicas”*<sup>22</sup>.

Coincidiendo con la señora Piedra Rojas, cuando en el apartado b.3.: **Sobre lo percibido por traslado de colocación**, afirma:

*Al respecto, debemos precisar que dicho concepto no puede ser considerado como un ingreso de libre disposición, en tanto existe una normatividad que dispone expresamente sus fines y formas de ejecución, otorgándose en casos muy específicos, no dándose a todos los oficiales del Ejército; [discrepando del párrafo final] que dice: por lo que de la prueba aportada y actuada denotan sin margen de duda que Cano Angulo incumplió la devolución prevista, ello principalmente, en mérito a la propia declaración del precitado*<sup>23</sup>.

<sup>22</sup> Joan Pico y Junio El Principio de la Buena Fe Procesal. Pág. 28. 2003 J.M. Bosch Editor . Barcelona.

<sup>23</sup> Fojas 131 a 136 de la sentencia.

Criterio que no se comparte por cuanto la sola declaración del acusado es insuficiente para determinar o imputarle la comisión de un ilícito.

13. La señora magistrada Piedra Rojas, considera: (...) *no habiendo causa que justifique que las suscrita haya de variar su postura respecto al tema analizado [gasolina, chofer y mayordomo], en aplicación del “principio de primacía de la realidad” debe darse preferencia a lo que sucede en los terrenos de los hechos, en tanto este “no es una regla limitada solo a determinar la existencia de una relación laboral; en general, dicho principio tiende a hacer prevalecer los hechos reales sobre los hechos formales”, no implicando esta argumentación una violación a la norma sino muy por lo contrario permite determinar dentro de nuestra normatividad la real naturaleza de los hechos principalmente cuando se trata de temas laborales y estando acreditado que Cano Angulo percibió por concepto de gasolina el monto de S/. 163,264.80 conforme fluye de la documentación remitida por la Jefatura del Servicio de Intendencia del Ejército corriente a fojas once mil novecicinco, y por el rubro “Chofer Adscrito” la suma de S/. 67, 401.00 conforme fluye de fojas quince mil setecientos ochentitrés, es razonable considerar como un ingreso a su favor a fin de justificar sus gastos y patrimonio<sup>24</sup>.*

El 29 de mayo de 2007, este colegiado, integrado por las señoras magistradas que suscriben esta sentencia, al resolver el Inc. N° 027-02-K, dijo:

*El principio de primacía de la realidad, “que significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”<sup>25</sup>, y que constituye – en el ámbito tuitivo laboral – la protección y respuesta que el ordenamiento jurídico prevé frente a situaciones contractuales de simulación orientadas a recortar o desconocer los derechos laborales, en modo alguno puede extenderse al desconocimiento de la vigencia del ordenamiento jurídico en sí<sup>26</sup>, como pretende el recurrente al atribuir a los conceptos por combustible, chofer y mayordomo una naturaleza y finalidad distinta a la que la norma establece. En este orden de ideas, es de precisar – siguiendo los criterios del Tribunal Constitucional citados en líneas precedentes – que no existe discordancia entre el texto expreso de la norma (que establece el carácter no pensionable de los conceptos) y lo que de la realidad resulta.*

#### **b.4 Sobre lo percibido [por el acusado Cano Angulo] en el ejercicio por sus funciones en el Consejo de Ministros.**

14. *La pericia de parte sostiene que en el año de mil novecientos noventa y siete, Abraham [Walter] Cano Angulo, según DS Nro. 298-91-EFM, a partir de Mayo a Diciembre de dicho año, por los gastos incurridos en el ejercicio de sus funciones en la Presidencia del Consejo de Ministros ha recibido ingresos por el importe de US\$ 34,287.00 (...)<sup>27</sup>.*

<sup>24</sup> Fojas 127 de la sentencia.

<sup>25</sup> EXP. N.º 1944-2002-AA/TC EDUARDO ENRIQUE CHINCHAY PUSE

<sup>26</sup> El resaltado es de la sala.

<sup>27</sup> Fojas 138 de la sentencia.

De lo expuesto por los profesionales especializados, se tiene que efectivamente de fojas cuatro mil ochocientos veintiséis a cuatro mil ochocientos treinta y tres del tomo siete, fluye documentación suscrita por el Director General de la Presidencia del Consejo de Ministros Carlos Burela Cabrejos, correspondiente a los meses de Mayo a Diciembre de mil novecientos noventa y siete, de la cual fluye haber percibido por concepto de pago de asignación **por los gastos incurridos en el ejercicio de sus funciones**<sup>28</sup> de conformidad al Decreto Supremo No. 298-91-EF, los montos netos de S/. 9,125.38, S/. 9,125.38, S/. 18,039.76, S/, 9,125, S/. 9,058, S/. 9,058, S/.9,326 y S/. 19,216 respectivamente<sup>29</sup>.

15. En lo que respecta a lo examinado en esta capítulo, concluimos de manera distinta a la señora magistrada ponente, y sostenemos: Que no forman parte del patrimonio acumulado por el acusado Cano Angulo los conceptos percibidos por chofer, gasolina, mayordomo, cambio de colocación y asignación por los gastos incurridos en el ejercicio de sus funciones en la Presidencia del Consejo de Ministros, dado que como lo afirma la señora magistrada al referirse al cambio de colocación: *existe una normatividad que dispone expresamente sus fines y formas de ejecución*. Similar situación se da en cuanto a los otros conceptos; y, en lo referente al pago de asignación por los gastos incurridos en el ejercicio de sus funciones, debemos precisar que se trata de restituir un egreso del patrimonio del funcionario, de acuerdo a una relación de gastos presentados, como se evidencia de la falta de uniformidad en sus montos; consecuentemente no constituye un ingreso, tan solo la restitución de un gasto. El ordenamiento jurídico debe respetarse.

### III. SOBRE EL PATRIMONIO ADQUIRIDO POR ABRAHAM WALTER CANO ANGULO EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE LOS AÑOS 1990 A 2000.

a.- De los empleos desempeñados y remuneraciones percibidas.

16. De la Foja de Servicios de folios quince mil setecientos ochenta y siete a quince mil setecientos ochenta y ocho, se tiene que el acusado Abraham [Walter] Cano Angulo, egresó de la Escuela Militar de Chorrillos en Febrero de mil novecientos sesenta y dos, con el grado de Cadete, habiendo continuado su carrera militar hasta el grado de General, siendo que desde el año mil novecientos noventa al dos mil, como miembro del Ejército Peruano ocup[ó] en dicha institución los siguientes cargos:

N°	GRADO	EMPLEO	UNIDAD	AÑO
01	Teniente Coronel	Ejecutivo	CA-CGE	1990
02	Coronel	Jefe	Imprenta del Ejército	1991
03	Coronel	Jefe	Imprenta del Ejército	1992
04	Coronel	Participante	CAEM	1993
05	Coronel	Director (OGA)	Ministerio del Interior	1994
06	General de Brigada	Director General	Ministerio del Interior	1995

<sup>28</sup> El resaltado es de la Sala.

<sup>29</sup> Fojas 139 a 140 de la sentencia.

		ADMON		
07	General de Brigada	Director General DIGIMIN	Ministerio del Interior	1996
08	General de Brigada	Sub. Jefe	SIN	1997
09	General de Brigada	2do Comandante General	CG TRM	1998
10	General de División	Comandante General	CG TRM	1999
11	General de División	Comandante General	CG TRM	2000

Con fecha cuatro de mayo del dos mil uno, la Oficina de Preboste del Ejército mediante oficio N° 1023 CP-PREBOSTE 2B/29.01, proporcionó la información referente a Abraham Walter Cano Angulo consignándose como conceptos percibidos los siguientes datos:

**Obtención en un consolidado General:**

AÑOS	TOTAL INTIS	TOTAL NUEVOS SOLES
1990	955,067.159	
1991		4,730.80
1992		7,195.61
1993		13,440.85
1994		22,214.85
1995		28,546.01
1996		29,411.38
1997		30,679.92
1998		34,439.12
1999		41,625.41
2000		43,639.92
<b>TOTAL GENERAL</b>	<b>955,067.159</b>	<b>255,923.87</b>

**Ingresos percibidos por concepto de CAFAE,** De la constancia suscrita por el Presidente del CAFAE obrante a fojas 13324. fluye que por dicho concepto el acusado Abraham Cano Angulo ha percibido el monto de S/ 25, 160.00 soles y conforme a su pericia de parte es equivalente a US\$ 10,689 dólares americanos. Siendo las asignaciones anuales las que se detalla en el siguiente cuadro:

		Mensual	Anual
Enero-Diciembre	1994	S/. 420.00	S/5,040.00
Enero-Junio	1995	S/. 420.00	S/2,520.00
Julio-Diciembre	1995	S/. 800.00	S/4,800.00
Enero-Diciembre	1996	S/. 800.00	S/9,600.00
Enero-Abril	1997	S/. 800.00	S/3,200.00
Total			S/.25,160.00

**Sobre lo percibido por concepto de FIR:**

De la Información remitida por el Jefe del Centro de Informática del Ejército Peruano corriente de fojas veinte mil cuatrocientos ochenta y ocho a veinte mil cuatrocientos noventa y dos, se tiene que por concepto de FIR Abraham Cano Angulo desde mil novecientos noventa y dos al dos mil, percibió la suma de S/. 18,937.00 nuevos soles. Conforme se advierte del siguiente cuadro:

<sup>30</sup> Fojas 114 y 115 de la sentencia.



		ADELANTO RETIRO	AL
Enero	1992	675.00	
Enero	1993	816.00	
Enero	1994	765.00	
Enero	1995	3,408.00	
Enero	1996	1,718.00	
Enero	1997	2,160.00	
Enero	1998	2,327.00	
Enero	1999	4,067.00	
Enero	2000	3,001.00	
<b>TOTAL</b>		<b>18,937.00</b>	

31

b.- De los bienes adquiridos.

