

#### **IV. DE LA FUNDAMENTACION JURIDICA**

##### **Del Tipo Penal de Enriquecimiento Ilícito**

1. Estando a lo antes expuesto corresponde a la Sala emitir pronunciamiento respecto a las alegaciones de la defensa del procesado Juan Yanqui Cervantes - Sesión 292 de fecha 11 de Mayo último -, en el sentido que "...Por el principio acusatorio [se] establece que la acusación es el objeto del proceso penal, los hechos que contiene la acusación, las pruebas que contiene (...), la calificación que tiene (...), es vinculante, inmutable para ustedes, (...) no la pueden variar, porque incurrirían en nulidad, si emiten una resolución corrigiendo, enmendando, subsanando los errores del señor representante del Ministerio Público, es inexorable para ustedes expedir una Resolución Absolutoria ante cualquier duda o ante esa circunstancia, es altamente conocida la normatividad que sustenta ese principio, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Constitucional, expedida en el expediente dos mil cinco – dos mil seis, que establece o consagra el Principio Acusatorio en los términos que he expuesto como un derecho constitucional implícito, (...) lo recoge (...), la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en la Sentencia Vinculante número dieciséis setenta y ocho – dos mil seis, publicada el cuatro de mayo del dos mil seis, [donde se] desarrolla casualmente el contenido del principio que estoy mencionando, (...) y también está recogida en la normatividad positiva, en el artículo dos ocho cinco – A, del Código de Procedimientos Penales, que establece que la sentencia condenatoria no podrá sobrepasar el hecho y las circunstancias fijadas en la acusación. (...) y aún para el propio representante del Ministerio Público, los términos de la acusación escrita son vinculantes, por ello el artículo dos siete tres del Código de Procedimientos Penales, establece que la acusación oral, debe mantenerse dentro de los límites fijados por el escrito de acusación, es decir, la pretensión penal que formula el señor representante del Ministerio Público, en cuanto a los hechos, en cuanto a las pruebas y en cuanto a la calificación jurídica, en este momento es inmutable, pudo haber sido variado, pero ya resultaría extemporáneo, es vinculante e inmutable. (...), corresponde conocer siguiendo el principio acusatorio, cuál es el delito, cuáles son los hechos y cuál es la prueba que sustenta, (...) el señor representante del Ministerio Público, en cuanto (...) le imputa el delito de Enriquecimiento Ilícito, tipificado en el artículo cuatrocientos uno, pero en su texto original, antes de ser modificado por la Ley veintiocho tres cinco cinco del seis de octubre del dos mil cuatro, (...) este proceso se inició en el año dos mil uno, sobre hechos que corresponden del noventa y dos al dos mil. ¿Qué decía el texto original? "El funcionario o servidor público que por razón de su cargo se enriquece ilícitamente será sancionado". Ésa es la descripción, el contenido legal del delito de Enriquecimiento Ilícito. (...) "1. Hechos - de la acusación escrita - del análisis de la diligencias actuadas durante las investigaciones preliminares y la etapa de instrucción, se determina lo siguiente: **numeral ocho, que Juan Yanqui Cervantes, Oficial del Ejército Peruano en retiro, quien fuera favorecido por Vladimiro Montesinos Torres, colocándolo en puestos claves dentro de su institución - estoy leyendo lo que dice la Acusación Escrita - como Director de la Dirección de Inteligencia del Ejército, desde mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho; luego en mil novecientos noventa y nueve fue nombrado Comandante de la Región Militar de Bagua y Comandante**

