José Nolasco Valenzuela
Érika Ayala Miranda

Delitos contra la Administración Pública

Tomo II
Parte procesal
Jurisprudencia



ARA Editores

1ª edición / Tiraje: 1,000 ejemplares

© José Nolasco Valenzuela
Érika Ayala Miranda

© ARA Editores E.I.R.L.
Géminis 701 Dpto. 301-B Lima 39 - Perú
Telefax: (511) 522-8060
E-mail: araeditores@yahoo.com
Web site: http://www.araeditores.com

ISBN: 978-612-4077-61-6 (Obra completa)
ISBN: 978-612-4077-65-4 (Tomo II)

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2013-07226

Diseño de Carátula: Rolando Bartolo Mesías
Diagramación: Luis A. Sierra Cárdenas

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Impreso en Perú 2013 Printed in Peru

ÍNDICE

PARTE PROCESAL

I

EL DISEÑO CONSTITUCIONAL DE LA PERSECUCIÓN PENAL

1. El Ministerio Público como Titular de la Acción Penal 25
2. El plazo razonable en la investigación fiscal 30
3. Defensor de la legalidad 31
4. La razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal 33
5. Principio de jerarquía 35
6. Debido proceso a nivel preliminar 36
7. Principio de interdicción de la arbitrariedad 36
8. Ne bis in idem y cosa decidida 37
9. Conducción de la investigación 37
10. Lesión al derecho al plazo razonable del proceso, al continuar el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, con la imputación no obstante se extinguió la acción penal 38
11. Construcción del perfil del Ente Persecutor por el Tribunal Constitucional y las tenciones con el Consejo Nacional de la Magistratura 40
    11.1. Posturas del debate 40
12. Conclusiones del Primer Congreso Nacional de Fiscales: Unificación de Criterios en la Reforma Procesal Penal 51
    12.1. Directiva N° 005 -2012-MP-FN 51
    12.2. Directiva N° 006-2012-MP-FN 56
    12.3. Directiva N° 007-2012-MP-FN 59
    12.4. Directiva N° 008-2012-MP-FN el ofrecimiento y la actuación de la prueba pericial 62
    12.5. Directiva N° POS -2012-MP-FN 65

II

PRINCIPIOS E INDEPENDENCIA JUDICIAL

1. Los principios de independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional 72

2. Principio del Acceso Gratuito a la Administración de Justicia 73
3. El principio de interdicción de la arbitrariedad 74
4. El principio de imputación necesaria 76
4.1. Aspectos generales 76
4.2. La concreción constitucional del principio de imputación necesaria. Sus requisitos 77
4.3. El principio de imputación necesaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional 88
4.4. Casuística 89
5. El derecho a la verdad 93
6. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable 99
6.1. Dies a quo y dies ad quem para computar el plazo razonable del proceso penal 101
6.2. Criterios o parámetros para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal 103
6.3. Casos en los que la Corte IDH ha verificado la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable 105
6.4. Consecuencias jurídicas en caso de afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable 110
6.5. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable ... 114
6.6. Dies a quo y dies ad quem para computar el plazo razonable del proceso penal 116
6.7. Análisis de la controversia 118
6.8. Efectos de la sentencia 121
7. El derecho fundamental a la prueba 123
7.1. El sentido constitucional del derecho a la prueba 125
7.2. La presentación de testigos 128
7.3. Eficacia de la prueba 128
7.4. Momento de postulación de la prueba 129
8. El Derecho de defensa 130
8.1. La defensa técnica como derecho 132
9. El Principio de Supremacía de la Constitución 133
10. La obligación de motivar las resoluciones 137
10.1.Deber de motivación y restricciones de derechos fundamentales 140
11. Motivación escrita de las resoluciones judicial y el principio de oralidad: necesidad y forma 142
11.1.Aspectos generales 142
11.2.Oralidad y resoluciones orales o verbales 144
11.3.Motivación de las resoluciones 147
12. El Juez predeterminado por la ley 149
12.1.Concepto 149
12.2.Deslinde de la jurisdicción especializada con la noción del juez excepcional 152

12.3.La ratio del derecho al juez predeterminado por ley ... 152
12.4.De la necesidad de contar con una sub especialización en materia de «criminalidad gubernativa» 153
12.5.Transferencia de competencia 154
12.6.La transferencia de competencia como un mecanismo preponderantemente administrativo 156
12.7.Causales para que opere la transferencia de competencia .. 156
12.8.Acumulación y desacumulación o separación de procesos .. 157
12.9.De la necesidad de conciliar la acumulación con el plazo razonable a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional en el caso Chacón Málaga y Salazar Monroe (Este último, incardinado en el Caso «Grupo Colina») 160
13. El Juez Imparcial 166
13.1.Concepto 166
13.2.De las cautelas para salvaguardar la imparcialidad: La recusación y la inhibición 170
13.3.Inhibición 204
14. El Principio de Independencia Judicial 206
14.1.Concepto 206
14.2.Las dimensiones del Principio de Independencia Judicial . 208
14.3.El Principio de Independencia y el Desacato 210
14.3.1. El desacato de las resoluciones de la Corte Suprema 210
14.3.2. Incumplimiento de resoluciones judiciales y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales 211
14.3.3. Incumplimiento de resoluciones judiciales que contengan principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento 212
14.3.4. Incumplimiento de resoluciones judiciales que contengan precedentes obligatorios 213
14.4.La independencia judicial y su reconocimiento por parte del Consejo Nacional de la Magistratura 215

III

¿EN QUÉ CONSISTE UN CASO PENAL POR DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA O CRIMINALIDAD GUBERNATIVA? 227

IV

DE LAS TIPIFICACIONES MÁS FRECUENTES DE LA NOTITIA CRIMINIS DERIVADAS DE LA ESFERA GUBERNAMENTAL 231

V

PERFILAMIENTO DE UN PROGRAMA BÁSICO DEL ABOGADO LITIGANTE PARA AFRONTAR EL JUICIO ORAL 239

VI
DE LA NECESIDAD DE CONOCER EN QUÉ TEATRO DE OPERACIONES DESPLEGAREMOS NUESTRAS DEFENSAS 245

VII
DEL ACCIONAR DURANTE LA ETAPA PRELIMINAR O INVESTIGACIÓN PREPARATORIA 249

VIII
DE LOS ESPACIOS DE LITIGACIÓN A NIVEL PRELIMINAR O DURANTE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA, DESARROLLADOS POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 255

IX
DE LOS ESTÁNDARES CONSTITUCIONALES SOBRE CÓMO DEBE ESTAR FORMULADA LA IMPUTACIÓN EN EL AUTO DE PROCESAMIENTO

1. De las exigencias y de las garantías vinculadas al auto apertorio de instrucción 267
2. De la garantía erigida por la Doctrina a partir de las exigencias constitucionales antes precisadas: La garantía de la imputación penal concreta o de imputación «necesaria» ... 269