17. En sesión de audiencia 116 el acusado Cano Angulo señaló haber contraído matrimonio con doña Carmen María Gamarra Gonzáles el año 1970<sup>32</sup>. Procrearon a Harold Walter nacido el 08 de mayo de 1971, a Sandro Yanick nacido el 22 de abril de 1974 y a Paola Yaneth nacida el 15 de diciembre de 1976, los que desde el año 1992 aparecen como propietarios de bienes muebles e inmuebles, no obstante su corta edad, su condición de estudiantes y la ausencia de patrimonio propio adquirido por cualquiera de las formas legalmente previstas: carecían de capacidad económica para endeudarse. Ha sostenido el acusado Cano Angulo y sus hijos coacusados, que fue él quien proveyó el dinero para las inversiones, mediante contratos de mutuo celebrados verbalmente con ellos.

Agrega la sala: Aparecen los hijos cumpliendo el rol que les cupo en el plan criminal: asegurar la comisión del ilícito por el cual se procesa al autor, manteniendo esa situación desde el año 1992 al 2000. Según pericia de parte lo prestado por Cano Angulo a sus hijos ascendió a US \$267,209.00 dólares americanos.

18. La sala analiza las adquisiciones efectuadas por el acusado Cano Angulo a su nombre y a la de sus hijos y esposa, a fin de establecer si se correspondían con los ingresos ilícitamente por él percibidos.

**AÑO 1992**

ADQUISICIONES	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIONES	VALOR US\$
Bienes Muebles	Camioneta Rural NISSAN VANETTE - RO 1360	Pagado al contado	9,000.00
	Camioneta Station Wagon SUBARU TG – 9512		7,002.00
	Camioneta Marca Chevrolet – Año1986	Pagado al contado	4,428.30

<sup>31</sup> Fojas 116 a 117 de la sentencia.

<sup>32</sup> Fojas 2017 a 2280 Tomo 03.

	Auto Plymouth Placa de Rodaje CO –6620	Adquirido por Abraham Cano para su hijo Harold Cano mediante el Sistema Bienestar del Ejército	2,500.00
	Camioneta rural. Placa de Rodaje RGC – 958	Adquirido por Sandro Cano con el patrimonio de su padre.	5,769.00
	Ómnibus NISSAN CIVILIAN UO – 8028	Adquirido por Sandro Cano con el patrimonio de su padre.	13,000.00
Bienes Inmuebles			
Aportes a Empresas	RUMASA	1 acción valorizada en S/. 125 nuevos soles al tipo de cambio US \$ 77.20	77.20
TOTAL			41,776.50

**AÑO 1994**

ADQUISICIONES	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIONES	VALOR US\$
Bienes Inmuebles	Calle 7, Lte. 24, Mz D – San Borja	Se pagó en tres armadas.	US \$ 98,000
Bienes Inmuebles	Av. San Borja Norte 1231 – Dpto. 302 San Borja	S/. 10,000 Nuevos Soles o US \$ 4566.21 Dólares Americanos	7,002.00
Bienes Inmuebles	Av. San Borja Norte 1231 Estacionamiento No.03 – San Borja	s/. 2,000 Nuevos Soles ó US \$ 913.24 Dólares Americanos	US \$ 913.24
Bienes Muebles	Ómnibus NISSAN CIVILIAN. Placa de rodaje No. UO 2747	Pagado al contado	US \$ 11,000
Bienes Muebles	Ómnibus NISSAN CIVILIAN. Placa de Rodaje No. UO 2748	Pagado al contado	US \$ 12,000
Bienes Muebles	Auto Toyota. Placa de Rodaje GO -4050	Pagado al contado	US \$ 5, 000
Aportes a Empresas			
TOTAL			131,479.45

**AÑO 1995**

ADQUISICIONES	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIONES	VALOR US\$
Bienes Muebles			
Bienes Inmuebles			
Aportes a Empresas	MULTIENVASES	Abraham Cano realizó aportes en Bienes Muebles valorizados en S/. 1500 nuevos soles.	S/. 1,500
Aportes a Empresas	ELDOSA	Sandro Yanick adquiere 32,000 acciones valorizadas en S/. 050. c/u lo que hace un total de 20,000 nuevos soles o de US \$ 7, 559 dólares	S/. 20,000

		americanos, este dinero fue proporcionado por su padre Abraham Cano.	
TOTAL			S/. 21,500

**AÑO 1996**

ADQUISICIONES	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIONES	VALOR US\$
Bienes Muebles	Auto NISSAN SENTRA. Placa AGJ 535	Pagado al contado	US \$ 16,000
	Couster de Placa de Rodaje UG 2469	Vehículo adquirido por Harold Cano con dinero proveniente de su padre.	US \$ 8,000
	Ómnibus NISSAN CIVILIAN – Placa de Rodaje – UO 8028	Sandro Cano adquirió este bien con patrimonio de su padre.	US \$ 13,000
	AGJ 535	Paola Cano adquiere este vehículo con patrimonio de su padre	US \$ 16,600
	UG- 6975	Paola Cano adquiere este vehículo con patrimonio de su padre.	US \$ 8,000
Bienes Inmuebles	Jr. Las Casuarinas Lte. 08, Mz. E -2 – El Agustino	Sandro Cano adquirió este bien con dinero proveniente de su padre, cancelando con un cheque de gerencia.	US \$ 35,000
	Terreno en Calle La Rivera Independencia y Gral- Huanchaco Trujillo.	Paola Cano adquiere este bien con dinero proveniente de padre, cancelado con un cheque de gerencia.	US \$ 36,000
	Lte. 05 Mz 6. urb La Mercedes – Víctor Larco Herrera – Trujillo – la Libertad.	Paola Cano adquiere este bien valorizado en US \$ 70, 950 dólares americanos. DE la prueba actuada se ha concluido que es dinero de su padre.	US \$ 70, 950
Aportes a Empresas	SEPTRANSA	100 acciones adquiridas por Harold Cano valorizadas en S/. 10.00 nuevos soles, dinero que fue proporcionado por su padre Abraham Cano.*	
TOTAL			US \$ 202,600

\* S/. 1,000 nuevos soles.

**AÑO 1997**

ADQUISICIONES	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIONES	VALOR
Bienes Muebles			

Bienes Inmuebles	Calle Diervo de Agüero No. 281-283 – urb. Valle Hermoso - Surco	Harold Cano adquirió este bien con dinero proporcionado por su padre.	US \$ 78,000
Aportes a Empresa	ELDOSA	Harold Cano adquirió acciones valorizadas en S/. 10,000 nuevos soles.*	
TOTAL			US \$ 78,000

\* S/. 10,000 nuevos soles.

### AÑO 1999

ADQUISICIONES	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIONES	VALOR US\$
Bienes Muebles			
Bienes Inmuebles	Ubicado en la esquina formada por las Calles La Rivera Independencia y Grau. Trujillo	Pagado al contado	US \$ 50,000
	Mz. Z. Lte. 23 – urb. San Isidro – Arequipa.	Paola Cano adquiere este bien al contado con patrimonio de su padre.	US \$ 35,000
Aportes a Empresas	SEPTRANSA	Harold Cano adquiere 100 acciones valorizadas en S/. 10.00 nuevos soles c/u. *	
	SEPTRANSA	Paola Cano adquiere 100 acciones valorizadas en S/. 10.00. nuevos soles c/u, valorizada en dólares en la suma de US \$ 297.00	US \$ 297.00
TOTAL			US \$ 85,297.00

S/. 1,000 nuevos soles.

### AÑO 2000

ADQUISICIONES	DESCRIPCIÓN	OBSERVACIONES	VALOR US\$
Bienes Muebles	Camioneta Rural JEEP NISSAN Placa de Rodaje - RGV 923		Us\$ 8,000
	YG -7784	Paola Cano adquiere este bien con patrimonio de su padre.	US \$ 10,000
	ZG - 7631	Paola Cano adquiere este bien con patrimonio de su padre.	US \$ 8,000
Bienes Inmuebles	Los Eucaliptos No 383 Dpto. 301- Trujillo.	Pagado al contado	US \$ 24,000
	Carlos Gil No. 314 – Piso 3 – Chorrillos	Harold Cano adquirió este bien, siendo que su padre Abraham Cano le entregó \$ 16,000 dólares	US \$ 16,000

		mediante un cheque de Genrenca del Bco. de Comercio para el pago de la cuota inicial de este departamento.	
	Terreno Mz. 13 Lte. 7 – Pueblo Joven 15 de Agosto Paucarpata. Arequipa	Sandro Cano adquirió este bien, su padre Abraham Cano le proporcionó \$ 10,000 dólares americanos.	US \$ 10,000
Aportes a Empresas			
TOTAL			US \$ 48,000

33

20. El acusado Cano Angulo ha sostenido y así aparece de su pericia de parte que: “A inicios de la década de los 90’ invertir en unidades de transporte público (Combis) resultaba bastante rentable, razón por la cual el Gral. Abraham Cano Angulo, decide invertir en la adquisición de combis.

La[s] unidades UO – 2748 y UO 2747, contaban con la debida tarjeta de circulación (...)

Por los años 1991 al 2000, ha obtenido ingresos por S/. 412,500 nuevos soles en US\$ 162,154 dólares americanos, por el servicio de las combis.

Los gastos de mantenimiento de dichos vehículos ascienden a la suma de S/. 103,150 nuevos soles en US \$ 40,448 dólares americanos<sup>33</sup>.

Coincidimos con las conclusiones de la señora magistrada Directora de Debates respecto al rubro e. **Alquiler de Vehículos**, salvo en el párrafo final cuando señala que *empero por la omisión de datos imprescindibles para contrastar los ingresos alegados, estos no pueden considerarse*<sup>35</sup>.

