

LA SECRETARIA QUE SUSCRIBE CERTIFICA QUE EL VOTO EN DISCORDIA DE LA DOCTORA PIEDRA ROJAS, es como sigue:

PRIMERO: SOBRE LA ESTRUCTURA DEL DELITO DE ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO.-

A.- BIEN JURIDICO.

1. A través de este tipo penal se resguarda el interés público por las cualidades que deben poseer los funcionarios públicos, de probidad, desinterés, capacidad, competencia, disciplina, reserva, imparcialidad, fidelidad, que se traducen en el desempeño de su labor, que se pretende ordenada, decorosa y eficaz; protegiéndose asimismo la seguridad y libertad que el ejercicio de la actividad pública, administración, requiere, mediante el respeto recíproco de las relaciones que se generan entre la Administración y los particulares.

2. En esta línea de pensamiento el **Recurso de Nulidad Nro. 09-2001 del 16 de Mayo del 2003** señala que “lo que se lesiona en el delito de Enriquecimiento Ilícito es el bien jurídico penal “administración pública”, el mismo que significa: ejercicio de funciones públicas, observancia de los deberes de cargo o empleo, continuidad y desenvolvimiento normal de dicho ejercicio, prestigio y dignidad de la función, probidad y honradez de sus agentes y protección del patrimonio público. (...) no siendo los cargos y empleos públicos una fuente de enriquecimiento económico o lucro, resultando intolerable para el ordenamiento jurídico y la moral colectiva el uso del cargo o función para acumular o hacer ilícitamente riqueza, teniendo como fuente generadora una diversidad de actos, prestaciones y comportamientos

que son considerados contrarios a las normas jurídicas y/o sociales.”¹

B.- NATURALEZA DEL DELITO

3. Cabe destacar que el artículo 401 del Código Penal contiene un delito de los denominados “especiales”, esto es, aquellos cuyo sujeto activo debe reunir determinadas características que no son comunes a todos los ciudadanos, por lo que el marco normativo desde el cual se analice la figura allí contenida responderá a la regulación que se efectúa de determinadas exigencias de índole constitucional que se corresponden con los principios de transparencia y publicidad de los actos de gobierno que se desprenden de la adopción del sistema republicano.

4. Conforme lo precisa la citada Ejecutoria Suprema 09-2001 “el Enriquecimiento Ilícito es un delito de índole comisivo, activo, de resultado y condicionado, que se consuma en la circunstancia en que exista un **incremento significativo y contrastante** en la medida que el mismo es producto de actividades no ajustadas a derecho en el contexto del desarrollo temporal o ultratemporal del cargo o empleo público”.

C.- SOBRE LA CONDUCTA PROHIBIDA.-

5. Podría aseverarse, liminarmente, que la disposición legal contenida en el Art. 401 del CP, no se endereza a la represión penal del funcionario honesto que puede verse

¹ Anales Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, Año Judicial 2003, Tomo XCII; Edición Centro de Investigaciones Judiciales – Área de Investigación y Publicaciones, Lima – Perú 2007.

comprometido ante un aumento de su patrimonio por sospechas malévolas, sino que se trata de prevenir conductas anormales que persigan el logro de esos aumentos patrimoniales en violación del bien jurídico protegido antes descrito.

6. La esencia del tipo penal radica en la presencia de un **“enriquecimiento patrimonial apreciable”** -y además injustificado-, expresión con la cual, cabe adelantar, no se está haciendo referencia, en primer término, al mero enriquecimiento obtenido en el período fijado por la ley, aún cuando pueda considerarse importante, sino que se expresa que ese incremento patrimonial debe ser **“apreciable”**.
7. Ese incremento debe entenderse como el que resulta significativo con relación a la situación económica del agente en el momento de asumir el cargo y que no está de acuerdo con las posibilidades de evolución normal de aquélla durante el tiempo del desempeño de la función.
8. Una guía aceptable para determinar ese carácter apreciable del enriquecimiento “la constituiría el análisis de la proporción que resulte al relacionar el volumen del enriquecimiento con las entradas y bienes de fortuna que se le conocen al funcionario; de modo que el aumento pueda ser considerado como normal o no en la evaluación económica de ese patrimonio”; por lo que, “sólo la apreciación de cada caso particular podrá dar la pauta”. Ese aumento patrimonial, entonces, debe ser el desproporcionado respecto de sus ingresos legítimos.
9. Esta significación dada a la acción contenida en el tipo penal objetivo se ve reforzada por la Convención Interamericana

contra la Corrupción², que en su artículo IX³, al calificar el incremento del patrimonio que en términos penales debe resultar relevante, hace referencia, al **“significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos” y “que no pueda ser razonablemente justificado por él”**; expresión que otorga un nuevo argumento para definir el contenido del término “apreciable”, sin perjuicio del reconocido ámbito de discrecionalidad que permite esta clase de términos -que no arrojan, en principio, una regla precisa, sino que la precisión resulta clara cuando deben ser analizados, específicamente, en cada caso.

10. Atento a que la acción típica consiste en enriquecerse de modo apreciable e injustificado, lo ilícito, lo que la ley prohíbe, es precisamente acrecentar el patrimonio de manera desproporcionada en relación con los ingresos legítimos del funcionario. Es en esa “desproporción” en donde radica lo indebido del enriquecimiento. Es por ello que, por ejemplo, no habrá tipicidad si logran demostrar, el fiscal o la defensa, la causa de tal enriquecimiento, esto es su origen legítimo.

11. El delito se configura, entonces, con la acción de enriquecerse patrimonialmente de manera apreciable e injustificada durante el ejercicio de la función pública, quebrando asimismo la rectitud requerida en esta. Pero esta

² <http://www.oas.org/Juridico/spanish/Tratados/b-58.html>

³**Artículo IX** Enriquecimiento ilícito: “Con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptarán las medidas necesarias para tipificar en su legislación como delito, el incremento del patrimonio de un funcionario público con significativo exceso respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda ser razonablemente justificado por él.

Entre aquellos Estados Partes que hayan tipificado el delito de enriquecimiento ilícito, éste será considerado un acto de corrupción para los propósitos de la presente Convención.

Aquel Estado Parte que no haya tipificado el enriquecimiento ilícito brindará la asistencia y cooperación previstas en esta Convención, en relación con este delito, en la medida en que sus leyes lo permitan”

injustificación, no es, por definición, la que proviene del funcionario cuando es requerido para que justifique ese enriquecimiento, sino la que resulta en principio de la comprobación -en base a las pruebas colectadas en el juicio- de que no encuentra sustento en los ingresos registrados del agente; y, en definitiva, cuando ese aumento del patrimonio excede crecidamente y con evidencia las posibilidades económicas provenientes de los ingresos legítimos del sujeto, es decir, sin justa causa comprobada. **De modo que no se castiga sobre la base de una presunción, sino por el hecho cierto y comprobado de que el funcionario se enriqueció durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable e injustificado.**

12. Definida cuál es la acción que conforma la esencia del tipo penal en estudio, puede concluirse que no se trata entonces de un delito que se configure por la mera no justificación por parte de un funcionario o empleado público de un enriquecimiento considerable. Ello por cuanto cabe partir, a fuerza de resultar reiterativos, de que el tipo penal no está conformado por la no justificación, de quien haya sido debidamente requerido, del origen de un enriquecimiento patrimonial apreciable -suyo o de persona interpuesta para disimularlo-; sino por la acción de haberse enriquecido de ese modo y que no resulte justificado objetivamente. Esto implica que corresponde al Estado probar este extremo de la imputación delictiva fundada en los términos del artículo 401 del Código Penal, acreditando el injustificado enriquecimiento apreciable vinculado al ejercicio de la función pública (en el sentido de que no pudo concluirse como derivado o proveniente de sus haberes u otras fuentes lícitas).