X
EL JUEZ DE LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA COMO DEFENSOR DE LA LEGALIDAD Y LAS GARANTÍAS

1. Aspectos generales 275
2. La audiencia de tutela. Alcances 277

XI
DE LA PRUEBA PERICIAL

1. De la Problemática actual y sus respectivos efectos (desde la experiencia en el sub sistema anticorrupción) 285
2. De los aspectos positivos del Nuevo Código Procesal en la cobertura a dichos problemas 286
3. Los peritos 287
   3.1. Selección de peritos 287
   3.2. Examen de los peritos 288
   3.3. Marco analítico para que el Juez efectúe esa decisión 288
4. El tratamiento jurisprudencial de la prueba pericial 288
   4.1. Introducción 288
   4.2. Problematización y metodología 289
   4.3. Delimitación de la discusión 290
   4.4. Definiciones básicas 292

4.5. Marco legal en materia de prueba pericial 294
4.6. Elementos de la prueba pericial 298
4.7. Conciliación con los otros derechos y principios inmersos en la discusión 298
4.8. De los supuestos habilitantes para relevar el examen de la prueba pericial 299
4.9. Del cuestionamiento oportuno y progresivo del dictamen pericial 302
4.10. La acentuación de su faz documental 303
4.11. Casos típicos en los que puede operar la excepción de examen y ratificación 304
4.12. Los peritajes en materia de delitos contra la Administración Pública 305
4.13. Valoración de la pericia 311
4.14. Casuística: cuestionamiento vía tacha de la designación de peritos de la Contraloría 318
4.15. A modo de conclusión 325

XII

INFORMES Y DICTÁMENES A PROPÓSITO DE LOS CUESTIONAMIENTOS DE LA OBTENCIÓN E INCORPORACIÓN DE LOS «VLADIVIDEOS»

1. Antecedentes 333
2. Naturaleza jurídica de la prueba prohibida 334
3. El fundamento de la prueba prohibida 335
4. La prueba prohibida en la Constitución 337
5. El concepto de la prueba prohibida 337
6. De la ponderación de intereses en la prueba prohibida 338
7. Los efectos de la prueba prohibida 343
8. Interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas ... 344
9. La instrumentalización probatoria de los denominados «vladivideos» 346
10. Informes 347
11. Sentencias del Tribunal Constitucional: 347
12. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República ... 348
13. Sentencias de la Corte Superior de Justicia de Lima 348
14. Casuística: caso ANDRÓNICO LUKSIC CRAIG Y OTROS (STC N° 979-2001-HC/TC) 348

XIII

LA CADENA DE CUSTODIA

..... 351

XIV
LA PRUEBA TESTIMONIAL (EL CASO DE LA COLABORADORA EFICAZ, EL TESTIGO DE OÍDAS Y LA PRUEBA TRASLADADA)

1. Supuesto de hecho 361
2. Requisitos para la eficacia probatoria de la prueba testimonial. 361
3. Valoración del testimonio de Matilde Pinchi Pinchi 363
   3.1. Antecedente de deshonestidad: condena por delito de falsedad y defraudación de renta de aduanas 363
   3.2. Condición de beneficiada por un convenio de colaboración eficaz 365
4. Testimonio de oídas 367
   4.1. Supuesto de hecho 367
   4.2. Incongruencia con otros testimonios de semejante o mayor credibilidad 370
5. Análisis del testimonio del colaborador identificado con el código 063-001 372
   5.1. Falta de conducencia 372
   5.2. Ausencia de incriminación 373
6. Análisis de la manifestación policial de Juan Ramírez Canabal .. 374
   6.1. Falta de conducencia 374
   6.2. El investigado no fue asistido en el procedimiento preliminar por abogado defensor en violación de la garantía de la defensa procesal 374
   6.3. Ausencia de incriminación 377
7. Valoración del testimonio de Vladimiro Montesinos Torres 378
   7.1. Inconducencia por inobservancia de las reglas de la prueba trasladada 378
   7.2. Tiene que haber constituido prueba en el proceso fuente ... 378
   7.3. La parte contra la que se pretende probar tiene que haber intervenido en el proceso fuente, salvo la posibilidad de ratificación o reproducción 380
   7.4. Ausencia de antecedentes de deshonestidad del testigo ... 381
   7.5. Ausencia de uniformidad del dicho incriminatorio 381
8. Valoración del testimonio de José Villanueva Ruesta 383
   8.1. Falta de uniformidad del dicho incriminatorio 383
   8.2. No reproducción de incriminación en testimonio dado en juicio oral 383
   8.3. La regla que la prueba solamente se produce en el juicio oral 384
   8.4. Improcedencia de la valoración como prueba de cargo de la declaración dada en el procedimiento preliminar en caso de testimonios contradictorio en el proceso penal peruano 387

9. Análisis de la Ejecutoria del 01 de diciembre del 2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema 389

XV
PRUEBA INDICIARIA

1. Introducción 395
2. Descripción del marco normativo 397
2.1. Construcción normativo de la prueba indiciaria 397
2.2. Marco normativo de complementación 397
2.3. Marco normativo de protección 398
3. Identificación de los elementos integrantes de la prueba indiciaria regulados en el Código Procesal Penal 398
4. Apreciación de indicios de culpabilidad, con la correspondiente sentencia condenatoria 402
5. Apreciación de indicios insuficientes 404
6. Esquema de la estructura de la prueba por indicios 405
7. Del rol de la defensa técnica en la configuración de la prueba indiciaria 407

XVI
ALEGACIONES DE APERTURA

1. La garantía de la determinación del hecho en la acusación.. 416
2. Exigencias de una Acusación ordinaria 419
3. Exigencias respecto de una Acusación Complementaria: (Art. 263° del CdePP.) 420
4. Control de la Acusación - Fundamentación Fáctica 420
5. Control de la Acusación - Fundamentación Jurídica 421
6. Supuestos habilitantes para declarar la nulidad de la Acusación Fiscal 422
7. La declaratoria de nulidad en las diferentes instancias del proceso penal 427
7.1. A nivel de 1era. Instancia 427
7.2. En relación a la declaración de nulidad de la decisión fiscal a nivel de 2da. Instancia 430
8. Casuística sobre el control de la Acusación Fiscal 432

XVII
ALEGATOS FINALES

1. Reglas de valoración de prueba 443
1.1. El principio de la verdad procesal 443
1.2. El principio de la libre valoración 444

1.3. El principio de solución de la incertidumbre 445
2. Protección constitucional del derecho fundamental a la prueba 446
3. Reconocimiento normativo restringido de la prueba y su relación con la presunción de inocencia 446
4. Exigencias para producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez 447
5. Valoración adecuada de la prueba 448
6. Verificación del ejercicio del derecho fundamental a probar 448
7. Criterios para seleccionar y dotar de validez a las declaraciones prestadas por el inculpado o testigo 449
7.1. Aplicación de los criterios para seleccionar y dotar de validez a las declaraciones prestadas por el inculpado o testigo 449