**General del Comando de Instrucción y Doctrina del Ejército – COINDE - repito, estoy leyendo lo que dice la acusación escrita - habiendo conocido agrega a Vladimiro Montesinos Torres, cuando en mil novecientos noventa y cuatro fue designado como Director Nacional del Frente Interno en el Servicio de Inteligencia Nacional, siendo durante el desempeño como Oficial Militar que ha adquirido diversas propiedades en sociedad conyugal, además de abrir cuentas bancarias a su nombre, en forma conjunta con su esposa Carmen Julia Martínez (...). Sin embargo, (...), se evidencia un desbalance patrimonial entre los ingresos debidamente obtenidos por el mencionado Oficial, el dinero y las inversiones o egresos realizados durante el periodo noventa y dos al dos mil".** Es decir, podemos observar de acuerdo a los hechos que expone la Acusación Fiscal, que el Enriquecimiento Ilícito está vinculado a partir del cargo de Director de la Dirección de Inteligencia del Ejército desde mil novecientos noventa y seis, no se está mencionando el cargo como Agregado Militar del noventa y dos al noventa y tres, y se está mencionando el cargo como Sub Jefe del SIN en el año noventa y cuatro, de acuerdo al planteamiento fáctico del señor representante del Ministerio Público, el desbalance estaría vinculado a partir del cargo de Director del DINTE del año noventa y seis..."(según lo expuesto por su abogado defensor en la Sesión que se indica).

2. Que en el cuestionamiento así formulado subyace una postura particular de la defensa en relación a la configuración fáctica correspondiente a la formulación típica primigenia del delito de Enriquecimiento Ilícito, esto es, la vigente al momento de los hechos; lo cual exige determinar si efectivamente dicho delito prevé o no como supuesto de hecho lo que plantea el recurrente.
3. Que, en tal sentido, remitiéndonos al artículo 401° del Código Penal en su regulación primigenia, se tiene que la descripción típica del delito en referencia se encontraba formulada en los siguientes términos: "... [será reprimido penalmente] El funcionario o servidor público, que por razón de su cargo, se enriquece ilícitamente ...".
4. Examinando las precisiones que sobre dicha formulación típica ha efectuado la Doctrina Nacional, cabe significar que se ha señalado lo siguiente: "... El artículo 401° del Código Penal hace mención a una forma determinada de enriquecimiento ilícito tanto en función al sujeto que se enriquece como al modo en que se produce; así la figura en estudio es atribuible sólo al sujeto público (funcionario y/o servidor) que por razón de su cargo hace un incremento ilícito de su patrimonio, [siendo que] (...) enriquecerse por razón del cargo de modo ilícito hace alusión a que el funcionario o servidor abusa de su cuota de poder, se vale y utiliza su puesto para lucrar con él. Tal es la vinculación necesaria entre el dato objeto del acrecentamiento patrimonial con la imputación penal por el tipo de enriquecimiento ilícito ..." [294].
5. Que el origen del incremento patrimonial a partir del cargo ejercido se corresponde evidentemente con la ubicación sistemática de dicho ilícito dentro del rubro de los "delitos Contra la Administración Pública"; empero, como también lo ha indicado la Doctrina la figura en referencia, a diferencia de los demás tipos penales que protegen el mismo bien jurídico "...no describe un

---

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

“acto” , sino una “situación” determinada...”<sup>[295]</sup>, en la 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>[296]</sup>; resaltándose por ende ser consustancial a este delito el que “... en su naturaleza [misma] reside precisamente la necesidad de demostrar[se] [dicha litud] 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>[297]</sup>