13. De esta manera el núcleo del injusto típico está dado por el enriquecimiento apreciable objetivamente injustificado, lo cual nos acerca, antes bien, al campo de los delitos de acción. Ello es así, en tanto que lo que se castiga en definitiva, es el hecho comprobado, en base a los datos objetivos colectados en el juicio, de que el funcionario se ha enriquecido durante el ejercicio de la función pública de modo apreciable y sin razón alguna que permita considerar acreditada una fuente legítima (documentación, peritajes contables, testimonios, etc.).

14. Es decir, que el enriquecimiento del funcionario debe carecer de justificación por no encontrarse originado en una fuente legítima compatible con el desempeño de su cargo. Se debe precisar de que el enriquecimiento apreciable e injustificado del cual venimos hablando, si se permite el término, es objetivo en el sentido de que no tiene que ver con la negativa a justificar o deficiente justificación por parte del funcionario -después de haber sido debidamente requerido-, sino con una comprobación que determina la existencia de un acrecentamiento patrimonial apreciable en forma injustificada en comparación con los ingresos legítimos del funcionario.

D.- DELITO RESIDUAL

15. El carácter subsidiario del delito de Enriquecimiento Ilícito, reposa en gran medida por la dificultad de la prueba. En realidad los procedimientos por los cuales se produce el enriquecimiento son invariablemente delictivos en sí mismos: el Cohecho, la Exacción, la Negociación Incompatible, el

Peculado, el Abuso de Autoridad, la Extorsión (...)⁴. La frecuencia e intensidad con que los funcionarios públicos aumentan su estado patrimonial durante el ejercicio de su cargo, presumiblemente por hechos delictivos (Cohecho, Malversación, Negociaciones Incompatibles en el ejercicio de funciones públicas, prevaricación), sin que resulte fácil determinar el hecho punible concreto, y mucho menos uno que pueda ser judicialmente (comprobado)⁵ inspiran el delito en cuestión. El tipo penal del Enriquecimiento Ilícito, constituye en últimas circunstancias la forma como el legislador le sale al paso al servidor público corrupto, a quien no puede probarse la comisión de otro delito contra la Administración Pública susceptible de enriquecer su patrimonio⁶, si la prueba no permite establecer con precisión si el incremento patrimonial fue producto de un Peculado, de un Cohecho, de una Concusión, etc., habría necesidad de absolverlo sino existiera en el Código la figura de Enriquecimiento Ilícito, concebida precisamente para suplir esta falta de precisión probatoria⁷.

- 16.** En la doctrina Nacional se reconoce también el carácter subsidiario o complementario de la norma⁸; estamos pues, ante un tipo residual auténtico⁹, y de esta manera, no es posible que concorra con figuras delictivas afines¹⁰. El Enriquecimiento Ilícito no debe provenir de otros delitos funcionales, como actos de Corrupción Pasiva, actos

⁴ Sebastián Soler, Derecho Penal Argentino, TEZ, Buenos Aires, Argentina, 1978, p. 204.

⁵ Marcelo A. Sancinetti, El delito de Enriquecimiento Público de Funcionario Público, 2º Ed., Buenos Aires Argentina, p.17.

⁶ William Rene Parra Gutiérrez, Delitos contra la Administración Pública, Ediciones Librería del Profesional, Bogota, Colombia, 1988, p. 164.

⁷ Alfonso Gomez Mendez, Delitos contra la Administración Pública, Universidad Externado de Colombia, Bogota, Colombia, 2000, p. 255.

⁸ Fidel Rojas Vargas, Delitos contra la Administración Pública, Grijley, Lima, Perú, 2001, p. 466.

⁹ Manuel Abanto Vásquez, Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano, Palestra Editores, Lima, Perú, 2001, p. 484.

¹⁰ Manuel Frisancho Aparicio y A. Raúl Peña Cabrera, Delitos contra la Administración Pública, Editora FECAT, Lima, Perú, 1999, p. 358.

de Peculado o actos de Concusión. Solo en la medida en que el enriquecimiento no se deba a la comisión de otro delito funcional, será posible invocar la tipicidad del artículo cuatrocientos uno del Código Penal.¹¹

- 17.** Este carácter subsidiario ha sido compartido por esta Sala Penal en la Sentencia 27-2002 cuando se dejó sentado “...se corresponde con la consabida subsidiariedad del delito de Enriquecimiento Ilícito, el que opera precisamente en defecto del procesamiento por otros ilícitos penales Contra la Administración Pública, siendo esta nota distintiva absolutamente inherente al referido ilícito; no resultando válido por ende que pueda sostenerse que tal característica esté condicionada a las variantes en la redacción de su formulación típica”.

E.- MOMENTO DE LA CONSUMACION

- 18.** El artículo 401 del Código Penal vigente a la fecha de los hechos señala: “ **El funcionario o servidor publico 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**”.
- 19.** De la redacción de la norma se tiene que el delito se consume cuando el funcionario se enriquece de manera apreciable e injustificada en sus ingresos legítimos.

¹¹ Víctor Prado Saldarriaga. Todo sobre el Código Penal, Tomo I, Ideosa, Lima Perú, 1996, p.291.

20. Esta Sala Penal en la sentencia recaída en el Expediente 27-2002-SPE/CSJL¹² de fecha 21 de Junio del 2004, señaló: “En relación a la consumación de los delitos de apoderamiento “...constituye hoy posición dominante la Teoría de la Disponibilidad, según la cual el delito se consuma cuando el autor tenga la posibilidad de disponer de la cosa como dueño, es decir cuando sea posible el ejercicio de facultades de carácter dominical. La Teoría de la Disponibilidad constituye un término medio entre quienes querían cifrar la consumación (...) en la contrectatio – de modo que el hecho se consumaría con el simple tocar la cosa por parte de sujeto activo -, y quienes, por el contrario, exigían para la consumación la illatio, que implicaría la ventaja patrimonial obtenida con la efectiva incorporación de la cosa al propio patrimonio del sujeto activo (...) La teoría de la disponibilidad, que exige solo la posibilidad del ejercicio de las facultades dominicales, significa una interesante posición teórica para resolver las dificultades prácticas de determinación del momento de la consumación en los delitos de apoderamiento, pero hemos de reconocer que no evita la necesidad de hacer un estudio casuístico de la cuestión...” (Miguel Bajo Fernández, “Manual de Derecho Penal, Parte Especial”, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid- 1983, pag. 33 -34), posición que siguió la Sala cuando expidió sentencia en el ya citado Expediente número 010-2001/SPE-CSJ (vigésimo considerando).”¹³

¹² Sentencia recaída en el proceso 27-2002, seguido contra Rodríguez Huertas y otros por el delito contra la Administración Pública-corrupción de funcionarios -enriquecimiento ilícito en agravio del Estado.