Aparece de los contratos de compra-venta con firmas legalizadas el 19 de setiembre de 1994 ante el Notario Público de Lima doctor Del Pozo Valdez, los que se han agregado de fojas 11115 a 11118, que don Pedro Luis Vera La Torre vendió al acusado Cano Angulo los vehículos ómnibus marca NISSAN Modelo: CIVILIAN, en fecha distinta a la que se señala en su pericia de parte, por lo que el monto de lo obtenido por el alquiler de los mismos no es exacto. Corresponde en todo caso determinar el origen lícito del patrimonio del acusado Cano Angulo, para determinar la licitud de la compra de esos bienes muebles y en consecuencia la de los frutos percibidos.

21. La prueba actuada permite formar convicción, de que:

(i) El acusado Cano Angulo a enero de 1990, era propietario del Lote de Terreno sito en Calle Haleiwa Mz E-9 Lote 04 del distrito de Chorrillos y de 1000 participaciones en la Empresa Líneas de Madera S.R.L. El primer bien no fue explotado económicamente y en cuanto a sus participaciones no se conoce las utilidades que le proporcionó, si es que la empresa fue rentable.

<sup>33</sup> Fojas 397 a 401 de la sentencia.

<sup>34</sup> Fojas 414 Tomo 02.

<sup>35</sup> Fojas 157 a 158 de la sentencia.

(ii) No se conoce el ingreso que produjo la actividad económica de su cónyuge. Siendo obligación del acusado Abraham Walter Cano Angulo sustentar los gastos de su familia, esto es de la antes nombrada y de sus tres hijos: Harold Walter, Sandro Yanick y Paola Yaneth Cano Gamarra. El monto consignado en su pericia en el rubro: Mantenimiento Familiar: *los gastos por mantenimiento familiar por el período de 1990 al 2000 ascienden a la suma de **US\$ 48,272** dólares americanos. En dicho importe se encuentran incluidos los servicios de luz, agua y teléfono. Se ha considerado que durante el período de 1998, 1999 Y 2000 los gastos fueron mínimos, debido a su nombramiento como Comandante General de la TRM Arequipa, gozando de ciertas prerrogativas propias del cargo, logrando tener un ahorro significativo<sup>36</sup>, es irreal*, si consideramos que los hijos del procesado cursaron estudios superiores dos de ellos en instituciones privadas. En lo que respecta al mayor ahorro que menciona el señor perito en este punto, cabe recordar que no es en ese período en el que el acusado inicia sus inversiones.

(iii) Según la pericia de parte para las adquisiciones realizadas a nombre de sus hijos, Abraham Cano Angulo dispuso de US\$ 267,209.00 dólares americanos. Ha pretendido justificar esas inversiones en las cuales aparecen sus hijos como titulares de los bienes, argumentando que se trató de préstamos dados a aquellos, no obstante la edad de los mismos y la consiguiente falta de capacidad económica para asumir obligaciones. En 1992 Harold Walter contaba con 21 años de edad y cursaba estudios en la Escuela Militar de Chorrillos, Sandro Yanick había cumplido 18 años y Paola Yaneth era una menor de 16 años, ambos estudiantes.

De acuerdo a la información proporcionada por la institución a la que perteneció y en la que prestó servicios, el Ejército Peruano, percibió por concepto de remuneraciones y otros:

<b>Años</b>	<b>Monto: MN</b>	<b>ME</b>
1990	I/. 955,067.157	
1991	S/. 4,730.80	US\$ 4,730.80
1992	S/. 7,195.61	US\$ 3,875.57
El año 1992 adquiere bienes por un monto de: US\$ 22,930.30 y S/. 9,250.00.		
1993	S/. 14,265.85	US\$ 6,604.560
1994	S/. 28,019.85	US\$ 13,093.39
El año 1994 adquirió bienes por un monto de: US\$ 134,000 y S/. 12,000.00		
1995	S/. 36,754.01	US\$ 15,781.03
Adquirido bienes por un monto de: S/. 17,750.00		
1996	S/. 40,729.38	US\$ 15,737.78
Adquirió bienes por un monto de: US\$ 52,600		
1997	S/. 36,039.92	US\$ 13,249.97
Adquirió bienes por un monto de: US\$ 89,650.00		
1998	S/. 36,766.12	US\$ 11,712.685
1999	S/. 45,629.41	US\$ 13,089.33
Adquirió bienes por un monto de: S/. 5,000.00		
2000	S/. 46,640.92	US\$ 13,246.498

<sup>36</sup> Fojas 1415 Tomo 02.

Adquirió bienes por un monto de: US\$ 40,000.

<b>TOTAL</b>	S/.296,771.87	US\$ 105,047.12
--------------	---------------	-----------------

Sumado lo invertido en moneda extranjera (US\$) para la adquisición de bienes se tiene un total de: US\$ 339,180.30

a lo que se debe agregar el monto del préstamo efectuado a ELDOSA: US\$ 40,000 dólares americanos y lo depositado en bancos ascendente a US\$ 845,846.74, lo que da un total de: US\$ 1'225,027.00

Lo invertido en moneda nacional es: S/. 40,000 a lo que debe agregarse lo depositado en Bancos en esta misma moneda S/. 755,025.02<sup>37</sup>, lo que da un total de: S/. 799,025.02 nuevos soles.

**(iv)** Las señoras magistradas que suscriben este voto coinciden con la señora jueza superior ponente, en lo referente a préstamos otorgados por las entidades bancarias, de que *de las pruebas actuadas no se advierte que los montos de dinero [prestado haya sido invertido] en bienes, empresas que hubieren significado ganancias importantes para justificar un incremento patrimonial, todo lo contrario sirvió para pagar deudas y como señala el peritado los requería “cuando no tenía liquidez suficiente”<sup>38</sup>.*

**(v)** Llamó la atención de las señoras magistradas, la afirmación que hizo el acusado Cano Angulo al efectuar su autodefensa de que desconocía la obligación que tenía de presentar declaraciones juradas.

Debe recordarse que el deber que tienen los funcionarios públicos de cumplir con presentar declaración juradas de bienes y rentas se remonta al año 1947 en que al amparo del artículo 22 de la Constitución de 1933 se dictó el Decreto Supremo que estableció las normas pertinentes para cumplir con dicha obligación, la que se mantuvo cuando se dictó el 29 de mayo de 1950 el Estatuto y Escalafón del Servicio Civil. En el año 1963 mediante Decreto Supremo Nro. 140-SC, se desarrollaron las pautas para que se cumpla con esa obligación derogando lo dispuesto por las normas anteriores. El Decreto Ley Nro. 17095 del 05 de noviembre de 1968 y el Nro. 20475 del 18 de diciembre de 1973, así como la Ley Nro. 28401 del 13 de mayo de 1988 regularon en su momento la forma de cumplir con el deber constitucionalmente impuesto, por lo que resulta inaceptable que un oficial responsable que alcanzó las más altas posiciones dentro de su carrera militar y llegó a desempeñarse como Comandante General de Región, afirme que desconoce la normatividad al respecto.

**(vi) Los fines de las declaraciones juradas para la construcción de un Estado Transparente y Democrático.** El desarrollo efectuado en los puntos anteriores nos permite percatarnos que en los distintos ordenamientos jurídicos y documentos internacionales la obligación de los funcionarios y servidores públicos de declarar sus ingresos, cuenta con distintos fines que muchas veces pueden coexistir. Así, podemos señalar los cuatro fines u objetivos siguientes:

<sup>37</sup> Fojas 224 a 225 de la sentencia.

<sup>38</sup> Fojas 155 de la sentencia.

- Constituir una medida para prevenir la corrupción, tal como lo plantea la Convención Interamericana contra la Corrupción de la OEA.
- Promover la transparencia de la función pública, razón por la cual se da publicidad a las declaraciones juradas.
- Facilitar la investigación de delitos como el Enriquecimiento Ilícito, pues permite apreciar el desbalance patrimonial y prevenir posibles conflictos de intereses, pues podría ayudar a detectar eventuales incompatibilidades.
- Facilitar la vigilancia y el control ciudadano de la función pública al permitir el acceso público a las declaraciones juradas.

El cumplimiento de estos fines guarda una estrecha relación con el tipo de Estado con el que deseamos contar pues, como lo señala el Art. 39 de la Constitución los funcionarios públicos están al servicio de la nación y no de intereses particulares. En esa medida, la presentación de declaraciones juradas constituye un medio para el diseño de un determinado tipo de estado. Ello explica el hecho que durante el régimen de Fujimori no se hayan dictado normas para permitir la publicación de las declaraciones juradas y que esto solo sucediera al promulgarse la Ley No. 27482 durante el gobierno de transición del Presidente Paniagua.

A nuestro juicio, avanzar en la construcción de un Estado transparente y democrático implica promover el cabal cumplimiento de la obligación de presentar declaraciones juradas de los funcionarios y servidores públicos, fortalecer los mecanismos que garanticen el cumplimiento de dicha obligación, investigar y denunciar los casos en los que existen indicios de desbalance patrimonial que puedan constituir delitos y, finalmente, facilitar la vigilancia ciudadana de los funcionarios y servidores públicos que por ser tales se encuentran sujetos a un escrutinio público. Ello va de la mano con la visión y misión de la Contraloría General de la República que trata de fomentar “un ambiente de transparencia en el ejercicio de la función pública” y que promueve mejoras en la gestión pública, la lucha contra la corrupción y la participación ciudadana”<sup>39</sup>.

**(vii)** La pregunta que no puede responder el acusado Cano Angulo es: ¿Por qué, si desconocía que tenía la obligación de presentar declaraciones juradas, cumplió con ese deber en el año 2000?. La otra pregunta sería: ¿Si había adquirido todos los bienes que posee incluidos depósitos bancarios y los supuestos préstamos con dinero lícitamente adquirido, por qué no los declaró?.

**(viii)** De acuerdo a las reglas de la experiencia, toda persona busca asegurarse una vivienda digna, habiendo declarado a su institución el procesado Cano Angulo al presentar la Declaración Jurada que se ha agregado de fojas 10916 a 10917, ser propietario del inmueble ubicado en la Urbanización San Borja ya descrito, adquirido en el año 1994 por el valor real de US \$ 100,000, inversión que se corresponde con lo obtenido a lo largo de su carrera, debe respetarse su derecho de propiedad sobre la misma.