XVIII
EXTRADICIÓN

1. Marco teórico de la extradición 455
2. Tipos de extradición 458
2.1. La extradición activa 458
2.2. La extradición pasiva 459
3. Fuentes de la extradición 460
4. El principio de reciprocidad en los procesos de extradición 460
5. Marco jurídico de la extradición en el Perú 461
6. La extradición activa en nuestro ordenamiento 463
7. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional (Caso Benavides Morales) 466

XIX
TEORÍA DEL ERROR JUDICIAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y HECHOS PUNIBLES CONEXOS

1. A modo de introducción 471
2. Concepto 473
3. De las potenciales fuentes de error en materia de delitos contra la Administración Pública 475
4. Posibles cautelas para evitar o reducir el error judicial 489
5. ¿Puede la praxis judicial ser falible y a la vez ser confiable? 501
6. El error judicial y la presunción de inocencia 502
6.1. La garantía constitucional de la presunción de inocencia y las reglas de valoración probatoria 502
6.2. El principio de la verdad procesal 503
6.3. El principio de la libre valoración 504

9. Análisis de la Ejecutoria del 01 de diciembre del 2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema 389

XV
PRUEBA INDICIARIA

1. Introducción 395
2. Descripción del marco normativo 397
2.1. Construcción normativo de la prueba indiciaria 397
2.2. Marco normativo de complementación 397
2.3. Marco normativo de protección 398
3. Identificación de los elementos integrantes de la prueba indiciaria regulados en el Código Procesal Penal 398
4. Apreciación de indicios de culpabilidad, con la correspondiente sentencia condenatoria 402
5. Apreciación de indicios insuficientes 404
6. Esquema de la estructura de la prueba por indicios 405
7. Del rol de la defensa técnica en la configuración de la prueba indiciaria 407

XVI
ALEGACIONES DE APERTURA

1. La garantía de la determinación del hecho en la acusación.. 416
2. Exigencias de una Acusación ordinaria 419
3. Exigencias respecto de una Acusación Complementaria: (Art. 263° del CdePP.) 420
4. Control de la Acusación - Fundamentación Fáctica 420
5. Control de la Acusación - Fundamentación Jurídica 421
6. Supuestos habilitantes para declarar la nulidad de la Acusación Fiscal 422
7. La declaratoria de nulidad en las diferentes instancias del proceso penal 427
7.1. A nivel de 1era. Instancia 427
7.2. En relación a la declaración de nulidad de la decisión fiscal a nivel de 2da. Instancia 430
8. Casuística sobre el control de la Acusación Fiscal 432

XVII
ALEGATOS FINALES

1. Reglas de valoración de prueba 443
1.1. El principio de la verdad procesal 443
1.2. El principio de la libre valoración 444

1.3. El principio de solución de la incertidumbre 445
2. Protección constitucional del derecho fundamental a la prueba 446
3. Reconocimiento normativo restringido de la prueba y su relación con la presunción de inocencia 446
4. Exigencias para producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez 447
5. Valoración adecuada de la prueba 448
6. Verificación del ejercicio del derecho fundamental a probar 448
7. Criterios para seleccionar y dotar de validez a las declaraciones prestadas por el inculpado o testigo 449
7.1. Aplicación de los criterios para seleccionar y dotar de validez a las declaraciones prestadas por el inculpado o testigo 449

XVIII
EXTRADICIÓN

1. Marco teórico de la extradición 455
2. Tipos de extradición 458
2.1. La extradición activa 458
2.2. La extradición pasiva 459
3. Fuentes de la extradición 460
4. El principio de reciprocidad en los procesos de extradición 460
5. Marco jurídico de la extradición en el Perú 461
6. La extradición activa en nuestro ordenamiento 463
7. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional (Caso Benavides Morales) 466

XIX
TEORÍA DEL ERROR JUDICIAL EN MATERIA DE DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y HECHOS PUNIBLES CONEXOS

1. A modo de introducción 471
2. Concepto 473
3. De las potenciales fuentes de error en materia de delitos contra la Administración Pública 475
4. Posibles cautelas para evitar o reducir el error judicial 489
5. ¿Puede la praxis judicial ser falible y a la vez ser confiable? 501
6. El error judicial y la presunción de inocencia 502
6.1. La garantía constitucional de la presunción de inocencia y las reglas de valoración probatoria 502
6.2. El principio de la verdad procesal 503
6.3. El principio de la libre valoración 504

6.4. El principio de solución de la incertidumbre 505
6.5. Errores frecuentes en los delitos contra la Administración Pública 506
7. Del deficiente manejo de la prueba indiciaria en los autos apertorios de instrucción o etapa postulatoria del proceso penal ... 520
7.1. De la necesidad de un cambio de paradigma en la expedición de sentencia condenatoria en base a prueba indiciaria 520
8. El desconocimiento y deficiencia en el manejo de la prueba pericial 521
8.1. Introducción 521
8.2. Problematización y metodología 522
8.3. Delimitación de la discusión 523
8.4. Fiabilidad de la pericia 525
8.5. Toma de postura 530
9. Error judicial al impulsar la continuación de una persecución múltiple bajo factum de imputaciones correspondientes a delitos clausurados en sede penal 535
9.1. Refutación del núcleo duro de la imputación o unidad constituidora del thema probamdun de la Acusación Fiscal de fecha 16 de mayo del 2005, y como corolario de ello, contravención del Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, que impone la obligación al órgano jurisdiccional que «los hechos imputados deben respetarse, no puede alterarse; es decir la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas» 535
9.2. Exclusión expresa -vía sentencia ejecutoriada del 12 de mayo del 2006, Exp. N° 01-2001, Sexta Sala Penal Especial, por la que se condenó al autor- de la residual y sintética base fáctica del delito de cohecho, que ahora se imputa al procesado a título de cómplice del delito de enriquecimiento ilícito; asimismo, identificación de los supuestos cómplices del delito de Enriquecimiento Ilícito 539
9.3. Exclusión expresa del procesado como una de las personas que intervinieron en el supuesto ocultamiento del patrimonio de Montesinos Torres 539
9.4. Inclusión del procesado como una de las personas que intervinieron en los supuestos delitos de asociación ilícita para delinquir y cohecho, por los que fue absuelto y se declaró fundada la cosa juzgada 543
9.5. Atipicidad por ausencia de factum exigible en materia de complicidad 546

10. Error judicial en materia de prueba pericial 546
11. Errores judiciales en el delito de Asociación Ilícita para Delinquir - Error judicial en la postulación e instauración de proceso penal en materia de Asociación Ilícita para Delinquir - La nulidad de la imputación por delito de asociación ilícita para delinquir 579
12. Errores judiciales en el delito de colusión desleal - Errores al dotar contenido penal a conductas neutrales en el contexto del delito de colusión desleal 583
12.1. La no configuración del elemento concertación y perjuicio patrimonial exigido por el artículo 384 del Código Penal, modificado por la Ley N° 29703 583
12.2. La no configuración de la complicidad primaria en el delito de colusión desleal 585
12.3. La conducta realizada constituye una conducta neutra y no lesiva al patrimonio del Estado 587
12.4. Demostración de la atipicidad del hecho objeto de imputación a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, al exigir el elemento perjuicio, puntualizándose que las meras y supuestas irregularidades u omisiones es inocuo para configurar el delito de colusión desleal 589
12.5. Infracción en la aplicación de la ley temporal de la ley penal 594
12.6. Atipicidad de los hechos desde la óptica de la normatividad vigente al momento de ocurrido los hechos 599
12.7. En cuanto al revestimiento que deben detentar los integrantes del órgano de gobierno de la Caja de Pensiones Militar Policial, para ser catalogados como autores del delito de colusión desleal 601
12.8. De la imprecisa tipificación de los hechos por parte del Ente Persecutor 604
12.9. Extensión de las figuras del partícipe 606
13. Derecho del ausente o del contumaz a una sentencia absolutoria 609