¹³ Sentencia recaída en el expediente Nro. 10-2001. “Caso Bedoya” del 29 de Mayo del 2003. “Vigésimo.- que siguiendo esta línea argumental, respecto a la fase consumativa del delito de peculado por apropiación, materia de juzgamiento, debe puntualizarse que se trata de un hecho criminal global cometido en los marcos de un aparato organizado de Poder Estatal, en el que el acusado Vladimiro Montesinos Torres tiene una actuación de primer nivel, fue quien decidió la apropiación de fondos para su cómplice Bedoya de Vivanco, que se lo solicitó al hacerle entrega de un presupuesto, que según refiere era para gastos de su campaña política. Cabe agregar que el tipo penal de peculado exige que la apropiación sea para si o para otro, siendo este un

21. La Suprema Corte al respecto se ha pronunciado en el RN No.2976-2004 precisando “...figura penal, exige que el funcionario o servidor publico, por razón de su cargo, se enriquezca ilícitamente, consecuentemente en tanto delito comisivo y de resultado **se consume cuando el agente se enriquece ilícitamente, esto es, cuando logra un incremento real, significativo, de su patrimonio económico** –que puede ser tanto aumento del activo como disminución del pasivo- a través de fuentes delictivas no funcionales, de infracciones diversas –incluso disciplinarias- o de otras vías no conformes con el ordenamiento jurídico, de ahí su nota de ilicitud del enriquecimiento; que a efectos de la concreción del enriquecimiento es de entender que **el agente debe tener control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio**”.¹⁴

22. En igual sentido, esta Sala Penal en la sentencia recaída en el Expediente 27-2002¹⁵ del 23 de Octubre del 2008, precisó: “Por lo demás, respecto al momento consumativo del referido ilícito penal cabe precisar que el artículo 401 del Código Penal, al definir esta 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

elemento material del injusto y no subjetivo o trascendente, por lo que su consumación en estos casos requiere que el tercero efectivamente reciba el dinero apropiado, pues a él estaba destinado, de tal suerte que el delito se configura cuando los caudales **ingresan a la esfera de dominio patrimonial del tercero**”.

¹⁴ San Martín Castro, Cesar. Jurisprudencia y Precedente Penal Vinculante. Selección de Ejecutorias de la Corte Suprema . Editorial Palestra . Lima 2006 . Pag. 651.

¹⁵ Sentencia recaída en la causa seguida contra Winston Enrique Alfaro Vargas por delito contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios – Enriquecimiento Ilícito – en agravio del Estado.

de la concreción del enriquecimiento, es de entender que **el agente debe tener el control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio**”

23. Gálvez Villegas, señala que “... analizando el artículo en comentario, la acción típica está determinada por el verbo rector **“se enriquece”** o lo que es lo mismo **“enriquecerse”**, esto es, el **verbo reflexivo** formado a partir del verbo “enriquecer” y del pronombre “se”; en este sentido, al tratarse de un verbo reflexivo la acción determinada por éste la sufre o la recibe el propio sujeto que la realiza. Si hablamos de la acción de enriquecerse, estamos haciendo referencia a una conducta del sujeto, y no al resultado o consecuencia de esta conducta, que vendría a ser el estado de **enriquecimiento** producido, o estado posterior surgido a raíz de la realización de la conducta típica (...) no debemos confundir la acción típica con la situación o estado que se genera a partir de la realización de la misma; en este caso el estado de enriquecimiento producido luego de materializada la acción “enriquecerse” o “se enriquece”. (...) el hecho concreto o expresión objetiva de la acción típica anotada (se enriquece), está determinada por **la acción y efecto de INCORPORAR los bienes, derechos o activos materia del enriquecimiento, al patrimonio personal, familiar o de un tercero que actúa como persona interpuesta, o de extinguir o disminuir los pasivos** (cargas, gravámenes, deudas, etc.) **que integran el patrimonio.** (...) Esta incorporación de los bienes y activos al patrimonio, a la vez significa que el agente asume la titularidad de derechos reales de los bienes o activos materia del incremento patrimonial; que asume la nueva posición patrimonial con el pasivo disminuido. Esta acción de incorporación o de asunción de la nueva posición patrimonial, puede ser

instantánea o realizarse mediante una conducta periódica o continuada en el tiempo, y dependerá de esto para la determinación de la calidad del delito como instantáneo o como continuado”.¹⁶

24. En tal sentido, la suscrita sostiene que el delito de enriquecimiento ilícito es de carácter instantáneo pudiendo configurarse, según el caso concreto, en un delito continuado.

25. El delito continuado constituye otra construcción de “la doctrina y la jurisprudencia (...), para evitar tener que admitir la concurrencia de varios hechos típicos constitutivos de otros tantos delitos cuando existe una unidad objetiva y/o subjetiva que permite ver a distintos actos, por si solo delictivos y no producidos en forma de unidad natural de acción, como parte de un proceso continuado unitario. Se habla en este caso de una unidad jurídica de acción”¹⁷. El delito continuado consiste en dos o mas acciones homogéneas, realizadas en distinto tiempo, pero en análogas ocasiones, que infringen la misma norma jurídica o norma de igual o semejante naturaleza. El delito continuado se caracteriza porque cada una de las acciones que lo constituyen representa ya de por si un delito consumado o intentado, pero todas ellas se valoran juntas como un solo delito.¹⁸

26. El delito continuado, exige la presencia de determinados elementos: **a) Objetivos:** Homogeneidad del bien jurídico lesionado. Homogeneidad de los modos de

¹⁶ Gálvez Villegas, Tomás Aladino. Delito de Enriquecimiento Ilícito. Editorial IDEMSA- Lima. Perú 2001. Pag. 121, 122, 123 y 124.

¹⁷ Jescheck, citado por Santiago Mir Puig, en Derecho Penal , Parte General, pg.657

¹⁸ Francisco Muñoz Conde, Derecho Penal, Parte General, Pág.491.

comisión del delito. Cierta conexión espacial y temporal; y, **b)** *Subjetivos*: la presencia de un dolo conjunto o designio criminal común a las diversas acciones realizadas.

27. En tal sentido, el delito de Enriquecimiento Ilícito se consume cuando al autor especial -Funcionario Público-, consigue enriquecerse, para lo cual se exige que ostente una relación de poder de control o dominio sobre los bienes que incrementan su patrimonio.

F.- TIPO SUBJETIVO

28. Se conceptúa al ilícito dentro de la categoría dogmática de los tipos dolosos activos, presentándolo a través de una acción típica que consiste en el enriquecimiento patrimonial apreciable e injustificado en el transcurso del desempeño de un cargo público.

SEGUNDO:

Delimitado ello, encuentro en la presente sentencia algunos puntos de discordia que debo expresar a través de los siguientes fundamentos.

A.- EL TIPO PENAL DE ENRIQUECIMIENTO ILICITO Y LA JUSTIFICACION RAZONABLE DEL INCREMENTO PATRIMONIAL MATERIALIZADO POR EL AGENTE.

29. Atendiendo a la conducta prohibida en el tipo penal de enriquecimiento ilícito, esto es, el incremento patrimonial ilegítimo “por razón del cargo”, queda claro que la inserción de dicho ilícito penal en el rubro de los delitos Contra la Administración Pública determina como objeto de sanción la

acumulación de riqueza a través del mal uso o abuso de la función pública ejercida.