---

<sup>39</sup> Contraloría General de la República. Fiscalización de Declaraciones Juradas de Ingresos y de Bienes y Rentas en el Perú. Instrumento de control social para una actuación pública transparente. gtz 2008.



#### IV. FUNDAMENTACION JURIDICA.

El gobierno de las leyes.

Desde la Antigüedad, el problema de la relación entre el derecho y el poder fue planteado con esta pregunta: ¿Es mejor el gobierno de las leyes o el gobierno de los hombres?

Platón, distinguiendo el buen gobierno del mal gobierno, dice:

*Veo pronto la destrucción en el Estado (...) donde la ley es súbdita y no tiene autoridad; en cambio donde la ley es patrona de los magistrados y estos son sus siervos yo veo la salvación y toda clase de bienes que los dioses dan a los Estados [Leyes, 715 d]<sup>40</sup>.*

22. Esta aspiración, es la que ha orientado y orienta al Estado Moderno, y lo ha motivado a dictar leyes y suscribir tratados, que en el caso que nos ocupa, sancionen conductas que afecten su patrimonio.

Se consigna en el Preámbulo de la

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Los Estados Partes en la presente Convención.

Preocupados por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley,

(...)

Convencidos de que el enriquecimiento personal ilícito puede ser particularmente nocivo para las instituciones democráticas, las economías nacionales y el imperio de la ley,

Han convenido lo siguiente:

(...).

23. La sala ha advertido con preocupación, durante el desarrollo de los procesos, la recurrencia continua por los acusados, peritos y algunos abogados defensores, al argumento de la ausencia de norma que sancione la conducta en este caso de oficiales del EP en consecuencia funcionarios públicos, cuando hacen uso indebido de los recursos entregados para un fin determinado, olvidando que están sujetos a las leyes que regulan el manejo de la cosa pública.

24. “Una de las múltiples funciones del Estado es la de coordinar, disciplinar y organizar la vida en comunidad. Para lograr que ésta sea estable y fecunda, debe desactivar los conflictos y tensiones sociales o individuales. El funcionamiento y la orientación de esta actividad deben ser apreciados en relación con el contexto social

y político en el que se originan y desarrollan. Por lo tanto, no se trata de un proceso neutro o imparcial.

A esta reacción organizada de la colectividad frente a las acciones delictuosas (lato sensu) que amenaza su cohesión y su desarrollo armónico se le denomina política criminal y todos sistema social en este sentido lo tiene.

La reacción social contra la delincuencia forma parte del control social, el cual es una manifestaron de la política general del estado. Así, uno de los aspectos de esta, es la política criminal”<sup>41</sup>

En este orden de ideas y siendo , que como señala Carlos Santiago Nino:

“El derecho es una gran acción colectiva que transcurre en el tiempo; es lo que muchos han llamado una <<convention>> una convención como Lewis, o una práctica social como el mismo Hart lo ha advertido. Esto es muy importante porque quiere decir que el juez que tiene que decidir un caso, no tiene que decidir como si estuviera sólo en el mundo y tomar la mejor decisión. Tiene que decidir cual es la mejor decisión desde el punto de vista moral respecto a su contribución a una práctica colectiva que depende de las acciones que se hayan hecho en el pasado y depende de las acciones que se vayan a realizar en el futuro y depende de las expectativas y actitudes de otra gente”<sup>42</sup>.

25. Corresponde a los jueces contribuir a la práctica colectiva de erradicar conductas nocivas, que atentan contra la institucionalidad del Estado, por lo que:

En lo atinente a la conducta penalmente reprochable, atribuida a los procesados, la sala mantiene la posición asumida, al expedir sentencia en los procesos N° 04-2001, 84-2008 y 27-2002, por no advertir situación de hecho que motive variar su apreciación jurídica.

#### **De la configuración típica del delito de enriquecimiento ilícito.**

En el tiempo marco de imputación jurídico-penal contra los acusados, el delito de enriquecimiento ilícito se hallaba previsto en el artículo 401° del Código Penal, cuyo texto era el siguiente:

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.

Examinando las precisiones que sobre dicha formulación típica ha efectuado la Doctrina Nacional, cabe señalar 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

<sup>41</sup> José Hurtado Pozo. Manual de Derecho Penal. Parte General I. Pág. 59. 3era. Edición. Edit. Grijley EIRL. Lima- 2005.

<sup>42</sup> Carlos Santiago Nino DERECHO, MORAL, POLITICA Págs. 35-45. DOXA-14 (1993).

acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito (...)”<sup>43</sup>.

También se ha dicho que a diferencia de los demás tipos penales que protegen el mismo bien jurídico: el normal y correcto funcionamiento de los cargos y empleos públicos, “(...) no describe un “acto”, sino una “situación” determinada (...)”<sup>44</sup>, estado en el que “(...) la ‘ilicitud’ de éste [el enriquecimiento producido durante el ejercicio del cargo] recién proviene de la falta de demostración de sus orígenes legítimos (...)”<sup>45</sup>; 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 soborno, ya no estaría probando el “enriquecimiento ilícito” (...) sino en realidad el “cohecho” que llevó al incremento patrimonial (...)”<sup>46</sup>.

Cabe señalar que la Doctrina especializada precisando los alcances de la formulación típica introducida por la Ley N° 27482 (Publicada el 16.06.2001) [<sup>47</sup>], dice: “(...) 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 (...)”<sup>48</sup>. Es decir, la disposición incorporada 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.

Fidel Rojas Vargas al comentar la nueva formulación típica introducida por la Ley N° 28355 (Publicada el 06.10.2004) [<sup>49</sup>], acota: “(...) La redacción anterior del tipo penal de

<sup>43</sup> Fidel Rojas Vargas: “Delitos Contra la Administración Pública”, Editora Jurídica Grijley, 2° Edición, **Enero - 2001**, Pag. 461 y ss.

<sup>44</sup> Manuel A. Abanto Vásquez: “Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”, Editorial Palestra, 2° Edición, **Abril - 2003**, Pag. 541.

<sup>45</sup> ob. cit. Pag. 548.

<sup>46</sup> ob. cit. Pag. 549

<sup>47</sup> **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 ...”**

<sup>48</sup> Dino Carlos Caro Coria y otros: “Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir”, Jurista Editores, **Abril -2002**, Pag. 207

<sup>49</sup> **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

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(...)” [50]. Así, la formulación típica vigente a la fecha lejos de regular un injusto diferente a las versiones anteriores, relleva más bien la característica fundamental del ilícito penal in comento: la subsidiaridad.

**De la exigibilidad al funcionario de justificar la licitud del origen de sus bienes, como elemento del tipo objetivo subyacente.**

El texto primigenio del artículo 401º del Código Penal, expresamente no contempla que el funcionario deba justificar el incremento de su patrimonio, como sí lo hace en su última versión, introducida por la Ley 28355. Pero, el tema no sólo es que si esa exigencia forma parte del elemento objetivo del tipo penal de manera implícita o expresa, sino que además la cuestión es si de ello se deriva una afectación al derecho fundamental de presunción de inocencia, por cuanto que con ello se invierte la carga de la prueba, constitucionalmente prohibida en materia penal.

La doctrina nacional, consciente de que la fórmula legal utilizada por el legislador peruano in comento no describe conducta alguna, destaca que de la naturaleza del delito, de la gravedad de la sanción y del carácter subsidiario o complementario de dicha norma, se puede extraer los elementos materiales y formales implícitos en dicho enunciado legal. Así, Fidel Rojas señala: “La ilicitud es formal, por cuanto no es objeto de la norma penal 401 el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados o los intereses y valores sociales afectados, 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

---

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 ...”

<sup>50</sup> Fidel Rojas Vargas: “Delitos Contra la Administración Pública” **4º Edición**. Editora Grijley. **Enero-2008**, Pág. 848

socialmente ajustados (herencias, negocios familiares, premios, etc.)” [51]. En esto consiste la consabida subsidiaridad 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.

Continúa el citado autor: “La justificación del plus significativo que hace enriquecimiento ilícito y que se le requiere al sujeto imputado en algún momento del proceso penal, no es un problema de inversión de la carga probatoria, por cuanto es un deber del sujeto público rendir cuentas y poner en evidencia la pulcritud y lícita procedencia de sus activos. Dicho deber de justificar se fundamenta y legitima en la posición de garante asumida por el funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la nación, siendo un mandato derivable del enunciado constitucional que positiviza el hecho que los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación” [52].

Salvando las distancias en la configuración del delito de enriquecimiento ilícito en el ordenamiento penal peruano y colombiano, y la consagración constitucional del deber de justificar la licitud de la procedencia del patrimonio de los funcionarios o servidores públicos, resulta también esclarecedor a dichos cuestionamientos el pronunciamiento de la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-319/96, de fecha dieciocho de julio de mil novecientos noventa y seis, sobre la constitucionalidad del elemento de tipo objetivo de no justificación, que en el caso de la legislación penal colombiana se halla previsto de manera expresa:

“(…)

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 sólo de legitimar la adquisición de la propiedad, sino además de sanear la Administración pública, cuyo patrimonio se ve 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

<sup>51</sup> Fidel Rojas Vargas: “Delitos Contra la Administración Pública”, Editora Jurídica Grijley, 3ª Edición, octubre 2002, Pág. 620.

<sup>52</sup> Fidel Rojas Vargas: Ob. Cit., Pág. 620.

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 actor en cuanto que la expresión “no justificado” contenida en el tipo genera una inversión de la carga de 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 supuesto, 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 elementos 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 deberá 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 sólo las cargas y responsabilidades que se deriven 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.

(...)"

Así, la justificación relacionada con el incremento patrimonial de los servidores públicos no es, pues, un acto impositivo derivado de un proceso penal, sino es una obligación constitucional de toda persona que ostenta esa especial condición. En palabras del tribunal Constitucional peruano:

"(...)