XX

LA JUDICIALIZACIÓN PENAL Y ADMINISTRATIVA DE LA POLÍTICA
LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL

1. A modo de introducción 617
2. El procedimiento administrativo 620
3. Garantías mínimas del debido proceso 624
4. El principio de legalidad y subprincipio de taxatividad 627

5. El principio de legalidad y subprincipio de taxatividad en sede administrativa 629
6. El principio de legalidad y subprincipio de taxatividad en sede parlamentaria 629
a) El antejuicio político 629
b) Las infracciones constitucionales 630
7. Infracción constitucional por la aprobación de normas inconstitucionales 631
8. Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación .. 633
9. Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación en sede administrativa 634
10. Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación en sede parlamentaria 635
11. Derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa 636
12. Derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa en sede administrativa 637
13. Derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa en sede parlamentaria 638
14. Acusación y derecho a la defensa 638
15. Acusación y derecho a la defensa en sede administrativa .. 640
16. Acusación y derecho a la defensa en sede parlamentaria: antejuicio político, inmunidad parlamentaria, autonomía e independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público 640
17. Derecho a la presunción de inocencia 644
18. Derecho a la presunción de inocencia en sede administrativa .. 646
19. Derecho a la presunción de inocencia en sede parlamentaria y las inhabilitaciones por comisión de delitos 647
20. Derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial 647
21. Derecho a ser juzgado por una autoridad administrativa independiente e imparcial en sede administrativa 651
22. Derecho a ser juzgado por una autoridad independiente bajo criterios objetivos y razonables en sede parlamentaria 651
23. Principio non bis in idem 652
24. Principio non bis in idem en sede administrativa 653
25. Principio non bis in idem en sede parlamentaria 653
26. Derecho al plazo razonable en la investigación o en el proceso ... 655
27. Derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable ... 655
28. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable 656
29. Derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable en el caso de los altos funcionarios en sede parlamentaria . 656
30. El número de votos necesario para imponer sanciones en sede parlamentaria 658

31. Las comisiones investigadoras y el levantamiento del secreto bancario 659
32. El juicio político 660
33. La inhabilitación 665
33.1. Contenido de la inhabilitación política 666
33.2. Alcances y efectos de la inhabilitación política 667
33.3. Control jurisdiccional de la sanción de inhabilitación política 668
34. Control de constitucionalidad y control de legalidad de los actos de la administración 669
35. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración 673
36. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo 674
37. El derecho de petición y su desarrollo constitucional 676
38. El derecho de acceso a la jurisdicción y el establecimiento de costos en el agotamiento de la vía previa 678

JURISPRUDENCIA

I
PECULADO
..... 681

II
ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO
..... 829

III
NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE
..... 903

IV
COLUSIÓN DESLEAL
..... 965

V
ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR
.....1159

VI
COHECHO IMPROPIO
.....1171

VII
DELITO DE REHUSAMIENTO DE ENTREGAR BIENES
.....1213

VIII
OTRAS EJECUTORIAS
.....1217

Parte Procesal

I

El diseño constitucional de la persecución penal

1. El Ministerio Público como Titular de la Acción Penal

La constitucionalidad del principio acusatorio, que informa el enjuiciamiento en el proceso penal, ha sido reconocida por este Tribunal [Exp. N° 1939-2004-HC, Ricardo Ernesto Gómez Casafranca, Exp. N° 3390-2005-HC, Jacinta Margarita Toledo Manrique]. La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: «a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad» [Gómez Colomer, Juan Luis, *El Proceso Penal en el Estado de Derecho. Diez estudios doctrinales*, Palestra, Lima, 999.

La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159° de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin. De modo análogo, aunque no se trata de un supuesto de decisión de no haber mérito para acusar sino de no haber mérito a denunciar, puede citarse lo señalado en la sentencia recaída en el expediente de inconstitucionalidad 0023-2003-AI/TC, en la que este Tribunal declaró inconstitucional la disposición del entonces vigente Código de Justicia Militar, que admitía la posibilidad de que si los fiscales no ejercen la acción penal, el Juez instructor podría abrir proceso.

De acuerdo a la ya reseñada característica del principio acusatorio, la falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria, máxime si el fiscal tuvo la opción, en vez de acusar, de solicitar la ampliación de la instrucción. En caso el fiscal decida no acusar, y dicha resolución sea ratificada por el fiscal supremo (en el caso del proceso ordinario) o por el fiscal superior (para el caso del proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin.

En este mismo sentido se ha pronunciado la doctrina nacional señalándose que:

> «Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, pues la decisión del Ministerio Público, titular de la acción penal, ha sido la de terminar con la persecución del delito, consecuentemente, no cabe disposición expresa en sentido contrario por otra autoridad» (SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004, p. 550).

Y que:

> «En atención a que el control de la legalidad sobre el dictamen fiscal tiene su límite en el principio acusatorio (...) únicamente es posible revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el fiscal formule acusación, si es que el fiscal que interviene en la absolución del grado discrepa del dictamen en referencia; de no hacerlo, se debe sobreseer la causa sin más, dada la base persecutoria constitucionalmente impuesta al proceso penal. (...)». [SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., tomo I, Grijley, Lima, 2003, p. 620].

En el presente caso, una vez concedida la apelación contra el auto que decretó el sobreseimiento, la Primera Sala para Reos Libres de la Corte Superior de Lima declaró la nulidad del sobreseimiento y la ampliación de la instrucción, por considerar que la investigación realizada no permite determinar la delictuosidad del hecho. Este colegiado considera que ello vulnera igualmente el principio acusatorio, ya que si bien el órgano jurisdiccional no está asumiendo, en estricto, el papel de acusador, ni se está obligando al titular de la acción penal

a dictaminar en determinado sentido, el titular de la acción penal en su grado máximo según la vía procedimental correspondiente, ya ha tomado una decisión que impide la imposición de una condena. En este mismo sentido se ha pronunciado San Martín Castro, quien señala que:

> «Uniforme jurisprudencia ha puntualizado que el órgano jurisdiccional también está facultado para disponer la ampliación de la instrucción si entiende que la investigación está incompleta, sin embargo es de discrepar tajantemente contra esta facultad toda vez que no se condice con la naturaleza persecutoria del proceso penal y confunde el verdadero rol del órgano jurisdiccional al vincularlo con el material probatorio bajo un supuesto «deber de esclarecimiento» que nuestra ley fundamental no le atribuye» [*ibidem*].