30. Conforme a dicha figura penal, el acrecentamiento patrimonial materializado por el agente devendrá en punible si el origen del mismo ha importado la comisión de determinadas inconductas funcionales, y de ahí que aún cuando éstas no correspondan ser acreditadas en el contexto de la actividad probatoria exigida para este ilícito, resulta válido inferir que el incremento patrimonial solamente apareja efectos penales a título de enriquecimiento ilícito cuando éste no resulta posible de justificar en ingresos lícitos, esto es, en ingresos que no hayan importado en su percepción una contravención o infracción normativa y dado su carácter subsidiario que no tengan recibo en otros delitos funcionales.

31. Por tanto, los ingresos para no ser reputados de lícitos deben importar la contravención a un **mandato de prohibición** respecto a la posibilidad de disponer libremente de los mismos y/o de exigibilidad de devolución de éstos, donde que el haber procedido de manera contraria evidencie una trasgresión a una obligación expresa de no incorporación al patrimonio personal de los referidos conceptos.

B.- RESPECTO A SI LOS BENEFICIOS NO UTILIZADOS Y RECIBIDOS POR JUAN YANQUI CERVANTES DEBEN SER CONSIDERADOS COMO INGRESOS PARA JUSTIFICAR SU INCREMENTO PATRIMONIAL.

32. Atendiendo que dichos beneficios, para el caso concreto, se conforma de dos rubros, esto es el concepto de GASOLINA, CHOFER Y MAYORDOMO y el concepto de VIÁTICOS, el presente pronunciamiento en discordia a de abordar por separado cada uno de ellos, pues si bien se discrepa con la solución arribada por la sentencia suscrita por la mayoría, es cierto también que las razones en uno y otro caso son distintas.

33. En relación a lo primero la suscrita a expresado ya su opinión en anterior oportunidad, específicamente en las causas N° 27-2002 y 04-2001 en las que formule mi parecer al respecto y que a la fecha no ha variado, en tal sentido se han de reproducir los argumentos expuestos en dichas sentencias en lo que fueran pertinentes.

C.- DE LO ACTUADO EN EL PROCESO EN RELACIÓN A LOS CONCEPTOS RELATIVOS A DOTACIÓN DE COMBUSTIBLE, CHOFER Y MAYORDOMO ENTREGADOS A LA PERSONA DE YANQUI CERVANTES.

34. Al exponer su última palabra el encausado Yanqui Cervantes en la Sesión 292, sobre el tema señalo: “Esta **remuneración neta** la percibíamos cada fin de mes del Oficial Tesorero de la Unidad, en la cual nos presentaba dos planillas, nos las hacía firmar y nos entregaba la original. **Chofer** de igual manera, por una valor de mil seiscientos cuatro, que también se pagaba junto con el sueldo. ¿Cómo eran esas planillas? Esas planillas eran del tamaño de dos hojas carta juntas, era un papel continuo que usaba informática, pero en el cual no sólo aparecía mi apellido, sino para esos años chofer sólo percibían los Coroneles y Generales en sus dos categorías: Brigada y División; entonces, en la repartición en

la cual por ejemplo ese año estaba de Director de la Escuela de Artillería, sólo aparecía mi nombre porque yo era el único Coronel, pero en otras oportunidades por ejemplo la Dirección de Inteligencia, aparecía mi apellido a la derecha con el monto y firma por duplicado, junto con los otros Coroneles que trabajaban en mi unidad, en la DINTE en este caso y también ellos colocaban su firma, o sea no había una planilla individual que nos entregaran, excepto en la remuneración neta, estoy considerando yo adicionalmente a lo que mi abogado ha presentado, aunque esto es del año noventa, el aguinaldo de julio y diciembre, estos conceptos son entregados a los diferentes miembros de la administración pública, que valorizados a esa época es dos dólares y que en el año mil novecientos noventa equivalía a cuatrocientos mil intis. Luego la **dotación de combustible**, por un valor de cinco mil cuatrocientos nueve, que nos entregaban mensualmente en esa época sólo a los coroneles y generales, esos vales, este concepto de combustible nos era entregado en vales, mensualmente también, a fin de mes, antes de que inicie el siguiente mes y estos usos y costumbres del Ejército en esos años, nosotros los vendíamos y lo convertíamos a efectivo. (...) Año de mil novecientos noventa y cinco se inicia con un saldo de ciento veintiún mil setecientos cuarenta, también hay una remuneración neta de seis mil ochocientos veintisiete dólares, **mayordomo**, este año ya soy General, por eso por primera vez parece el concepto de mayordomo, que no lo ha considerado mi abogado de dos mil novecientos veintitrés dólares, también incluyo aguinaldo de julio y diciembre por ciento sesenta dólares, la dotación de combustible correspondiente...”

35. Contra lo sostenido por Yanqui Cervantes a través de su defensa, en cuanto a que los beneficios no utilizados en los fines de su otorgamiento como ingresos de fuente remunerativa (**beneficios no utilizados**); el Representante del Ministerio Público objeta que de conformidad con las normas que los regulan, advierte que los beneficios y goces fueron otorgados en servicios, por tanto al no existir documento alguno ni norma en contrario que justifique que estos beneficios y goces se hayan entregado en dinero efectivo, según lo expresado por el procesado y su perito de parte, la Fiscalía estima que la suma de S/ 250,570.60 gastados por el Ejército Peruano representa la valorización o gastos que el estado brindó en servicios al acusado, siendo así, no cabe considerarlos como ingresos a su favor.

D.- ANALISIS SOBRE LA “DOTACION DE COMBUSTIBLE”, “CHOFER” y MAYORDOMO OTORGADOS A LOS MIEMBROS DE LAS FUERZAS ARMADAS Y POLICIALES.

36. Estando a la naturaleza de lo que es objeto de debate encardinado en un proceso penal, el tema es determinar si lo conceptos aludidos puede ser considerado como un ingreso percibido por el acusado que le permita justificar su patrimonio, pues en las relaciones laborales no todo lo que percibe el trabajador es por concepto de remuneración existiendo otros no remunerativos y sobre los cuales encontramos en la jurisprudencia laboral amplio debate sobre su real naturaleza.

37. Agregándose de que esta Sala Penal Superior en el Incidente 08-2001-M1¹⁹ 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 la calidad de remuneración, 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 beneficio haya alcanzado, de ahí que estos conceptos – lo mismo que el combustible – no sean percibidos por todo el personal militar en modo uniforme...”

38. En el tema se advierte la existencia de una legislación que data desde los años de 1976; en tal sentido, tenemos: El Decreto Supremo 013-76-CCFA, del 15 de Octubre de 1976, aprobó el Reglamento sobre la **“Política General sobre automóviles para el uso del personal de la Fuerza Armada”**, cuyo objetivo era “establecer 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 afectado a cada Instituto Armado...”, siendo su campo de aplicación “los automóviles puestos al servicio de los Oficiales Generales, Coroneles y Capitanes de Navío en servicio activo”. El artículo 4 señala: “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”. El artículo 5 precisa: “se pondrá **un automóvil al servicio**

¹⁹ Resolución de fecha 15 de Mayo del 2009 recaída en el Incidente 08-2001-M1.

de los señores Oficiales –Generales, Coroneles y Capitanes de Navío en servicio activo...”. El artículo 7 indica: “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. El artículo 8 prescribe: “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 adquiriera para el uso y en las siguientes cantidades: Oficiales Generales.....200 galones mensuales, Coroneles y Capitán de Navío.....180 Galones mensuales...” El artículo 9 indica: “Los vales de gasolina a que se refiere el artículo anterior (...) podrán ser utilizados en los grifos de los Institutos Armados, siempre y cuando su capacidad lo permita, previo acuerdo entre los respectivos Institutos”. El artículo 12 refiere: “La operación de los automóviles estará a cargo de chóferes 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 –Almirante y Tenientes Generales, dispondrán de un chofer profesional, miembro de la Fuerza Armada con grado militar.