15. Los artículos 40.º y 41.º 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.º 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.º establece que los funcionarios y servidores públicos que señala la ley o que administran o manejan fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, 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.º 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; asimismo, 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. N.º 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.

(...)[<sup>53</sup>].

Esto y no otra cosa relieves, a su vez, la Corte Suprema de Justicia de la República en la Ejecutoria recaída en el RN N° 4245-2006, su fecha 15 de agosto del 2007, cuando expresa:

“(...) [i] el artículo cuarenta 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

<sup>53</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. 0008-2005-AI/TC.



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).

Esa misma Ejecutoria, ha fijado un proceso lógico a seguirse para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente: determinar previamente con que 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, prestamos y otros similares-, luego, deberán cuantificarse los bienes acumulados y obtenido el resultado de ambas operaciones hacer una comparación entre estas 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 este no puede acreditar el legítimo aumento de su patrimonio conforme lo exige el artículo 401 del Código Sustantivo.

Las premisas antes establecidas conllevan a concluir que si bien el incremento patrimonial en su dimensión o faz jurídica importa la acumulación de titularidades de bienes o de personas jurídicas; tal exteriorización, en algunos casos, como el que es materia de la presente sentencia, es aparente o formal, dado que, develadas tales apariencias, lo que subyace es un proceso fáctico complejo de incremento patrimonial con un origen, un tipo de configuración y una dinámica propia.

### **Naturaleza permanente del delito de enriquecimiento ilícito.**

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.

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:

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(...)" [54].

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

A efectos de afirmar nuestra precedente 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, debe descartarse 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(...)" [56].

A modo de recapitulación, abona a lo sostenido el hecho que la doctrina mayoritaria exige ciertos presupuestos para la existencia del delito permanente, que no son en absoluto incompatibles con al delito de enriquecimiento ilícito, a saber:

*a) El mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor<sup>[57]</sup>, siendo que en el delito sub exámine es posible que el agente infrinja permanentemente*

<sup>54</sup> Felipe Villavicencio T.: "Derecho Penal – Parte General". Editora Jurídica Grijley.- Primera Edición: Marzo 2006, 3° Reimpresión: Marzo 2009.

<sup>55</sup> Santiago Mir Puig: "Derecho Penal – Parte General". Editorial Reppertor, Barcelona 2002.

<sup>56</sup> Luis A. Bramont Arias – Luis A. Bramont – Arias Torres: "Código Penal Anotado". Editorial San Marcos. Cuarta Edición 2001. Reimpresión actualizada: 2003.

<sup>57</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte general. 6ª edición. Edit. Reppertor, Barcelona, 2002. p. 221. nm. 25; Cfr., Roxin, Claus. Derecho penal. parte general. Tomo I. Traduc. de la 2ª edic. alemana por Luzón Peña, Diego-Manuel & Díaz y García Conlledo, Miguel & De Vicente Remesal, Javier. dit. Civitas, Madrid, 1997. p. 329. nm. 105; Cfr., Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho penal. Parte general. Edit. Grijley, 2009. Asevera que "el resultado se mantiene por cierta duración debido a la voluntad del autor". p. 311. nm. 670.

*su deber en tanto y en cuanto se prolongue en el tiempo su ejercicio funcional.*

*b) Si bien el enriquecimiento ilícito se consume con el incremento real del patrimonio cuyo origen es ilícito<sup>58</sup>, es posible hablar de una situación antijurídica en tanto y en cuanto persistan los actos individuales relacionados al incremento del mismo “durante el ejercicio de sus funciones”<sup>59</sup>.*

*c) En dicho mantenimiento no deja de seguirse realizando el tipo penal<sup>60</sup>, a través de distintos actos individuales, empero, de manera ininterrumpida, a los cuales corresponde valorar de manera unitaria<sup>61</sup>.*

*d) Siempre en torno a la relación factible entre delito de enriquecimiento y delito permanente, cabe remitirse a lo que fuera ya señalado por esta Sala en su Resolución de fecha 28 de enero del presente año, Expediente 85-2008, en el cual, citándose al tratadista Fidel Rojas Vargas [62] se significó lo siguiente: “(...) [FJ. Cuarto] Que en el caso del delito de Enriquecimiento Ilícito “Estamos ante un delito de naturaleza comisiva activa y de resultado condicionado, que se consume en la medida en que haya existido un incremento significativo y contrastante, **el mismo que es resultado de actividades no conformes a derecho** en el contexto del desarrollo temporal o ultra-temporal del cargo o empleo público(...)”. **Él mismo, haciendo distingo entre delitos instantáneos y delitos permanentes, afirma que estos últimos son aquellos “(...) que al inicial momento consumidor le adviene un período de prolongación del accionar ilícito (...); ofrecen un carácter permanente los arts. 361, 362, 368, 388, 401 [delito de enriquecimiento ilícito]**”<sup>63</sup>.*

<sup>58</sup> Así, también la R. N. N° AV-09-2001, Lima “(...) el enriquecimiento ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consume en la circunstancia en que exista incremento patrimonial significativo y contraste no sustentado”.

<sup>59</sup> Gómez Méndez, Alfonso & Gómez Pavajeau, Carlos. Delitos contra la administración pública. 2ª edición. Universidad Externado de Colombia, 2004. p. 404.

<sup>60</sup> Mir Puig, Santiago. Derecho penal. Parte general. 6ª edición. Edit. Reppertor, Barcelona, 2002. p. 221. nm. 25; Cfr., Roxin, Claus. Derecho penal. parte general. Tomo I. Traduc. de la 2ª edic. alemana por Luzón Peña, Diego-Manuel & Díaz y García Conlledo Miguel & De Vicente Remesal, Javier. Edit. Civitas, Madrid, 1997, para quien “son aquellos hechos en los que el delito no está concluido con la realización del tipo”. p. 329. nm. 105; García Caveró, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general. Edit. Grijley, 2008. p. 315.

<sup>61</sup> Cfr., Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho penal. Parte general. Edit. Grijley, 2009. p. 688. nm. 1520, quien sostiene que el delito permanente “supone realizar distintos actos individuales para el mantenimiento del estado antijurídico que realiza ininterrumpidamente del tipo legal, que son objeto de una valoración unitaria(...)”.

<sup>62</sup> Ver: Fidel Rojas Vargas: “Delitos Contra la Administración Pública”.- Editora Jurídica Grijley. Segunda Edición – 2001; Pag. 470.

<sup>63</sup> Ver: Fidel Rojas Vargas: “Delitos Contra la Administración Pública”.- Editora Jurídica Grijley. Segunda Edición – 2001; Pag. 68.

Y es que finalmente, lejos de constituir el tipo de consumación por el que se opte una mera determinación técnica – conceptual, de homenaje, en estricto, a un rigor sólo de carácter dogmático; a criterio de esta Sala, subyace también al tipo de consumación que se establece, una concreción práctica de los fines de política criminal transversal a todos los elementos del ordenamiento penal en su conjunto. Bajo esa premisa, no podemos dejar de soslayar las consideraciones que sobre el delito permanente han sido precisadas por la Doctrina Nacional. En efecto, a decir del tratadista Ivan Montoya Vivanco, “(...) un sector de la doctrina penal no distingue entre (...) [los] conceptos [de la terminación y el agotamiento como fases del delito] asociándolas a las finalidades ulteriores del sujeto activo, las mismas que no resultan relevantes desde la perspectiva del tipo objetivo(...)”, agrega: “(...) la terminación debe identificarse con la consumación material (no formal) del delito y en ese sentido debe diferenciarse del concepto de agotamiento (...). La consumación material o terminación está relacionada con la idea de finalización o cese de la afectación al bien jurídico, aspecto este último que no es cubierto por el concepto formal de consumación (...)”; y concluye: “(...) Estas afirmaciones quedan confirmadas por el Código Penal cuando en el artículo 82° inciso 4 se regula el momento del inicio de la prescripción en los delitos permanentes. De acuerdo con esta regulación la situación antijurídica relevante no culmina al momento de la consumación (este momento es propio de los delitos instantáneos), sino con la cesación de la permanencia. La cesación de la permanencia es la consumación material o terminación que mencionábamos(...)”<sup>64</sup>.

### **De la complicidad en el delito de enriquecimiento ilícito.**

Habida cuenta que en el delito permanente, el menoscabo al bien jurídico protegido (administración pública) es constante hasta el cese del estado antijurídico, en dicho marco, la intervención de un extraneus en el mismo lo torna en partícipes de dicho delito, indiscutiblemente, en fase consumación<sup>65</sup>.

Luego, a propósito de los presupuestos que la doctrina mayoritaria reclama para la imputación a título de complicidad, cabe significar lo siguiente:

Auxilio concertado con el autor:

Enseña Roxin: “El empleo del principio de incremento del riesgo en la complicidad puede reconducirse al fundamento penal de la participación: solamente quien mejora las oportunidades del autor y eleva el riesgo de la víctima, emprende un ataque independiente al bien jurídico tal como es necesario para cualquier

<sup>64</sup> Ivan Montoya Vivanco: “La Desaparición Forzada de Personas como Delito Permanente: Consecuencias Dogmático Penales” – Cuaderno de Trabajo N° 11.- Julio, 2009.

<sup>65</sup> Cfr., García Caveró, Percy. Lecciones de Derecho penal. Parte general. Edit. Grijley, 2008. p. 315.

participación. En particular, el criterio del incremento causal de riesgo, que fundamenta la complicidad, puede dividirse en cuatro elementos: según esto, presta ayuda (...) aquél que posibilita, facilita, intensifica o asegura el hecho mediante su contribución”<sup>66</sup>.