Si bien la resolución cuestionada es la que concede el recurso de apelación interpuesto contra la resolución que declara sobreseída la acción penal contra el favorecido y otros, la nulidad de dicho concesorio determina la firmeza de la resolución impugnada que declara sobreseída la acción y, en tal sentido, la conclusión del proceso penal y, por consiguiente, la nulidad de todo lo actuado con posterioridad al precitado sobreseimiento en dicho proceso penal.

Finalmente, es de precisarse que, en tanto el sobreseimiento dictado de conformidad al dictamen fiscal que se pronunciaba en el sentido de no haber mérito para acusar constituye una resolución irrecurrible, la concesión del recurso de apelación contra dicho auto y su posterior anulación por la Primera Sala para Reos Libres de la Corte Superior de Lima constituye una vulneración a la prohibición constitucional de revivir procesos fenecidos, dejando sin efecto una resolución que constituye cosa juzgada, vulnerando así lo establecido en el artículo 139°, incisos 2 y 13, de la Constitución, según el cual no es posible «(...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada», lo cual atenta también contra la seguridad jurídica.

De esta forma, el Tribunal Constitucional puso fin al proceso seguido contra el ciudadano Manuel Enrique Umbert Sandoval, ratificando al mismo tiempo, la autoridad del Ministerio Público como único titular de la acción penal, y en tal sentido el auto de sobreseimiento emitido de conformidad con el dictamen fiscal de no haber mérito para emitir acusación puso fin al proceso, el cual no puede ser impug-

nado. Así lo precisa la sentencia recaída en el expediente N° 02005-2006-HC/TC, que declara fundada la demanda de hábeas corpus.

Asimismo, el TC ordena poner en conocimiento de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura y del Consejo Nacional de la Magistratura, la conducta de los vocales integrantes de la Primera Sala para Reos Libres de la Corte Superior de Lima para que procedan conforme a sus atribuciones.

El pronunciamiento del Tribunal Constitucional deja sin efecto el auto mediante el cual se concede el recurso de apelación interpuesto contra el auto de sobreseimiento emitido de conformidad con el dictamen fiscal de no haber mérito para emitir acusación en el proceso penal seguido contra Manuel Enrique Umbert Sandoval y otros en presunto agravio del Interbank.

En el proceso que se inició hace cuatro años, pese que el Fiscal Provincial emitió dictamen en el sentido de que no había lugar para emitir acusación y que fue elevado en consulta al Fiscal Superior, quien confirmó el dictamen; sin embargo la Sala anuló dicho sobreseimiento y dispuso la ampliación de la instrucción, desestimando incluso el dictamen de un tercer fiscal que se había pronunciado también por el sobreseimiento.

El TC con este pronunciamiento ratifica la vigencia del principio acusatorio en el proceso penal, el cual informa el enjuiciamiento. Si bien se trata de un proceso sumario en el que no hay una etapa de juzgamiento, tal principio le es aplicable en tanto regula la relación entre los órganos encargados de acusar y sentenciar.

Este principio establece a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; y c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad.

Finalmente, el TC señala que en tanto el sobreseimiento dictado por el juez de conformidad con dictamen fiscal que se pronuncia en el sentido de no haber mérito para acusar constituye una resolución irrecurrible, la concesión del recurso de apelación contra dicho auto y su posterior anulación por la Primera Sala de la Corte Superior de Lima constituye una violación a la prohibición de revivir procesos fenecidos.

Constituye sentencia paradigmática sobre ello, la sentencia del 13 de marzo de 2006, Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, Lima, Manuel Enrique Sandoval. En el presente caso se cuestiona la resolución mediante la cual se concedió a la parte civil la apelación contra el auto que declara el sobreseimiento de la acción penal, de acuerdo a la decisión del Ministerio Público de no emitir acusación. Se alega vulneración a la libertad individual, el principio acusatorio y al procedimiento preestablecido.

Si bien las pretendidas vulneraciones al procedimiento preestablecido y al principio acusatorio, constituyen elementos del debido proceso, derecho susceptible de protección, en principio, por el proceso de amparo, resulta procedente su tutela en el proceso de hábeas corpus, en tanto de la pretendida afectación a estos derechos se derive una vulneración o amenaza de la libertad individual. Ello, expresamente reconocido en el artículo 25°, último párrafo, del Código Procesal Constitucional, el cual señala que «También procede el hábeas corpus en defensa de los Derechos Constitucionales conexos con la libertad individual, especialmente cuando se trata del debido proceso y la inviolabilidad del domicilio». En el presente caso, dado que la resolución judicial cuestionada concede el recurso de apelación interpuesto contra un auto que pone fin a un proceso penal en el que los inculpados tenían mandato de comparecencia restringida, manteniendo así las restricciones a la libertad individual que sufre el inculpado dentro del proceso penal, resulta procedente analizar las pretendidas vulneraciones al debido proceso en el presente hábeas corpus.

Antes de analizar las pretendidas vulneraciones al debido proceso, el Tribunal Constitucional reiteró que no es labor de la justicia constitucional el resolver asuntos de mera legalidad. Es por ello que el sentido del pronunciamiento en la presente sentencia no consistirá en determinar, desde el texto de las normas legales que fueron de aplicación al proceso penal, qué interpretación resulta más correcta, sino si la resolución cuestionada, aunque corresponda a una correcta aplicación de la ley, resulta vulneratoria de los Derechos Constitucionales del beneficiario del presente hábeas corpus.

Dicho lo anterior, el Supremo Intérprete de la Constitución señala que el proceso penal en el que fue emitida la resolución judicial que se cuestiona es uno sumario, al que le fue de aplicación supletoria lo previsto en el Código de Procedimientos Penales para el proceso ordinario, el cual establece, en el artículo 220°, que en caso el Fiscal

decida no acusar y opine que no hay mérito para pasar a juicio oral, la Sala Penal podrá, alternativamente, a)Disponer el archivamiento del expediente; b) Ordenar la ampliación de la instrucción; c) Elevar directamente la instrucción al fiscal supremo. Señala, además, que con el pronunciamiento del Fiscal Supremo queda terminada la incidencia. En el presente caso fue de aplicación el tercer inciso del citado artículo. Es decir que el Juzgado, al no estar de acuerdo con el dictamen fiscal en el sentido de que no había mérito para formúlar acusación contra los inculpados, optó por elevar en consulta los actuados al Fiscal Superior, quien mediante dictamen de fecha 17 de octubre de 2003 aprobó el dictamen elevado en consulta[1].

2. El plazo razonable en la investigación fiscal

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al plazo razonable de la investigación fiscal en las sentencias recaídas en el Exp. N° 5228-2006-PHC/TC, *caso Samuel Gleiser Katz*, y en el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC, *caso Alexander Mosquera Izquierdo*, señalando que es posible respecto de este tema el control constitucional de las actuaciones del Ministerio Público.