- 39.** Con el Decreto Supremo 035-77-IN, su fecha 28 de Septiembre de 1977, se hace extensivo los beneficios reconocidos en el Reglamento de Política General sobre automóviles para uso personal de las Fuerzas Armadas a los miembros de las Fuerzas Policiales en los grados de Generales, Coroneles e Inspectores Superiores.

40. Por Decreto Supremo 032-DE/SG del 19 de Mayo de 1999, se incremento en un 100% las cantidades de combustibles dispuesto en el artículo 8 de los Reglamentos de Política General sobre automóviles para uso de Personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional aprobados por Decreto Supremo Nro. 013-76-CCFFAA del 15 de Octubre de 1976 y Decreto Supremo 035-77-IN del 28 de Setiembre de 1977, modificado por el Decreto Supremo 030-82-IN del 06 de Julio de 1982 y se reconoció el beneficio de dotación de gasolina a los grados militares de menor jerarquía, otorgándose “combustible de 95 octanos, **con fines de cumplimiento de Comisión de Servicio**, al Personal Militar y Policial en Actividad que a continuación se indica: Teniente Coronel o sus equivalentes 120 galones; Mayor o sus equivalentes 80 galones, Capitán o sus equivalentes 40 galones, Técnico Jefe Superior y Técnico Jefe o sus equivalentes 40 galones; y Técnico de Primera o sus equivalentes 30 galones, respectivamente por mes, que se encuentren prestando servicios en el país o en el extranjero, haciéndose extensivo a los grados equivalentes que pasen o hayan pasado a la Situación de Retiro, siendo el Ministerio de Defensa y del Interior que debe dictar las disposiciones administrativas que resulten necesarias para la mejor aplicación y ejecución de lo dispuesto en el presente Decreto Supremo.

41. El Decreto Supremo 016-DE/SG, del 13 de Marzo del 2000, con el fin de reducir el uso de Documentos Cancelatorios como medio de pago, modificó de especie a efectivo parte del beneficio por combustible (vales de gasolina) que se vienen otorgando al personal de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional y en el caso de Coroneles y sus

equivalentes se estableció: en especie 108 galones y en efectivo 252 galones.

- 42.** 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 combustibles, 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.

Del tenor literal de las normas glosadas se puede determinar:

- 43.** Que, la dotación por combustible desde sus orígenes hasta la actualidad ha sido incrementada en su monto y asignada no solo a los miembros activos de altas jerarquías sino también a las de inferior jerarquía y jubilados.
- 44.** En cuanto a este mismo concepto, según el tenor literal del DS 013-76-CCFA se la vincula a un fin funcional, estableciéndose que dicha entrega será destinada para la compra del combustible correspondiente al vehículo de propiedad del Estado y asignado al personal, así como para realizar comisiones de servicio, y,
- 45.** La asignación de un chofer, según el tenor literal de la precitada norma, responde a la designación de un vehículo y para su operación, siendo contratado por los respectivos Institutos a propuesta del usuario.

46. Sin embargo, **en esta misma norma ni en alguna otra posterior de similar naturaleza existe disposición expresa que obligue a los beneficiarios a rendir cuenta de su destino o devolver lo no utilizado.**

47. Hasta aquí, estando a lo expresado en los puntos precedentes la exclusión de las asignaciones, como fuentes de ingresos ilícitos no resulta sustentable en la existencia de un **mandato de prohibición** respecto a la posibilidad de disponer libremente de los mismos, y o de exigibilidad de devolución de éstos, y que permita demostrar que el haber procedido de manera contraria ha implicado la trasgresión a una obligación expresa de no incorporación al patrimonio personal de los referidos conceptos.

48. Asimismo, consideramos que interpretar la no libre disponibilidad de la “asignación de gasolina” y “chofer” en merito a la asignación de un vehículo en el entendido que tales conceptos están estrictamente vinculados a la operatividad del mismo, no es concordante **con la totalidad de las disposiciones normativas reseñadas**, por las siguientes consideraciones:

49. Sólo desde la perspectiva del tenor literal del DS 013-76-CCFA, no se puede determinar la libre disponibilidad o no de dichos conceptos, pues a la luz de las demás disposiciones normativas reseñadas, se tiene que “la dotación de gasolina” siempre ha respondido, con independencia del grado militar, ha complementar las remuneraciones del personal beneficiario.

50. A mayor abundamiento, como **criterio valorativo de máxima de la experiencia** en la realidad se puede advertir

que el cumplimiento de lo dispuesto en los DS 013-76-CCFA y 035-77-IN, en relación a la entrega de vehículos a los Oficiales a partir del grado de Coronel, se condiciona a la existencia de disponibilidad presupuestal y a la prelación jerárquica existente al interior de la propia institución ²⁰, pudiendo ocurrir que a Oficiales con el grado de Coronel no se les haya asignado el automóvil pero si la “dotación de gasolina” pues ésta última tiene como fin mejorar las remuneraciones de los miembros policiales y ejercito, conforme se puede advertir en el caso concreto del acusado Yanqui Cervantes, a quien conforme al oficio de fojas siete mil cuatrocientos veintidós se le asigno la “Cmta JEEP GRAN CHEROQUE AÑO 2000 DE PLACA RIW -980” en el año 2000.

51. Asimismo, debe entenderse que el fin de ésta asignación, conforme lo ha sostenido la Defensoría del Pueblo en el Informe Defensorial No. 50²¹, mas allá del cumplimiento de una misión asignada, constituye en esencia un complemento a los bajos ingresos percibidos por el personal militar y policial y es así que en el transcurso del tiempo no solo ha sido incrementada sino se han extendido a

²⁰ El artículo 4 de los Decretos Supremos 013-76-CCFA y 035-77-IN señalan que “Anualmente con los fondos presupuestales incrementados con el producto de la venta de los automóviles dado de baja, los institutos adquirirán los automóviles necesarios para la renovación; y, la asignación a los nuevos Capitanes de Navío y Coroneles” y en similar situación los miembros de las Fuerzas Policiales. Asimismo tenemos la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente 01911-2006-AC , cuyo objeto de demanda era que el Ministerio del Interior cumpla lo dispuesto en el artículo 5 del Decreto Supremo 035-77-IN , mediante el cual se dispone el otorgamiento de un vehículo para todos los oficiales, Coroneles y Generales de la Policía Nacional del Perú, ante lo cual el Supremo Interprete señala “En caso de autos, si bien el demandante invoca el incumplimiento de un mandato contenido en una norma, se aprecia que el contenido de la misma se encuentra inevitablemente condicionado a la existencia de disponibilidad presupuestal y a la prelación jerárquica existente al interior de la propia institución policial. No se trata de un mandato incondicional, en los términos planteados precedentemente, sino de una obligación que requiere de determinados elementos, sin cuya existencia la obligación pierde su eficacia inmediata.”