6. Dicho en otros términos, “... si el enriquecimiento, es decir, el marcado y ostensible contraste entre lo que se tuvo antes del acceso al cargo y lo que se tiene durante o después de él, es el contenido material del delito en estudio, en cambio la ilicitud (...) es el componente formal que [también lo] integra ...”; relievándose que “... La ilicitud es formal, por cuanto no es objeto de la norma penal [de enriquecimiento] (...) el verificar cuáles han sido los bienes jurídicos lesionados (...), tampoco el efectuar una pormenorizada mención de los ilícitos configuradores del proceso de enriquecimiento ilícito. Interesa tan sólo la ilicitud penal del resultado “enriquecimiento”, es decir, demostrar que su procedencia u obtención no ha seguido u observado los cauces permitidos y permisibles ni se debe a factores socialmente ajustados (herencias, negocios familiares, premios, etc.) ...”<sup>[298]</sup>
7. Lo antes señalado se corresponde con la consabida subsidiareidad del delito de Enriquecimiento Ilícito, el que opera precisamente en defecto del procesamiento por otros ilícitos penales Contra la Administración Pública, siendo esta nota distintiva absolutamente inherente al referido ilícito; no resultando válido por ende que pueda sostenerse que tal característica esté condicionada a las variantes en la redacción de su formulación típica.
  - 7.1. La Doctrina al precisar los alcances de la formulación típica introducida por la Ley N° 27482 (Pub. el 16.06.2001) <sup>[299]</sup> señaló: “...Antes de la reforma mediante Ley N° 27482 [entiéndase, estando vigente la formulación típica primigenia] la legislación nacional **no ofrecía parámetros objetivos para delimitar el concepto de enriquecimiento**, por lo que era necesario acudir a otros referentes normativos para dotar de contenido al término. (...) Del pf. 2 (...) se deduce que para medir este incremento será necesario tomar en cuenta la declaración jurada del funcionario público ...” <sup>[300]</sup>.

---

<sup>[295]</sup> Manuel A. Abanto Vásquez: “Los Delitos Contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano”, Editorial Palestra, 2ª Edición, **Abril – 2003**, Pag. 541

<sup>[296]</sup> ob. cit. Pag. 548

<sup>[297]</sup> ob. cit. Pag. 549

<sup>[298]</sup> Fidel Rojas Vargas. Ob. cit. Pag. 468

<sup>[299]</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>[300]</sup> Dino Carlos Caro Coria y otros: “Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir”, Jurista Editores, **Abril -2002**, Pag. 207

- 7.2. A partir de lo antes puntualizado, se entiende que el alcance de la variante incorporada por la Ley en referencia sólo se circunscribía a incluir un “parámetro objetivo” de delimitación del resultado material: incremento patrimonial, mas en modo alguno importaba la regulación de una conducta diferente a la precedentemente ponderada como subyacente al delito.
- 7.3. Al precisar la Doctrina Nacional los alcances de la formulación típica introducida por la Ley N° 28355 (Pub. el 06.10.2004)<sup>[301]</sup> el tratadista Fidel Rojas Vargas ha significado lo siguiente: “... La redacción anterior del tipo penal de enriquecimiento ilícito contenía la frase por razón del cargo (...) la nueva redacción ha eliminado esta vinculación funcional de la acción de incremento patrimonial para referirse en cláusula abierta al hecho del funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, con lo cual **pareciera que el legislador ha querido cubrir el amplio espectro de ilicitudes que provocan aumento patrimonial y que el sujeto público no puede justificar. Con ello el tipo penal se ha convertido en un tipo indeterminado en grado aún mayor que el que regía antes de la reforma**, ya que es difícil interpretar que el ejercicio de la función cumpla el rol delimitador de la relevancia del incremento, ya que ello está colocado solamente como un referente de los ingresos legítimos, no como un filtro de tipicidad ...”<sup>[302]</sup>.
- 7.4. Es de inferirse de lo anterior que lejos de predicarse que la formulación típica vigente a la fecha tiene por regulado un injusto diferente a las versiones anteriores del delito de Enriquecimiento Ilícito, lo que se relleva mas bien es la acentuación de su subsidiariedad.
8. Así entonces, es evidente que la defensa al relacionar la instrumentalización del cargo como medio del enriquecimiento ilícito, con una pretensión de que se demuestre, primero, la inconducta funcional específica perpetrada por el agente, y luego, la vinculación o nexo entre dicha inconducta y el acrecentamiento de su patrimonio; en puridad, lo que pretende es que se acrediten cada uno de los actos ilícitos perpetrados en el ejercicio del cargo que le permitieron o posibilitaron incorporar bienes a su patrimonio, lo cual no solamente importa asociar al delito de enriquecimiento ilícito un sustrato fáctico que, en modo alguno, puede desprenderse de la norma penal en referencia ni en su formulación primigenia ni en las ulteriores, sino que, además, resulta manifiestamente incongruente con el delito en cuestión, el cual opera precisamente como subsidiario por cuanto la misma operatividad de éste se activa en ausencia del procesamiento por otros delitos funcionales en particular.