Respecto al derecho a ser juzgado en un plazo razonable constituye una manifestación implícita del derecho al debido proceso establecida en el artículo 139°, inciso 3 de la Constitución Política del Perú. El Tribunal Constitucional ha señalado que sólo se puede determinar la violación del contenido constitucionalmente protegido del mencionado derecho a partir del análisis de los siguientes criterios: a) la actividad procesal del interesado; b) la conducta de las autoridades judiciales; y c) la complejidad del asunto. Estos elementos permitirán apreciar si el retraso o dilación es indebido, lo cual como ya lo ha indicado el Tribunal Constitucional es la segunda condición para que opere este derecho.

---

[1] Declaro **FUNDADA** la demanda de hábeas corpus.
Declarar nula la resolución mediante la cual se concede la apelación interpuesta contra la Resolución de fecha 5 de febrero de 2004, expedida por el Trigésimo Sexto Juzgado Penal de Lima en el proceso 386-2002.
Declarar nula la resolución de fecha 10 de noviembre de 2004, emitida por la Primera Sala Penal para Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declara nula la resolución que declara sobreseída la acción penal en el mismo proceso.
Poner en conocimiento de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura y del Consejo Nacional de la Magistratura la conducta de los vocales integrantes de la Primera Sala para Reos Libres de la Corte Superior de Lima para que procedan conforme a sus atribuciones.

El Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N° 5350-2009-PHC/TC, caso Salazar Monroe, respecto de la determinación de los extremos dentro de los que transcurre el plazo razonable del proceso penal, es decir, el momento en que comienza (*dies a quo*) y el instante en que debe concluir (*dies ad quem)* ha señalado que: «(...) a. La afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido en el inciso 1) del artículo 8° la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se debe apreciar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla en contra de cierto imputado (análisis global del procedimiento), hasta que se dicta sentencia definitiva y firme (*dies ad quem*), incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse; y b. El plazo razonable del proceso penal comienza a computarse (*dies a quo*) cuando se presenta el primer acto del proceso dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito, que a su vez puede estar representado por: i) la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado; o ii) la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso».

Sin embargo, el Colegiado Constitucional considera que la demanda debe ser desestimada respecto al proceso signado con el N° 072-2009 porque como se señaló en el fundamento anterior el plazo razonable del proceso penal comienza a computarse cuando se presenta el primer acto del proceso dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito, que en el caso de autos –conforme a la información remitida mediante Oficio N° 72-2009-3JPLT»B»-RALO-LMUV– se presenta con la expedición de la Resolución de fecha 31 de marzo del 2011 por la que se amplía el Auto Apertorio de Instrucción de fecha 28 de enero del 2010 con el fin de comprender en el mencionado proceso penal a los recurrentes, dictándoseles mandato de comparecencia restringida. Ello al haberse revocado mediante Resolución de fecha 22 de octubre del 2010 el Auto de fecha 28 de enero del 2010, en el extremo en que declaró no haber lugar a la apertura de instrucción contra los recurrentes; en consecuencia no puede alegarse que exista una dilación indebida en el proceso penal N° 072-2009, siendo de aplicación, *contrario sensu*, el artículo 2° del Código Procesal Constitucional.

3. Defensor de la legalidad

El artículo 159° de la Constitución señala que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito,

ejercitar la acción penal pública, de oficio o a petición de parte, así como la de emitir dictámenes previo a las resoluciones judiciales. Si bien es cierto que la actividad del Ministerio Público a nivel de la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia, se encuentra vinculada al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso, también lo es que el hecho de acopiar indicios y/o pruebas para formular la denuncia, prescindiendo en la investigación preliminar de citar al investigado, no configura un agravio directo y concreto del derecho materia de tutela de hábeas corpus, por cuanto no impone medidas de coerción de la libertad individual. En ese sentido, el Tribunal Constitucional viene subrayando en su jurisprudencia que las actuaciones del Ministerio Público son postulatorias y en ningún caso decisorias sobre lo que la judicatura resuelva (Cfr. STC 3960-2005-PHC/TC y STC 05570-2007-PHC/TC, entre otras).

Para entender el ejercicio de las facultades discrecionales de los fiscales de todas las instancias del Ministerio Público dentro del marco constitucional es pertinente reproducir aquellas sentencias del Tribunal Constitucional que hacen el respectivo análisis de los artículos de la Constitución que prevén la existencia del Ministerio Público y las atribuciones asignadas a sus representantes.

El Tribunal Constitucional peruano ha señalado en reiterada jurisprudencia que todos los representantes de los Poderes del Estado y Órganos Constitucionales deben adecuar sus actos y conducta funcional a las disposiciones de la Constitución Política del Estado.

Los representantes del Ministerio Público no pueden ser la excepción. Sobre todo si a ellos se les ha otorgado la condición de «defensores de la legalidad».

Ese título «defensor de la legalidad» implica una altísima responsabilidad en el ejercicio de la función. Si al defensor de la legalidad se le detecta infracción de la Constitución o vulneración de los derechos fundamentales de un ciudadano; entonces, qué se podría esperar de los demás funcionarios públicos.

En la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el hábeas corpus interpuesto a favor de don Samuel Gleiser Kats se estableció la vulneración del derecho fundamental al debido proceso por parte de un fiscal provincial de Lima.

La importancia de esa sentencia radica en la explicación que hace sobre los límites constitucionales de la labor del Ministerio Público, y

de sus representantes, quienes tienen facultades discrecionales que de ninguna pueden pasar por encima de la Constitución del Estado.

A continuación, la reproducción literal de las partes pertinentes de la sentencia expedida en el expediente 5228-2006-PHC/TC:

> «Del análisis de lo actuado en autos se desprende que el accionante pretende que el Tribunal Constitucional ordene archivar el procedimiento de investigación fiscal iniciado en su contra, por la presunta comisión del delito contra la administración de justicia. Argumenta la existencia de una supuesta demora excesiva en la duración de la investigación prejurisdiccional».

4. La razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal

El Tribunal Constitucional, supremo guardián e intérprete de la Constitución y de los derechos fundamentales, advierte un vacío Legislativo en cuanto al plazo de investigación prejurisdiccional. En consecuencia, considera necesario establecer, en virtud del artículo VI del Código Procesal Constitucional, determinados criterios jurídicos que permitan determinar la razonabilidad y proporcionalidad del plazo de investigación que realice el Ministerio Público en cumplimiento del mandato constitucional previsto en el artículo 159° de la Constitución del Estado.

La Constitución (artículo 159°) ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales, destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como dispone el artículo 159° inciso 5 de la Constitución. Si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido, y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales.

En realidad, ésta es una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto éstos

comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares.

En esta misma línea de limitación y control del poder público y privado, el artículo 200° inciso 1 de la Constitución establece que el proceso constitucional de hábeas corpus «(...) procede ante el hecho u omisión de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual o los Derechos Constitucionales conexos». De conformidad con esta disposición constitucional, se puede señalar que la Constitución no ha excluido la posibilidad de realizar un razonable control constitucional de los actos del Ministerio Público, pues ha previsto la procedencia del hábeas corpus contra cualquier autoridad, funcionario o persona que amenaza o vulnera el derecho a la libertad personal o los derechos conexos.