²¹ Informe Defensorial N°50 sobre “El otorgamiento de la Asignación de Combustible a los miembros de la Policía Nacional del Perú y de las Fuerzas Armadas”, concluye que “se puede inferir que la finalidad de la asignación de combustible va mas allá del cumplimiento de una misión asignada, constituyendo en esencia un complemento a los bajos ingresos percibidos por el personal militar y policial”.

grados militares inferiores y a jubilados, agregándose que asignaciones similares por otros conceptos se otorgan en otras dependencias estatales y con el mismo objetivo de incrementar los ingresos remunerativos de los trabajadores²², conforme se puede advertir en el Poder Judicial con la bonificación de “Gastos Operativos” que se otorga mensualmente a los Magistrados Titulares y de cuyo monto solo esta obligado a justificar el 10 por ciento, siendo lo restante de libre disponibilidad.

52. Por las consideraciones precedentemente anotadas y no habiendo causa que justifique que la suscrita haya de variar su postura respecto al tema analizado, en aplicación del **“principio de primacía de la realidad”** debe darse preferencia a lo que sucede en el terreno 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”²³, 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 Yanqui Cervantes percibió los beneficios objetos de análisis es razonable considerarlo como un ingreso a su favor a fin de justificar sus gastos y patrimonio.

53. A mayor abundamiento, corrobora lo expuesto además el **INFORME 155-2001-SUNAT/K00000** de fecha 8 de Agosto del 2001, que establece que la entrega de dinero en

²²Como por ejemplo el Decreto de Urgencia N°114-2001 -“Disponen Reconocimiento de Gastos Operativos a los Magistrados y Fiscales del Sistema Judicial de la República”-, de fecha 27.09.2001

²³ Avalos Jara, Oxal Víctor. Precedentes de observancia obligatoria en materia laboral de la Corte Suprema. Editoria Jurídica Grijley EIRL. Edición 2008. Pag. 116.

efectivo por concepto de combustible a favor del Personal Militar y Policial en situación de actividad, a que se refiere el artículo 1 del Decreto Supremo N°037-2001-EF, constituye **renta de quinta categoría para efectos de la legislación del Impuesto a la Renta, en tanto dicha asignación tenga el carácter de libre disponibilidad** por tratarse de una cantidad fija y periódica, no sujeta a reintegro por la parte no utilizada en el desempeño de las funciones del citado personal.²⁴ Si bien este informe guarda relación con una norma de fecha posterior a lo que es *thema probandum* del presente proceso; sin embargo, es importante glosarlo para el esclarecimiento del punto en discordia, si se tiene en cuenta que las normas que antecieron a dicho Decreto Supremo tenían los mismos supuestos de hecho para la entrega de la dotación del combustible como son: “el de ser utilizado para el funcionamiento del vehículo asignado al Oficial” así como realizar “comisiones de servicios” y con esta finalidad ha sido asignado como de libre disponibilidad.

54. Se condice con todo lo indicado el hecho que para algunos beneficiarios, el monto percibido por dichos conceptos ha sido **objeto de embargo** para garantizar el cumplimiento de obligaciones pecuniarias impuestas en el marco de un proceso penal²⁵, confirmándose con ello su reconocimiento como ingresos lícitos.

55. Por tanto, la libre disponibilidad de tales conceptos por parte de Yanqui Cervantes no entraña posibilidad alguna de imputarle la defraudación a un mandato

²⁴ <http://www.sunat.gob.pe/legislación/oficios/2001/oficios/i1552001.htm>

²⁵ Ver resolución dictada por esta Sala Penal, en el incidente signado con el número 27-2002-“K”, del veintinueve de Mayo del 2007 en la que confirmando la apelada se ordena el embargo en forma de retención sobre la totalidad de los ingresos a favor del sentenciado Marco Antonio Huerta por concepto de combustible, chofer y mayordomo.

expreso que se lo impedía, razón por la que mal puede privársele de incluirlos como parte de los ingresos lícitos que alega.

56. Argumentación que es extensible al concepto de “mayordomo” y que es percibido por el encausado Yanqui Cervantes.

E.- RESPECTO AL RUBRO BENEFICIOS DERIVADOS DE LOS CAMBIOS DE COLOCACIÓN (FLETE POR BAGAJES, INDEMNIZACIÓN DE VIAJE Y GASTOS DE INSTALACIÓN)

57. Al respecto, la suscrita, considera que dicho concepto no puede ser considerado como de libre disposición, pues al existir una norma expresa que dispone la devolución de lo recibido cuando “se recibieran las asignaciones de viaje en montos superiores a lo que legalmente les correspondía” (Res. Adm. No.121, inciso a), dicho rubro no puede ser considerado de manera alguna como de libre disposición, en ese sentido la prueba aportada y actuada denotan sin margen de duda que Yanqui Cervantes incumplió la devolución prevista.

58. Sin embargo a lo mencionado, se aprecia también, que el acusado se apropió del dinero recibido por dicho concepto, introduciéndolo a su patrimonio y disponiendo de él, ésta conducta denotan el origen de parte del incremento patrimonial –ilícito-, que en su oportunidad se atribuyó a Yanqui Cervantes, por lo que resulta coherente que dicho rubro sea considerado como fuente del delito material de proceso, atendiendo al carácter subsidiario del mismo conforme se ha indicado precedentemente?, estimo que no.

59. Este hecho, que la suscrita considera irregular y de naturaleza penal, no administrativa, constituye una actividad no lícita de un funcionario, más aún de quien en esa condición ha tenido la oportunidad, por su cargo, de conocer de la obligación de devolver los excesos de lo que se recibía para estos fines, ese hecho evidentemente podría encontrar significación jurídica en un delito específico dentro de los delitos contra la Administración Pública.

60. Entonces si existen indicios de que el ingreso de estos dineros al movimiento económico de Yanqui Cervantes y que ello constituiría un delito específico (peculado o tal vez malversación de fondos), ese extremo no puede ni debe integrarse a un reproche distinto de esos delitos, es decir, no puede enmarcarse como enriquecimiento ilícito porque estamos hablando de la misma acción que podría encontrar su adecuación en un delito específico; y, en todo caso, el resultado económico sería el producto de otra ilicitud y no un enriquecimiento como el que la figura legal que nos ocupa pretende reprimir.

61. Sin embargo se debe dejar sentado que el eventual carácter ilícito de estos ingresos, conforme a lo que aquí se señala, no ha sido materia de este proceso ni objeto de defensa, por lo que sería un supuesto fáctico completamente distinto que impide emitir pronunciamiento alguno.

62. Sin perjuicio de lo señalado, esa posible ilicitud en la apropiación del dinero, de ser factible, debe ser investigada en un proceso específico y ante el juez de la causa, donde se habría de establecer la responsabilidad del autor y de ser el

caso determinar la posible participación de terceras personas.

- 63.** En ese sentido, no puede olvidarse el carácter residual del enriquecimiento ilícito que implica que, acreditada la comisión de otro delito, es éste el que prevalece y no aquel que operaba ante la falta de verificación del realmente cometido.