Sobre esa base, respecto del auxilio concertado con el autor, el mismo jurista, dice: “En lo fundamental no se necesita de una relación psíquica entre autor y cómplice (...). No obstante, debe rechazarse una complicidad cuando ésta no se manifiesta para nada en acciones externas de ayuda, sino solamente consiste en la decisión de ayudar al autor en el caso que fuera necesario. Como ejemplo de clases sirve el caso de un ‘colega’ del carterista que –sin que éste lo note- se coloca cerca de él para facilitarle el trabajo, en caso necesario, causando una aglomeración artificial. No se discute que tal conducta incrementa las oportunidades del carterista. Pero falta una modificación causal del acontecer de los hechos cuando no hay un acuerdo con el autor ni es reconocible una relación delictiva externa de la conducta. Penar aquí significaría penar no una complicidad, sino una simple disposición de complicidad (o sea que menos que una complicidad tentada): Esto desemboca en un Derecho penal de la actitud interna. Si se sigue esto consecuentemente, debería pensarse como complicidad consumada una decisión interna de complicidad, de la cual nadie sabe algo; tal suposición se refuta a sí misma”<sup>67</sup>.

A continuación en base a los parámetros legales y criterios doctrinarios y jurisprudencias se procede a determinar las responsabilidades personales de los acusados.

**V.- DE LA RESPONSABILIDAD PERSONAL DE LOS ACUSADO A TITULO DE CÓMPLICES: HAROLD WALTER, SANDRO YANICK Y PAOLA YANETH CANO GONZÁLES.**

26. Se señala en el apartado c del acápite I del Capítulo III de la Parte Segunda de la sentencia: **Sobre la devolución del dinero facilitado a sus hijos en calidad de “apoyo familiar”.**

*La pericia de parte considera como ingresos a favor de Abraham Cano Angulo, la devolución de los préstamos de sus hijos Harold, Sandro y Paola Cano Gamarra.*

En el contexto de la pericia de parte se tiene en RELACION a la devolución de préstamos lo siguiente:

a) **SANDRO YANICK CANO GAMARRA**, ha devuelto:

Año	Cantidad US\$
1994	4,000
1995	1,000
1997	13,000
1998	12,559

<sup>66</sup> Cfr., Roxin, Claus. La teoría del delito en la discusión actual (Traducción Manuel A. Abanto Vásquez). Editorial GRIJLEY 2007. p. 551.

<sup>67</sup> Cfr., Roxin, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Ob. Cit. p. 553.

1999	20,000
2000	13,000
Total	US \$ 63,559

b) **HAROLD CANO GAMARRA**, ha devuelto:

Año	Cantidad US\$
1998	8,000
2000	16,000
Total	US \$ 24,000

c) **PAOLA JANETH CANO GAMARRA**, ha devuelto:

Año	Cantidad US\$
1998	8,000
2000	24,500
Total	US \$ 32,500

68

#### V. SOBRE LOS PRESTAMOS REALIZADOS A SUS HIJOS: HAROLD, SANDRO Y PAOLA CANO GAMARRA.

*Conforme fluye de su pericia de parte y de las declaraciones de los procesados, Abraham Cano Angulo facilito sumas de dinero a sus hijos Harold, Sandro y Paola para los efectos de [que] adquieran bienes. La pericia de parte reconoce que:*

a) A su hijo **Harold Walter Cano Gamarra**, le prestó:

Año	Monto US\$	Motivo
1995	8,000	Para la compra de un micro.
1997	78,650	Para la compra del inmueble en Diego de Agüero-Monterrico.
2000	16,000	Cuota inicial para el Dpto. en Carlos Gil-Chorrillos.
<b>Total</b>	<b>102,650</b>	

b) A su hijo **Sandro Yanick Cano Gamarra**, le prestó:

Año	Monto US\$	Motivo
1992	8,000	Para la compra de una camioneta rural.
1995	7,559	Aporte a ELDOSA

<sup>68</sup> Fojas 141 a 142 de la sentencia.

1996	13,000	Compra de ómnibus Nissan UO – 8028
	35,000	Compra inmueble Casuarinas
<b>Total</b>	<b>63,559</b>	

c) A su hija **Paola Janeth Cano Gamarra**, le prestó:

<b>Año</b>	<b>Monto US\$</b>	<b>Motivo</b>
1996	8,000	Para la compra de un micro Hino de placa UG-6975.
1996	40,000	Comprar inmueble La Merced Trujillo
1999	35,000	Comprar inmueble en Arequipa pagaré del Banco Wiese.
2000	8,000	Compra de camión remolque de la empresa RUMASA.
2000	10,000	Compra de remolque de la empresa RUMASA.
<b>Total</b>	<b>101,000</b>	

69

27. En el caso de los delitos especiales propios, como es el caso del delito de Enriquecimiento Ilícito, el elemento personal fundamenta la existencia misma del delito y de la pena, por lo que de no presentarse tal calidad en el autor será imposible la realización del hecho, transformándose en un hecho atípico, ya que no tiene un delito común subyacente al que referir la punición del partícipe. De ahí que será forzoso mantener la unidad del título de imputación, ya que el hecho realizado sólo puede calificarse de una determinada forma y, además, porque no cabe otra posibilidad de exigir responsabilidad criminal al extraño que favorece su ejecución, pues, de lo contrario, habría que declarar su impunidad. Ante la alternativa de considerar al extraño impune o calificarle como partícipe del delito especial, la justicia material y la estructura técnica de la institución de la participación imponen se opte por la segunda solución.

En el caso de autos, se ha demostrado que los acusados: Harold Walter, Sandro Yanick y Paola Yaneth Cano Gamarra concurren a la consumación del enriquecimiento ilícito emprendido y ejecutado por el acusado Abraham Walter Cano Angulo, consistiendo sus conductas en asegurar el patrimonio injustificado de éste, pues, a esos fines responde el hecho de haber aperturado cuentas corrientes, constituidos empresas, adquirido bienes.

<sup>69</sup> Fojas 232 a 233 de la sentencia.

El fundamento legal de la responsabilidad penal de los acusados Cano Gamarra, se halla contenido en el artículo 25° del Código Penal, el que debe concordarse con el artículo 26° del Código Penal. Este último establece:

Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible.

Este dispositivo legal se encuentra vinculado a los delitos especiales, como es el caso del delito de Enriquecimiento Ilícito. Como ya se ha tenido oportunidad de decir, estos se caracterizan porque a veces la cualidad especial del sujeto fundamenta la responsabilidad penal (delitos especiales propios) y en otros casos la modifica (delitos especiales impropios). El texto legal glosado concretamente se vincula a los primeros. La doctrina especializada y la jurisprudencia, haciendo una exégesis de dicho artículo, han señalado que se refiere a cualidades personales y materiales referidas a la culpabilidad y a la punibilidad, agregando que, en caso un particular (extraneus) auxilie a un funcionario público (intraneus) en los delitos contra la Administración Pública, se puede incluir al partícipe en el tipo especial ya que la condición especial de ser funcionario público es comunicable; y concluyen en que dicho precepto consagra la accesoriedad limitada.

Así, la responsabilidad penal de los autores serían perfectamente comunicables a los partícipes. Dicho de otro modo, si la calidad del funcionario público en los delitos especiales propios es su fundamento, este sería perfectamente comunicable a interviniente que no ostente dicha calidad, como en el caso de autos, donde el sujeto portador de la calidad especial es el padre, siendo los extraños no cualificados los hijos aquí mencionados.

La conducta de los cómplices Cano Gamarra se une concertadamente con la conducta del autor, a través de un acoplamiento o adhesión a ese mismo acuerdo delictivo, que se concreta cuando dichos acusados hacen una similar contribución “estabilizando la resolución al hecho”<sup>70</sup>, contribuyendo, a través de una “promesa del encubrimiento posterior”<sup>71</sup>. Es indiscutible que, a partir de sus conductas, que encajan en el proyecto delictivo del autor, el mismo que no es sino el de mantener la situación antijurídica conocida: el enriquecimiento ilícito eficazmente disimulado, esto es, con aseguramiento del resultado, el comportamiento de los cómplices de adecuación y de conexión con este programa, sirvió retroalimentado el ambiente de confianza para que este último haga permanente dicho estado de cosas. Por lo demás, conforme a lo expuesto líneas ut supra, dicho concierto encuentra materialidad coetánea a la consumación, verificándose que el aporte de los cómplices se produce dentro del marco temporal de permanencia del delito perpetrado por el autor.

Dadas las particularidades fácticas del caso en concreto, merece volver a significarse en este punto que la conducta de los cómplices posibilitó la retroalimentación del

---

<sup>70</sup> Roxin, Claus. La teoría del delito en la discusión actual. Traducción de Abanto Vásquez, Manuel. Edit. Grijley, 2007. p. 545; Cfr. Jescheck, Hans-Heinrich & Weigend, Thomas. Tratado de derecho penal. Parte general. Traducción de Olmedo Cardenete, Miguel. 5ta edición. Edit. Comares, 2002. p. 744-745; Cfr. Maurach, Reinhart & Gössel, Heinz & Zipf, Heinz. Derecho penal. Parte General. Tomo 2. Traducción de la 7ma edición alemana por Bofill Genzsch. Edit. Astrea, 1995. p. 452. nm. 2.

<sup>71</sup> López Peregrín, María. La complicidad en el delito. Edit. Tirant lo blanch, Valencia, 1997. p. 325; Cfr. Villavicencio Terreros, Felipe. Derecho penal Parte general. 3ª reimpresión. Edit. Grijley, 2009. p. 524.



incremento patrimonial constante del acusado Cano Angulo hasta el año 2000, habida cuenta que procedía sin ninguna duda bajo el conocimiento antelado de los aportes que tenía a su disposición de cara a asegurar el resultado, que no era otro que el del enriquecimiento ilícito sin riesgo de descubrimiento.