Lo señalado precedentemente tiene su fundamento, por otro lado, en la interdicción de la arbitrariedad, la cual es un principio y una garantía frente a la facultad discrecional que la ley ha reconocido al Ministerio Público al no disponer un plazo máximo de investigación prejurisdiccional lo cual afecta el principio-derecho de la seguridad jurídica. De ahí que se haya señalado, en sentencia anterior (Exp. N° 06167-2005-PHC/TC, FJ 30), que «el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica».

En reciente jurisprudencia emitida por el Tribunal Constitucional (TC), se dispuso que el Ministerio Público, a través la Segunda Fiscalía Provincial para Asuntos de Criminalidad Organizada, excluya o concluya sus indagaciones en relación al investigado Humberto Abanto Verástegui, al haber excedido el plazo razonable para llevar a cabo la investigación preliminar, tomando para ello como base lo previsto en el artículo 342° del Nuevo Código Procesal Penal.La sentencia emitida por el TC con los votos de Mesía Ramírez, Álvarez

Miranda y Eto Cruz (dirimente) y los votos en discordia de Landa Arroyo y Calle Hayen, cuestiona y restringe las competencias del Ministerio Público, como órgano constitucional autónomo y defensor de la legalidad. Las funciones que tiene el Ministerio Público, y que se encuentran previstas en el artículo 159° de la Constitución y 14° de su Ley Orgánica, son en general la titularidad de la acción penal pública, siendo su labor especialmente persecutoria en la investigación del delito. Alega la sentencia que se ha vulnerado el principio de interdicción de la arbitrariedad, «pues resulta irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial», al haber excedido el Ministerio Público el plazo razonable para la investigación preliminar, ya que ésta se viene desarrollando desde el 07 de febrero del 2008. Sostiene que tomando en consideración los plazos previstos por el nuevo Código Procesal Penal en su artículo 342°, este ya habría pasado en exceso. Si por aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, el Tribunal Constitucional considera que tiene potestad para ordenarle al Ministerio Público que cese su labor persecutoria respecto de un ciudadano, en base a lo expuesto en su demanda de hábeas corpus, lo que está haciendo es desconocer, al paralelo, lo medular de sus atribuciones, y la Constitución que es clara en establecer las prerrogativas del Ministerio Público.

5. Principio de jerarquía

Este principio se encuentra regulado en el artículo 5 de la Ley Orgánica del Ministerio Público cuando establece que «los Fiscales actúan independientemente en el ejercicio de sus atribuciones, las que desempeñarán según su propio criterio y en la forma que estimen más arreglada a los fines de su institución. Siendo un cuerpo jerárquicamente organizado, deben sujetarse a las instrucciones que pudieran impartirles sus superiores».

El Tribunal Constitucional, en el caso Chávez Sibina, puntualizó que: [...] solo se justifica, si de lo que se trata es de dotar de coherencia y unidad al ejercicio de las funciones constitucionales que establece el artículo 159 de la Constitución. De ahí la necesidad de que se establezcan también relaciones de coordinación conjunta entre los Fiscales de los distintos niveles, en atención a que la política de persecución criminal no puede ser definida por cada fiscal o juez en particular, pues ello corresponde al propio Estado (fundamento jurídico 17).

Acentuando el Tribunal Constitucional que el principio de jerarquía no puede llevar a anular la autonomía del Fiscal de menor jerarquía en el ejercicio de sus atribuciones.

6. Debido proceso a nivel preliminar

El debido proceso es un principio continente que engloba los otros principios, derechos y garantías propias del proceso judicial, y que, además, extiende su ámbito de aplicación a la investigación preliminar y a toda investigación administrativa, por lo que, obviamente, pese a encontrarse ubicado en el artículo 139, inciso 3 de la Constitución como principio rector de la actividad jurisdiccional, su ámbito de aplicación es mucho mayor a la que exige la intervención del juez.

El Tribunal Constitucional, en diversas sentencias, dejó sentado que el principio del debido proceso también se proyecta en la etapa prejurisdiccional del proceso penal, cuya dirección le compete al Ministerio Público; en tal sentido, las garantías previstas en el artículo 4 del Código Procesal Constitucional serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, las mismas que deben ser interpretadas de conformidad con el artículo 1 de la Constitución, según la cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (Caso Cantuarias Salaverry, fundamento jurídico 32).

Esta pauta interpretativa es reiterada en otras sentencias, verbigracia, en el caso Chávez Sibina, afirma que: [...] el derecho al debido proceso despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella fase del proceso penal en la cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato previsto en el artículo 159° de la Constitución (fundamento jurídico 11).

7. Principio de interdicción de la arbitrariedad

En el Exp. N° 090-2004-AA/TC, Lima, del 05 de julio de 2004, se destaca que este principio tiene un doble significado: en sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; mientras que, en sentido moderno y concreto, se expresa en la falta de fundamentación objetiva, congruente y lógica con que se debe emitir toda decisión. Es decir, lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

Bajo dicho derrotero, el ente persecutor tiene cierto grado de discrecionalidad para realizar la investigación a fin de determinar la existencia de elementos probatorios suficientes que justifique la formalización de la denuncia ante el órgano jurisdiccional correspondiente. Pero esta discrecionalidad, a decir del Tribunal Constitucional, está sujeta a las siguientes proscripciones:

a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica (caso Cantuarias Salaverry).

Consecuentemente, todas las decisiones fiscales deben sujetarse a los límites anotados.

8. *Ne bis in idem* y cosa decidida

El Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el Exp. N° 2725-2008- PHC/TC, Lima, del 22 de septiembre de 2008, caso Chauca Temoche, precisó que a la resolución fiscal de «no ha lugar a formalizar denuncia penal» no se le puede negar el carácter de *cosa decidida,* porque si el caso que tiene esa calidad es reabierto por otro fiscal a futuro, se vulneraría el *ne bis in idem* en su vertiente procesal, ya que la libertad del investigado no puede ser nuevamente puesta a riesgo de un segundo procedimiento en sede prejurisdiccional. Puntualizó el Tribunal Constitucional que: Este Tribunal afirma que la decisión fiscal de «no ha lugar a formalizar denuncia penal» [...] genera un estatus de inamovible. Esta afirmación tiene sustento en dos postulados constitucionales: a) La posición constitucional del Ministerio Público lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159 de la Constitución, en otras palabras, es el fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito; b) Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de *cosa decidida* que las hace plausibles de seguridad jurídica (fundamento jurídico 16).

9. Conducción de la investigación

El artículo 159° de la Constitución ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las que destacan *la facultad*

de conducir o dirigir desde su inicio la investigación de delito, así como la de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte. Si bien se trata de facultades discrecionales que, de modo expreso, el poder constituyente le ha reconocido al Ministerio Público, sin embargo, no pueden ser ejercidas de manera irrazonable, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales; antes bien, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucionalmente constituido, y por ende sometido a la Constitución, tales facultades deben ser ejercidas en estricta observancia y pleno respeto de los mismos.