F.- SOBRE LOS INGRESOS Y EGRESOS OBTENIDOS POR EL PROCESADO YANQUI CERVANTES EN SU CONDICION DE OFICIAL DEL EJERCITO EN EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1990 AL 2000

- 64.** El periodo materia de investigación, en el que se reputa al procesado Yanqui Cervantes, haber incrementado su patrimonio ilegítimamente haciendo un uso indebido de su cargo -Funcionario Publico – Oficial del Ejercito Peruano-, conforme a la hipótesis inculpativa del Ministerio Público, comprende el periodo 1990 al 2000, es en este lapso que a decir del señor Fiscal, se produce un incremento en sus ingresos que no habrían tenido una fuente legítima.

- 65.** De esta manera, la sistemática empleada en la Sentencia dictada en mayoría, distingue dentro de este periodo, tres sub periodos. Un primer periodo que corresponde a aquel en el cual el procesado Yanqui Cervantes se encontraba destacado en la República de Argentina, (1992-1993). Un segundo periodo que estaría comprendido por el año 1994 y un tercer periodo comprendido entre 1995 y el 2000, concluyendo después de un análisis de sus ingresos y egresos que en el periodo

peritado de 1990-2000 registra un desbalance patrimonial de US\$ 87,700.69 dólares americanos.

66. Esta conclusión a la que se llega en la sentencia en mayoría, evidentemente corresponde a un análisis de las declaraciones que se han aportado en el proceso así como al resultado de los dictámenes periciales, tanto de parte como de oficio, sin embargo y a diferencia de lo que la suscrita sostiene en el presente voto, no se ha considerado el rubro comprendido por los conceptos de gasolina, mayordomo y chofer, posición que si bien merece el mayor de los respetos de parte de la suscrita no son compartidos por los argumentos que han sido desarrollados suficientemente a través de la presente resolución.

67. De esta manera, siendo coherentes con la posición asumida respecto al carácter de ingreso que se le reconoce a los conceptos de **gasolina, chofer y mayordomo**, tenemos que este a criterio del Ministerio Público, en el periodo materia de investigación (1990-2000) ascienden a la suma de S/250,570.60 nuevos soles²⁶, suma que la suscrita considera como ingresos lícitos; por los que, no pueden ser considerados como fuente de enriquecimiento ilícito. Monto que estando a su cuantificación tiene una incidencia importante en la decisión final de la sentencia aprobada por mayoría y que evidentemente al margen de las discrepancias que puedan existir en sede jurisdiccional, debe ser objeto de estudio y análisis por parte del Congreso de la República a fin de que sincere los ingresos en estos rubros y se elimine cualquier sombra de sospecha por un supuesto penal de

²⁶ Ver página 92- rubro 3.2. de la sentencia por mayoría y la conclusión 4ta. del Ministerio Público.

enriquecimiento ilícito en agravio de los miembros de las Fuerzas Armadas del Perú.

68. Asimismo, conforme al criterio establecido en líneas precedentes lo percibido por concepto de **cambio de colocación (fletes por bagajes, indemnización de viaje y gastos de instalación)** no debe ser considerados como fuente del delito de enriquecimiento ilícito por corresponder a un delito específico y el carácter subsidiario del delito de Enriquecimiento Ilícito. ²⁷

69. Asimismo, la suscrita discrepa con la posición de la mayoría de no considerar a favor del encausado lo percibido **por la venta del vehículo Mercedes Benz** que ascendió a un monto de 93,000 dólares americanos, por los siguientes fundamentos:

70. La sentencia por mayoría en este rubro solo le considera por la venta del vehículo Mercedes Benz el retorno de su capital invertido en dicha adquisición – US \$ 59, 986 - mas no la ganancia que alega haber obtenido al considerar que es una “ganancia mal habida, producto de la instrumentalización de las prerrogativas funcionariales detentadas subordinándolas a un objetivo de lucro”.

71. Ante tal afirmación lo cierto y conforme se sostiene en la sentencia por mayoría dicho vehículo existió y fue vendido, no siendo coherente que reconociendo la venta no se admita la ganancia obtenida. El encausado al exponer su última palabra declaró que “yo lo adquiero en cincuenta y cinco mil ciento noventiocho dólares (...) y lo vendo en noventitrés mil dólares el tres de

²⁷ Estando al mérito de la 7ma. Conclusión del Ministerio Público se tiene que lo percibido por este concepto ascendería a 20,678 nuevos soles y \$19,108.50 por 11 viajes en Comisión de Servicio al Exterior entre los años 95 al 2000.

Enero del noventa y cuatro, antes de venirme a partir del seis, pero yo para la venta del vehículo tenía dos alternativas: bien publicar en un diario (...) y buscar (...) yo opte por venderlo a una casa que vendía Mercedes Benz nuevos y usados, es por eso que vendo a Roberto Olmos, que tenía la tienda “Olmos SCA” y el me da ese comprobante de compra de vehículos usados para la transferencia final (...) yo he podido expresar y decir: el documento oficial que han remitido las autoridades Argentinas y la que yo también presente primero, dice ciento cinco mil dólares, yo he podido decir ciento cinco mil dólares, otra cosa es que le haya dado el poder, etc.; para que él lo venda, he podido justificar con ese documento pero sería mentir, la realidad es que yo recibí noventitrés mil dólares y el Señor Olmos que era de una casa comercial, busca comprador y lo vende el veinticinco de Enero como aparece del documento de transferencia a la Ganadera Verdes Pampas, en ciento cinco mil dólares. Ese veinticinco de Enero yo ya estaba en Perú, había ingresado el trece de Enero acá a Perú, yo el tres de Enero al Señor Olmos me da el dinero, le firmo el poder para que él pueda posteriormente venderlo (...) ahora la diferencia de noventa y tres a ciento cinco, esos doce mil dólares lo gana el Señor Olmos, era el dueño de la Casa Comercial...”²⁸, versión que se encuentra corroborada principalmente con el poder obrante a fojas 72,128 y vuelta y el contrato de transferencia – inscripción de dominio de fojas 72,122 y vuelta, documentos que permiten ratificar la veracidad del comprobante de compra de fojas 50,386 en la que figura el precio por el cual el encausado lo transfirió, documentación que analizada en su conjunto resulta pertinente para justificar la ganancia percibida por el procesado, no existiendo elementos probatorios que nos permitan concluir que dicha transferencia se hizo bajo un supuesto de “defraudación” y si éstos existieran debería ser objeto de esclarecimiento en el proceso correspondiente; mas aún si se advierte que dicha transferencia se realizó ante las autoridades del País de Argentina sin haberse formulado objeciones. Por lo que, debe considerársele como un ingreso justificado.

²⁸ Sesión 292 del 11 de Mayo del 2010.