Ya en cuanto a la imputación subjetiva merece destacarse lo siguiente: (a) el conocimiento de los cómplices de la vinculación del acusado Abraham Walter Cano Angulo a la función pública como Alto Oficial del Ejército; (b) el conocimiento respecto del quantum remunerativo y beneficios que , como Alto Oficial Militar recibía del Ejército Peruano; habida cuenta de su pertenencia al mismo núcleo familiar y la de uno de ellos Harold Walter a la misma institución; (c) la condición de los acusado Cano Gamarra de interpósitas personas del tantas veces citado acusado Abraham Walter Cano Angulo; (d) el conocimiento inequívoco de la disponibilidad de dinero de Cano Angulo durante el ejercicio del cargo, por no haber podido ser ajeno al conocimiento de ellos la envergadura del patrimonio que ya tenía el padre al momento del acoplamiento de éstos, lo mismo que la envergadura de los depósitos de los que se ocuparon, nada congruente con el nivel remunerativo de aquél; (e) el conocimiento de los acusados de que éste no tenía otra fuente legítima que le generara ingresos permanentes tan ingentes.

Por todo ello, resulta absolutamente atribuible a los cómplices el no haberles sido desconocida la manifiesta desproporción entre las sumas que el autor percibía como Oficial del Ejército Peruano, y las ingentes sumas de dinero que también de manera permanente tenían a su disposición, las cuales evidentemente no podían provenir sino de un aprovechamiento indebido de los cargos públicos detentados por el antes nombrado, dineros mal habidos con el cual adquiriría bienes a sus nombres y depositaba dinero en cuentas bancarias cuya titularidad aparecían.

Como corolario de todo lo expuesto hasta aquí, merece además significarse que este concierto con el acusado Cano Angulo en el cual convergieron los antes citados como núcleo familiar, encuentra también reflejo en la actividad procesal desplegada por ellos a modo de alianza defensiva donde que cada uno de ellos han pretendido justificar los signos exteriores de riqueza atribuidos, invocando fuentes de ingresos que relacionaban a sus respectivos patrimonios entre sí.

## **VI. DE LA DETERMINACIÓN DE LA PENA.**

### **28. Pena privativa de la libertad**

Determinada la responsabilidad de los acusados por los hechos que han sido materia de proceso y que su conducta no se subsume en causal alguna de justificación o de exculpación, corresponde determinar o individualizar la consecuencia penal, es decir, la pena. Como enseña Ziffer: *“(...)La pena es la reacción frente a un quebrantamiento de la norma, reacción que resulta siempre a costa del responsable de ese quebrantamiento, lo cual, en este contexto, implica siempre una injerencia en algún bien. La individualización de la pena es el acto por el cual el juez pondera la infracción a la norma y la transforma en una medida de pena*

*determinada. La magnitud de la pena es siempre expresión de la ponderación del ilícito culpable; no es otra cosa que la “cuantificación de la culpabilidad”(...)”*<sup>72</sup>.

Bajo el título: “*Los fines de la pena desde una perspectiva constitucional*”, en la sentencia recaída en el expediente 0019-2005-PI/TC<sup>73</sup> el Tribunal Constitucional tuvo ocasión de pronunciarse y decir que:

“(…)ya [se] ha descartado que se conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es que la pretensión de que ésta agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de la política criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática.

(…)

En consecuencia, las penas, en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general. Dicha finalidad la logran mediante distintos mecanismos que deben ser evaluados en conjunto y de manera ponderada.

En primer lugar, en el plano abstracto, con la tipificación de la conducta delictiva y de la respectiva pena, se amenaza con infligir un mal si se incurre en la conducta antijurídica (prevención general en su vertiente negativa). En segundo término, desde la perspectiva de su imposición, se renueva la confianza de la ciudadanía en el orden constitucional, al convertir una mera esperanza en la absoluta certeza de que uno de los deberes primordiales del Estado, consistente en

“(…) proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia (…)” (artículo 44º de la Constitución), se materializa con la sanción del delito (prevención especial en su vertiente positiva); con la consecuente vigencia efectiva del derecho fundamental a la seguridad personal en su dimensión objetiva (inciso 24 del artículo 2º de la Constitución).

Asimismo, la grave limitación de la libertad personal que supone la pena privativa de libertad, y su quantum específico, son el primer efecto reeducador en el delincuente, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (prevención especial de efecto inmediato). Finalmente, en el plano de la ejecución de la pena, ésta debe orientarse a la plena rehabilitación y reincorporación del penado a la sociedad (prevención

<sup>72</sup> ROXIN CLAUS; ZIFFER, Patricia S. et al. DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA. Editores del Puerto, Buenos Aires, página 90 y siguiente.

<sup>73</sup> Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por más del 25% del número legal de miembros del Congreso de la República contra la Ley N.º 28568, cuyo Artículo Único modifica el artículo 47º del Código Penal (fundamentos 37, 38, 40 y 41).

especial de efecto mediato, prevista expresamente en el inciso 22 del artículo 139º de la Constitución).

Es preciso destacar, sin embargo, que ninguna de las finalidades preventivas de la pena podría justificar que exceda la medida de la culpabilidad en el agente, la cual es determinada por el juez penal a la luz de la personalidad del autor y del mayor o menor daño causado con su acción a los bienes de relevancia constitucional protegidos...”

La vigencia del principio de culpabilidad impide que la pena – en cuanto a su naturaleza y medida – pueda ser establecida sólo por criterios preventivos, sean éstos de tipo especial o general (positiva o negativa). En principio ha de fundamentarse en el grado de injusto y de culpabilidad como conceptos cuantificables a efecto de determinar la pena concreta a ser aplicada a cada procesado de acuerdo a sus circunstancias específicas y únicas con respecto de los otros y según las pautas normativas. Este es el punto de partida que servirá de base sobre la cual deberá tenerse en cuenta la finalidad preventiva de la pena –según el esquema político criminal en que se sustenta nuestro ordenamiento penal– a efecto de determinar la justa pena; tal finalidad hará posible disminuir la pena que resulta de la graduación del injusto y la culpabilidad o determinar la forma de su cumplimiento (en caso de privación de la libertad), pero nunca aumentarla o hacerla más gravosa; el principio de proporcionalidad – consagrado en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal – lo impide, pues de acuerdo con el artículo 1º de la Constitución Política del Estado: *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*.

Resumidos estos principios, en el proceso de determinar la pena básica, es necesario tener presente:

#### PENA BÁSICA:

Tipos penales aplicados.

En los acápites referidos a la Fundamentación jurídica se ha establecido que el tipo penal a ser aplicado a los hechos es el contenido en el artículo 401 del Código Sustantivo, en su redacción vigente al momento de la comisión de los hechos: delito cometido por funcionario público, que sanciona el enriquecimiento ilícito con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años. No se dan agravantes ni atenuantes genéricas que modifiquen ese marco abstracto; ni concurre otro delito.

El artículo veinticinco del acotado, preceptúa:

El que dolosamente, preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor.

#### PENA CONCRETA

A lo anterior sigue la determinación de la pena concreta de acuerdo a los criterios contenidos en los artículos 45º y 46º del Código Penal.

La labor judicial en esta fase de determinación de la consecuencia jurídico penal del hecho consiste en “crear” y aplicar la norma concreta que al caso particular –y no a otro- debe aplicarse; como enseña el profesor Marcial Rubio *“...en las sentencias respectivas, los tribunales toman en cuenta todos estos elementos fácticos, los*

*ponderan y obtienen, con ello, una respuesta final para el caso que es la que se refleja en la sentencia. Por lo tanto, efectivamente el juez realiza una labor creadora al ejercer su función de concretización de la norma”*<sup>74</sup>. De ahí, entonces, que no sea permitido valorar las circunstancias o elementos que en su momento tuvo en cuenta el legislador para describir o agravar el hecho y establecer el rango de la pena.

29. En su requisitoria oral el señor Fiscal Superior solicitó que se imponga al autor ocho años de pena privativa de la libertad y a sus cómplices seis años de pena igualmente efectiva.

La Fundamentación de la pena según el artículo 45º del Código Penal.

Según esta norma: “El juez, al momento de fundamentar y determinar la pena, deberá tener en cuenta:

- 1.- Las carencias sociales que hubiere sufrido el agente.
- 2.- Su cultura y sus costumbres; y
- 3.- Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen”

### **30. La Fundamentación de la pena según las pautas del artículo 46º del Código Penal.**

Las circunstancias que se tienen en cuenta para la determinación de la pena, de acuerdo con las pautas establecidas en el artículo 46º del Código Sustantivo, son como sigue:

El autor como oficial del Ejército Peruano fue formado profesionalmente por su institución, inculcándoles valores entre los cuales se destaca el de fidelidad al Estado, que lo instruyó y luego lo empleó como funcionario público.

Cano Angulo alcanzó los más altos grados en el EP y como tal se desempeñó como Jefe y Comandante General en los empleos que se le dio desde el año 1990 hasta el 2000. Posiciones en las que defraudando la confianza en él depositada se enriqueció ilícitamente, con la contribución de sus co acusados.

Harold Walter, Sandro Yanick y Paola Yaneth fueron formados según sus dichos en un instituto educativo del EP, en los cuales obviamente se les instruyó en valores, sus estudios superiores los recibió el primero en un centro académico del mismo Ejército Peruano, los segundos realizaron estudios superiores en instituciones privadas de prestigio, estaban en capacidad de conocer los ingresos lícitos de su padre y por consiguiente que lo invertido por él, no se justificaba, sin que hubiera un reproche moral de sus partes, o cuando menos una advertencia sobre la consecuencia de sus actos, por el contrario aseguraron el desmedido incremento patrimonial de su padre, al aparecer como adquirente de bienes. La transparencia de esos actos era lo que menos interesaba, actuaban con dolo.

Se puede concluir, entonces, que por la naturaleza de la acción así dada y los medios empleados, el grado de probabilidad ex-ante de la lesión era el de seguridad, y en lo que a la magnitud del daño esperable de la lesión del bien jurídico, es claro que era la máxima.

Enseña el autor Framarino Dei Malatesta que: “(...) El móvil que surge de la espera de un bien puede considerarse siempre como reflexivo, ya que el deseo vivo de una

---

<sup>74</sup> RUBIO CORREA, Marcial. EL SISTEMA JURÍDICO. Introducción al Derecho. Fondo editorial PUCP 1987, página 170.

cosa induce a preparar y dirigir las acciones hacia su obtención, y en vez de obnubilar las facultades de la mente, suele agudizarlas. Por lo tanto, la codicia es, desde el punto de vista general, una pasión razonadora, y el móvil que de ella se deriva, es reflexivo (...)”<sup>75</sup>.