---

<sup>[301]</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 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>[302]</sup> Fidel Rojas Vargas: “Delitos Contra la Administración Pública” **4° Edición**. Editora Grijley. **Enero-2008**, Pag. 848

9. Por lo demás, respecto al momento consumativo del referido ilícito penal cabe precisar que el artículo 401° del Código Penal, al definir esa figura penal, exige que el funcionario o servidor público, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente, en tanto **delito comisivo y de resultado** se consume cuando el agente logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico – que puede ser tanto un aumento del activo como disminución del pasivo – por lo que, a los efectos de la concreción del enriquecimiento, es de entender que **el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio**<sup>[303]</sup>.
10. Precisadas las exigencias previstas en el tipo penal de Enriquecimiento Ilícito, es de destacar que de cara a determinar la ilicitud o no del incremento patrimonial atribuido, a nivel jurisprudencial se ha establecido una suerte de proceso lógico para concluir que un funcionario o servidor público se ha enriquecido ilícitamente, el mismo que, según se ha relevado, estriba en 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<sup>[304]</sup>, dicho iter probatorio ha sido observado.
11. Que en lo atinente a lo sostenido por la defensa en el sentido de que de acuerdo a lo que expone el Fiscal en su Acusación por el delito de Enriquecimiento Ilícito contra el acusado Juan Yanqui Cervantes, se encontraría vinculado a partir del cargo de Director de la Dirección de Inteligencia del Ejército, desde mil novecientos noventa y seis, no mencionándose el cargo como Agregado de Militar desde el año mil novecientos noventa y dos al noventa y tres, refiriéndose al cargo de Subjefe del SIN en el año noventa y cuatro, por lo que de acuerdo al planteamiento fáctico del señor Representante del Ministerio Público, el desbalance estaría vinculado a partir de su cargo de Director de la DINTE desde el año noventa y seis.
12. En relación a esta última argumentación, no obstante que de la lectura que hizo el señor abogado de la acusación escrita contra “Juan Yanqui Cervantes” precisando que: “...durante el desempeño como oficial militar (ha adquirido diversas propiedades en sociedad conyugal, además de abrir cuentas bancarias a su nombre, en forma conjunta con su esposa Carmen Julia Martínez). Sin embargo se evidencia un desbalance patrimonial entre los ingresos debidamente obtenidos por el mencionado oficial, el dinero, las inversiones y egresos realizados durante el periodo noventa al dos mil...”; debe concluirse que el señor Fiscal delimitó el espacio temporal en que se cometió el delito, el mismo que se corresponde con el que fuera objeto de actividad probatoria en el juicio oral, por lo que la Sala debe procesar conforme lo ha hecho en sentencias ya dictadas.

---

<sup>[303]</sup> Ejecutoria Suprema del 30 de Diciembre del 2004, R.N.N° 2976-2004, Sala Penal Permanente.

<sup>[304]</sup> Ejecutoria Suprema del 15 de Agosto del 2007, R.N.N 4245 -206-Lima, Primera Sala Penal Transitoria.

Significándose que la relación esencial de provisionalidad y definición entre la acusación escrita y oral, y su vinculación a la pretensión penal sometida a su conocimiento y jurisdicción por el Ministerio Público que de manera expresa precisa que el periodo de investigación data desde el año mil novecientos noventa al dos mil.