- 72.** Asimismo, **con respecto al ingreso percibido por la venta de las acciones y derechos de la Empresa Casalino S.A.**, la suscrita discrepa con el análisis efectuado en la sentencia por mayoría por los siguientes fundamentos:
- 73.** Del Testimonio de Donación otorgado por Alberto Martínez Vásquez y esposa a favor de Carmen Julia Martínez Chávez de Yanqui de **fecha 03 de Octubre de 1996**, corriente de fojas 404-407 del Tomo I de Pericias Contables, fluye que los primeros donaron a la segunda las acciones que ostentaban en la citada empresa. Del testimonio de compra-venta y transferencia de acciones y derechos de la empresa Manufacturas Casalino S.A. de fojas 408 a 409 y vuelta del Tomo I de Pericias Contables, se advierte que Alberto Martínez Vázquez transfiere el 16% por ciento de las acciones a Carmen Elizabeth Spray Aliaga de Casalino con fecha **31 de Diciembre de 1998**.
- 74.** Al abordar este hecho debemos acotar que no obra en autos la ficha registral ni el estatuto de la empresa citada ni las declaraciones testimoniales de los contratantes, siendo que el Titular de la Acción Penal, responsable de la carga de la prueba, no ha ofrecido mayor elemento probatorio que permita al Juzgador verificar la inverosimilitud de lo alegado por el acusado.
- 75.** De la documentación presentada por el imputado y corriente de fojas 404 a fojas 413 aparentemente podría desvirtuarse su alegación con la sola comparación de los actos jurídicos mencionados, advirtiéndose que existiendo una donación con fecha 3 de Octubre de 1996, el donante transfiere las acciones con fecha 31 de Diciembre de 1998.

76. Sin embargo ante lo alegado por la defensa y el procesado; en el sentido, de que dicha transferencia la realizó el padre de la esposa del procesado Yanqui Cervantes, porque este “figuraba todavía en la matrícula de accionista de la empresa”, debe verificarse si dicha argumentación es coherente con la normatividad vigente o por el contrario el ordenamiento jurídicos no permite actos de dicha naturaleza.

77. Analizando la normatividad vigente se tiene que el artículo 1621 del Código Civil dispone que “por la donación el donante se obliga a transferir gratuitamente al donatario la propiedad de un bien” y el artículo 91 de la Ley General de Sociedades²⁹ señala que la “sociedad considera propietario de la acción a quien aparezca como tal en la matrícula de acciones. Cuando se litigue la propiedad de acciones se admitirá el ejercicio de los derechos de accionista por quien aparezca registrado en la sociedad como propietario de ellas, salvo mandato judicial en contrario”; por lo que, si bien la transferencia de acciones se puede realizar mediante un documento privado, como puede ser una compra-venta, una donación; sin embargo, para constituirse como propietario ante la Persona Jurídica es necesario aparecer en la matrícula de accionistas, para lo cual se debe seguir el procedimientos que dispone el estatuto de la Empresa y demás normas especiales en la materia. En consecuencia, estando al mérito de la legislación glosada podemos determinar que lo alegado por la defensa resulta coherente dentro del contexto de la normatividad societaria vigente y que puede explicar la regularización de la

²⁹ Ley 26887 del 9-12-97 y entro en vigencia a partir del 1 de Enero de 1998 – Norma que se encuentra vigente a la fecha en que se hizo la transferencia de las acciones de la Empresa Manufacturas Casalino S.A.

transferencia realizada por el padre de la esposa del encausado.

78. De tal manera, en la realidad de los hechos puede apreciarse que no obstante que Alberto Martínez Vasquez había transferido en propiedad, vía donación, sus acciones de la empresa “Casalino S.A.” a favor de su hija Carmen Julia Martínez Chávez de Yanqui, **luego para regularizar ante la sociedad** la transferencia que había realizado ésta a favor de Carmen Elizabeth Spray Aliaga de Casalino fue que el primero citado formalizó directamente la transferencia de las mismas acciones a favor de la última mencionada.

79. Otro elemento a considerarse es que existen tres recibos otorgados por Carmen Julia Martínez Chávez de Yanqui a favor de Carmen Elizabeth Spray Aliaga de Casalino obrante a fojas 411, 412 y 413, documentos en el que por lo demás aparecen firmados tanto por la primera como la segunda citada.

80. Debe resaltarse que el Testimonio de Donación de las acciones efectuada por Alberto Martínez Vásquez y esposa a favor de Carmen Julia Martínez Chávez de Yanqui, así como el Testimonio de compra-venta y transferencia de acciones y derechos de la empresa Manufacturas Casalino S.A. realizada a favor de Carmen Elizabeth Spray Aliaga y los recibos de dinero antes referidos no han sido cuestionados (tachados) en el presente proceso, ni enervados su validez mediante procesos judiciales civiles, en los que de haberse percibido alguna irregularidad o vicios en sus celebraciones habría dado lugar a las nulidades respectivas.

81. Por todo ello, en virtud de los medios de prueba glosados, no enervados en su validez, nos lleva a la

convicción primero que Carmen Julia Martinez Chavez de Yanqui si percibió el ingreso de los \$14, 000 dólares y segundo que ese hecho no es ilícito.

82. De los fundamentos expuestos podemos concluir que siendo el rubro por concepto de cambio de colocación un tema a discutirse fuera del presente proceso este no puede considerarse en el marco de la imputación penal de enriquecimiento ilícito, debiéndose adicionar a sus ingresos lo relativo a gasolina, chofer y mayordomo así como lo percibido por concepto de transferencia de las acciones de la Empresa Casalino S.A. y el vehículo Mercedes Benz. Por lo que, el desbalance patrimonial de US \$87,700.69 concluido en la sentencia por mayoría no es correcto.

83. De esta manera al no haber propuesto el titular de la acción penal, otras fuentes que habrían propiciado el enriquecimiento ilícito y estando a los fundamentos anotados no es amparable la pretensión del Ministerio Público.

84. En relación al depósito bancario en el Banco Continental por la suma de 68,600 nuevos soles y que respondía a una inversión del encausado Yanqui Cervantes y sus cuñados, si bien no existen elementos probatorios suficientes aportados por el señor Fiscal para esclarecer estos hechos; sin embargo, estando a los argumentos expuestos, esto no tiene mayor incidencia en la posición final de la suscrita.

POR LOS CONSIDERANDOS EXPUESTOS: MI VOTO es porque se considere como ingreso a favor de la persona de Yanqui

Cervantes lo percibido por concepto de combustible, chofer y mayordomo durante el periodo de 1990 – 2000.

Que, el concepto por beneficios derivados de los cambios de colocación no sean considerados como fuente del delito de enriquecimiento ilícito por corresponder a un delito específico.

Así como se le reconozca como ingreso lo percibido por la transferencia de las acciones de la Empresa Casalino S.A. y la ganancia recibida por concepto de la venta del vehículo Mercedes Benz.

Concordando solo en el extremo de disponer la remisión de copias a la Fiscalía de Turno para que proceda de acuerdo a sus atribuciones respecto a las ciudadanas Elena Angélica Díaz de Bardales y Silvia Luz Mayorga Zarate.

En consecuencia, debe ser absuelto de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito de Enriquecimiento ilícito, debiéndose archivar los autos previa anulación de los antecedentes derivados de la misma, careciendo de objeto emitir opinión sobre las incidencias promovidas.

Debiéndose recomendar al Congreso de la República el estudio y análisis de los conceptos de “gasolina, mayordomo y chofer” percibidos por los miembros de las Fuerzas Armadas a fin de que sincere dichos ingresos pues al margen del debate jurisprudencial que se esta dando en sede del Poder Judicial, se evite cualquier

tipo de sospecha de Enriquecimiento Ilícito que perjudique la honorabilidad de sus miembros.

HILDA PIEDRA ROJAS

Juez Superior