En autos ha quedado probado que los hechos, en cuanto al acusado y sus cómplices se refiere, no se dieron de modo sorpresivo o repentino, sino que desde su propia naturaleza requería una concertación de voluntades y coordinación de acciones para enriquecerse, se clasifica como uno de codicia. El móvil, así descrito, queda configurado .

En lo que al grado de culpabilidad se refiere, debe tenerse presente que al momento de los hecho el acusado, tenía la condición de oficial de la más alta graduación del Ejército Peruano; por ello se encontraba en plena capacidad de conocer la significación de su conducta, su contradicción con el ordenamiento, lo mismo que sus cómplices por las razones ya explicadas.

Inhabilitación:

El señor Fiscal Superior solicitó que se imponga al procesado tres años de inhabilitación; y aunque no especificó su naturaleza, el tipo lo estable con los incisos 1 y 2 del artículo 36° del Código Penal:

1. Privación de la función, cargo o comisión que ejercía el condenado, aunque provenga de elección popular;
- Incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público;

En Acuerdo Plenario N° 2-2008/CJ-116 de dieciocho de Julio del año dos mil ocho la Corte Suprema de Justicia de la República ha esclarecido que:

“(…) La pena de inhabilitación consiste en la privación, suspensión o incapacitación de uno o más derechos políticos, económicos, profesionales y civiles del penado. A través de esta pena se sanciona a quien ha infraccionado un deber especial propio de su cargo, función, profesión, comercio, industria o relación familiar; o a quién se ha prevalido de su posición de poder o de dominio para delinquir (...)”

En el mismo Acuerdo, la Corte Suprema ha establecido que la pena de inhabilitación que se impone a los funcionarios públicos en el ámbito de los Delitos Contra la Administración Pública constituye siempre una pena principal; siendo así, su límite temporal es el establecido en el artículo 38° del Código Penal: *“La inhabilitación principal se extiende de seis (6) meses a cinco (5) años, salvo en los casos a los que se refiere el segundo párrafo del numeral 6) del artículo 36, en la que es definitiva”*.

Dijo esta sala al expedir sentencia en los ya citados procesos 04-2001 y 84-2008:

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*

<sup>75</sup> DEI MALATESTA, Framarino. LÓGICA DE LAS PRUEBAS EN MATERIA CRIMINAL, tomo I, Editorial Temis S.A., Bogotá –Colombia 2002, página 305.

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 mas bien, actuando dentro del marco constitucional y democrático del proceso penal, lo que corresponde es la reparación in natura por parte de los órganos jurisdiccionales que consiste en emitir en el plazo mas 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 (...)."

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 proceso penal (...)."

Frente al alegado reclamo de los acusados en proceso de garantía constitucional, de haberse afectado el plazo razonable de su juzgamiento, que en el caso de autos se debió a la complejidad del proceso esencialmente en su aspecto técnico contable y en hecho ajeno el fallecimiento del señor perito que elaboró la pericia de parte. La actuación de actos positivos de defensa la sala no los limitó; 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, que al acusado Abraham Walter Cano Angulo se le procesa a título de autor y a doña Harold Walter, Sandro Yanick y Paola Yaneth Cano Gamarra a título de cómplices.

## **CAPÍTULO VII. DEL DAÑO CIVIL CAUSADO Y LA REPARACION CIVIL.**

31. Establecen los artículos 92 y 93 del Código Penal:

"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".

En Acuerdo Plenario N° 6-2006/CJ-116 (trece de Octubre del año dos mil seis), la Corte Suprema de Justicia de la República ha establecido:

"(...) 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 92° 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 a 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 –este último

precepto remite, en lo pertinente, a la 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 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 Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, página 27).

7. La reparación civil, que legalmente define el ámbito del objeto civil del proceso penal y 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 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 con 'ofensa penal' –lesión o puesta en peligro de un jurídico protegido, cuya base se encuentra en 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.

8. 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, radicada 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 la 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) (...).

32. Bajo el término "reparación civil" nuestro ordenamiento penal se refiere tanto a la "restitución" como "indemnización". La primera de tales formas constituye la reparación por antonomasia, in natura, la que se constituye por la devolución del bien, la rectificación por el honor y la reputación afectada, entre otros. La indemnización, en ocasiones como complemento, en ocasiones como sustitución de una restitución insatisfactoria o impracticable, constituye la forma de componer el perjuicio económico, la disminución del patrimonio e inclusive la compensación por daños que no pueden ser estimados ni valorados en dinero.

En efecto, definida así la reparación civil, el daño en este proceso ha sido de tipo patrimonial, también se ha afectado la imagen y confianza que la sociedad debe tener en una institución del Estado, a quien ha encargado su protección en el ámbito que le corresponde.

Se ha probado, que el nexo causal está constituido por las conductas dolosas del acusado y sus cómplices, debidamente probada en juicio oral y explicada en la parte correspondiente de esta sentencia.

En este orden, lo que sigue es la cuantificación de la indemnización, cometido nada simple si se tiene en cuenta que en este tipo de daño (que trasciende al propio Estado y afecta a la sociedad en general) los parámetros no están plenamente establecidos; no obstante, el monto de la indemnización debe ser estimado prudencialmente. La prudencia, que, entre otros, tiene por significado la cautela y la precaución, viene a significar que ante un tipo de daño de gran magnitud, pero respecto del cual no se dan pautas precisas de estimación y que tiene que ser reparado, la cuantificación debe ser tal que se tenga la seguridad de que no llegue a tener efectos confiscatorios, es decir, desproporcionada en exceso. La Sala, por consiguiente, considera que el monto solicitado por el Ministerio Público y la Procuraduría Pública se adecua al daño causado según el principio de Restitutio In Integrum, dentro de los límites que la naturaleza del daño permite.

#### **CAPÍTULO VIII.**

#### **DEL DESBALANCE PATRIMONIAL DEL ACUSADO ABRAHAM WALTER CANO ANGULO Y DEL DECOMISO.**

33. Las señoras magistradas que suscriben este voto en mayoría, siguiente el criterio contenido en la Ejecutoria Suprema RN. Nro.4245-2006 su fecha 15 de agosto de 2007, proceden a establecer el desbalance que se advierte en el patrimonio del acusado Cano Angulo.

<b>Remuneraciones Percibidas</b>	<b>MN</b>	<b>US\$</b>
<b>Años 1990 a 2000</b>	296,771.82	105,047.12
<b>Inversiones Préstamos Depósitos Bancarios</b>	799,025.02	1'225,027.00
<b>Dinero Depositado en cuentas bancarias de sus hijos</b>	<u>452,537.19</u>	<u>266,189.42</u>
<b>TOTAL</b>	1'251,562.20	1'491,216.40

34. 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) (...).”

35. Entienden las señoras juezas que suscriben este voto en mayoría que la sentencia que dictan y en su caso el Recurso de Nulidad si se interpusiera, pone fin a la persecución penal. El decomiso como consecuencia accesoria tratado en el título VI del Código Penal, se vincula generalmente aunque no exclusivamente a satisfacer el pago de la Reparación Civil (restitución), por lo que considera que al ordenar como lo hacen el decomiso de cuentas de ahorro, corrientes y otros títulos financieros o de cualquier otra índole, así como bienes muebles e inmuebles que se encuentren, en el país y el extranjero a nombre del acusado Abraham Walter Cano Angulo, sus cómplices Harold Walter, Sandro Yanick y Paola Yaneth Cano Gamarra, o de terceros que actúen o ejerzan su representación, satisfacen la obligación que tiene de hacer efectiva sus decisiones.

Asimismo se ordena el **DECOMISO** de los siguientes bienes:

**ACCIONES EN EMPRESAS:**

Las que poseen Abraham Walter Cano Angulo y Sandro Yanick Cano Gamarra, en la Empresa Rubén Marca S.A. **RUMASA**.

Las acciones que poseen Paola Yaneth, Sandro Yanick y Harold Walter Cano Gamarra en la Empresa Servicios Peruanos de Transportes S.A. **SEPTRANSA**.

Las acciones que poseen Harold Walter, Sandro Yanick y Paola Yaneth Cano Gamarra, en la Empresa Maderas y Materiales El Dorado S.A. **ELDOSA**.

Las acciones que poseen Sandro Yanick y Paola Yaneth Cano Gamarra, en la Empresa Paola Travel y Tours S.A.

**VEHICULOS:**

1. Ómnibus marca NISSAN CIVILIAN de Placa de Roda UO - 2748.
2. Ómnibus marca NISSAN CIVILIAN de Placa de Roda UO – 2747.
3. Camioneta Rural marca JEEP NISSAN de Placa de Rodaje RGV -923.
4. Ómnibus marca TOYOTA de Placa de Rodaje UG – 2469.
5. Ómnibus marca NISSAN CIVILIAN de Placa de Roda UO - 8028.
6. Vehículo marca LADA de Placa de Rodaje FO- 4383.

7. Vehículo marca PLYMOUTH de Placa de Rodaje C O- 6620.
8. Vehículo marca FORD Station Wagon año 1993 de Placa de Rodaje TO- 3896.
9. Vehículo marca TOYOTA Hi Ace de Placa de Rodaje RGC – 958.
10. Ómnibus marca HINO de Placa de Rodaje UG – 6975.

**INMUEBLES:**

1. Terreno ubicado en la Mz. 13, Lote 17 del Pueblo Joven 15 de Agosto, distrito de Paucarpata, Departamento de Arequipa. Identificado con Código de Predio Nro. PO 6040954.
  
2. Departamento Nro. 302 ubicado en la Av. San Borja Norte Nro. 1232 y el Estacionamiento Nro. 03 Primer Piso. Distrito de San Borja.