13. Que la Sala considera lo siguiente, de conformidad con el artículo doscientos setenta y tres del Código de Procedimientos Penales, se precisa que “el Fiscal expondrá los hechos que considera probados en el juicio y su calificación legal, la responsabilidad del acusado y la civil que afecta a terceros, y todas las consideraciones conducentes a ilustrar al tribunal; pero manteniéndose dentro de los límites fijados por el escrito de acusación. Concluirá planteando los hechos sobre los que debe pronunciarse el tribunal (pidiendo la pena que juzgue legal y la indemnización que corresponde).
14. Que, la limitación a que la norma se refiere se entiende en relación con el resultado del debate oral, sostener lo contrario significa el fijar los términos de la acusación a los actos investigatorios de la instrucción y, por ende, la negación del sentido mismo del juicio oral y su utilidad.
15. No obstante los hechos que fueron propuestos en la acusación escrita ad portas del juicio oral y sobre todo los que versará la actividad probatoria (evidentemente; en consideración de los cuales la parte acusada estructuró su defensa), no pueden ser esencialmente modificados por el Ministerio Público, salvo permisión normativamente prevista como la contenida en el artículo doscientos sesenta y tres del Código de Procedimientos Penales, según modificación del Decreto Legislativo número novecientos ochenta y tres, y eso hasta antes de la acusación oral.
16. Sobre el particular cabe recordar el precedente vinculante establecido en la Queja número 1678 – 2006 Lima. Que respecto al principio acusatorio señala “entre las notas esenciales de dicho principio en lo que es relevante al presente caso, se encuentra, en primer lugar, que el objeto del proceso, lo fije el Ministerio Público, es decir, los hechos que determina la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el Fiscal, de suerte que el objeto se concrete en la Acusación Fiscal – que a su vez debe relacionarse aunque con un carácter relativo en orden a la propia evolución del sumario judicial con la denuncia Fiscal y el Auto Apertorio de Instrucción que sencillamente aprueba la promoción de la acción penal ejercida por el Fiscal, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos (...) Que (...) el objeto del proceso se concreta en el dictamen final del Ministerio Público, que cuando es acusatorio introduce la pretensión penal, que a su vez está definida en su aspecto objetivo por la denominada “fundamentación fáctica”, esto es, el hecho punible, el hecho histórico subsumible, es un tipo penal de carácter homogéneo – esos hechos son formulados por el Ministerio Público a una persona determinada y en su definición o concreción no puede intervenir el órgano jurisdiccional...”
17. Que estando a las consideraciones expuesta, habiéndose establecido y delimitado el periodo materia de investigación (1990 al 2000), desde la instrucción, establecida también por el Ministerio Público, no resulta admisible lo alegado por la defensa del acusado Yanqui Cervantes, porque no se ha producido ninguna variación ni alteración al respecto.

18. Luego de la evaluación realizadas sobre los hechos imputados y probados mediante la actuación probatoria durante el decurso del juicio oral, es necesario examinar si el acusado **Juan Yanqui Cervantes** configura el ilícito que nos ocupa, para lo cual estableceremos si su accionar reúne los elementos del ilícito.
19. A lo largo de juicio oral ha quedado demostrado que el procesado arroja un desbalance patrimonial ascendente a **US\$ 87,700.69**, no habiendo explicado satisfactoriamente el origen del dinero utilizado para el incremento patrimonial durante los años 1990 al 2000, que excede significativamente sus ingresos legítimos.
20. Que habiéndose establecido con la prueba actuada: **[i]** que el desbalance patrimonial del funcionario público procesado Juan Yanqui Cervantes (por tener la calidad indicada en el inciso 5, del artículo 425° del Código Penal) se produjo cuando mantenía vínculo funcional con el Estado (periodo 1990 al 2000), y **[ii]** que no se ha podido determinar razonablemente la existencia de otra fuente de ingresos lícitos, a parte de las reconocidas, acreditadas – que expliquen la procedencia de sus ingresos lícitos, por tanto, **ha quedado desvirtuada la presunción de inocencia**, razón por la cual este Colegiado dicta la sentencia condenatoria.