Que siendo el derecho al plazo razonable de la investigación preliminar (policial o fiscal) manifestación del derecho al debido proceso, alude a que en un lapsosuficiente se esclarezcan los hechos objeto de investigación y se emita una decisión. Si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para que ello ocurra debe existir la concurrencia de una *causa probable* y la *búsqueda* de la comisión de un ilícito penal en un plazo que sea razonable. De ahí que resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación policial o fiscal. Sobre el particular véase el Exp. N° 02748-2010-PHC/TC.

10. Lesión al derecho al plazo razonable del proceso, al continuar el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, con la imputación no obstante se extinguió la acción penal

En lo que respecta a los extremos de la demanda que se refieren: a) A que el delito por el cual el actor ha sido condenado es, de acuerdo al criterio esgrimido por la Sala suprema demandada, de naturaleza permanente, a pesar de que, según la dogmática penal, tendría más bien naturaleza instantánea; b) A que la Sala suprema expidió la ejecutoria cuestionada cuando ya había vencido en exceso el plazo de prescripción de la acción penal; debe manifestarse que, conforme a lo señalado anteriormente por este Tribunal [Cfr. Exp. N° 1805-2005-HC/TC, Máximo Humberto Cáceda Pedemonte], la prescripción, desde un punto de vista general, es la institución jurídica mediante la cual, por el transcurso del tiempo, la persona adquiere derechos o se libera de obligaciones. Y, desde la óptica penal, es una causa de extinción de la responsabilidad criminal fundada en la acción del

tiempo sobre los acontecimientos humanos o en la renuncia del Estado al *ius punendi*, bajo el supuesto de que el tiempo transcurrido borra los efectos de la infracción, existiendo apenas memoria social de ella. Dicho de otro modo, en una Norma Fundamental inspirada en el principio *pro homine*, la ley penal material otorga a la acción penal una función preventiva y resocializadora, en la cual el Estado autolimita su potestad punitiva; orientación que se funda en la necesidad de que, pasado cierto tiempo, se elimine toda incertidumbre jurídica y se abandone el castigo de quien lleva mucho tiempo viviendo honradamente, consagrando de esta manera el principio de seguridad jurídica.

Así, la ley considera varias razones que permiten extinguir la acción penal, en virtud de las cuales el Estado autolimita su potestad punitiva: causas naturales (muerte del infractor), criterios de pacificación o solución de conflictos sociales que tienen como base la seguridad jurídica (cosa juzgada o prescripción) o razones sociopolíticas o de Estado (amnistía).

En este orden de ideas resulta lesivo al derecho al plazo razonable del proceso que el representante del Ministerio Público, titular de la acción penal, sostenga una imputación cuando ésta se ha extinguido, o que formule denuncia penal cuando la potestad persecutoria del Estado, por el transcurso del tiempo, se encuentra extinguida, y que el órgano jurisdiccional abra instrucción en tales supuestos.

El Código Penal reconoce la prescripción como uno de los supuestos de extinción de la acción penal. Es decir, que mediante la prescripción se limita la potestad punitiva del Estado, dado que se extingue la posibilidad de investigar un hecho criminal y determinar la responsabilidad del supuesto autor o autores del mismo.

La prescripción de la acción penal tiene relevancia constitucional, toda vez que se encuentra vinculada al contenido del derecho al plazo razonable del proceso, el cual forma parte del derecho fundamental al debido proceso. Es por ello que muchas de las demandas de hábeas corpus, en las que se ha alegado prescripción de la acción penal, han merecido pronunciamiento de fondo por parte de este Tribunal. (Cfr. STC Exp. N° 2506-2005-PHC/TC; Exp. N° 4900-2006-PHC/TC; Exp. N° 2466-2006-PHC/TC; Exp. N° 331-2007-PHC/TC).

Sin embargo, es preciso indicar que, no obstante la relevancia constitucional de la prescripción de la acción penal, el cálculo de dicho lapso requiere, en algunas ocasiones, la dilucidación de aspectos que no

corresponde a la justicia constitucional. En efecto, conforme al artículo 82° del Código Penal el plazo de prescripción se cuenta desde la fecha en que se consumó el delito (para el delito instantáneo) o desde el momento en que cesó la actividad delictuosa (en los demás casos). Como es de verse, determinar la prescripción de la acción penal requerirá previamente establecer la fecha en que cesó la actividad delictiva o el momento de la consumación, lo que es competencia de la justicia ordinaria.

En caso de que la justicia penal determine todos los elementos que permiten el cómputo del plazo de prescripción, podrá cuestionarse ante la justicia constitucional la prosecución de un proceso penal a pesar de que haya prescrito la acción penal. En caso contrario, la pretensión deberá ser rechazada. Así, este Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Exp. N° 5890-2006-PHC/TC, no obstante la relevancia constitucional que ostenta la prescripción de la acción penal, no pudo estimar la pretensión incoada toda vez que la justicia ordinaria no había establecido la fecha de consumación del ilícito, aspecto crucial para determinar el plazo de prescripción de la acción penal, lo cual no puede ser dilucidado por la justicia constitucional.

11. Construcción del perfil del Ente Persecutor por el Tribunal Constitucional y las tenciones con el Consejo Nacional de la Magistratura

11.1. Posturas del debate

I.- Perfil del CNM - Resolución Acuerdo N° 176-2011:	**I.- Perfil del TC - Sentencia del 16 de Enero del 2012, Exp. N° 03891-2011-PA/TC:**
A fojas 3 a 8 corre copia notarialmente legalizada del Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria del Consejo Nacional de la Magistratura, de fechas 27 y 28 de enero de 2011, en la que consta el impugnado Acuerdo N° 176-2001. Al emitir dicho acuerdo, y para efectos de sustentar la decisión de no nombrar al actor en el cargo al que postuló, el Consejo Nacional de la Magistratura consideró, por mayoría, que, «El voto de los señores Consejeros Peláez Bardales, Guzmán Díaz, Mansilla Gardella, Maezono Yamashita y García Núñez, se fundamenta:	En cuanto al hecho de haber intervenido como abogado en el patrocinio de un ciudadano de nacionalidad china procesado por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, también se advierte de autos algunas cuestiones.

1. En los cuestionamientos públicos que diversos medios de prensa han dado a conocer en los últimos días respecto de su intervención como abogado en el patrocinio de un ciudadano de nacionalidad china que fue imputado de presunto Delito de Tráfico Ilícito de Drogas, como asimismo respecto de la adquisición de un inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica.	Por tanto, respecto de dicho cuestionamiento queda claro –a decir de lo consignado durante la entrevista oral, de la que fluye que las afirmaciones del actor fueron corroboradas por el Consejo Nacional de la Magistratura con las piezas procesales pertinentes– que no sólo no representaba irregularidad alguna, en tanto el actor no tuvo participación en el posterior proceso penal en el que estuvo involucrado el antes mencionado ciudadano chino, sino que además, se encontraba ejerciendo su derecho al libre ejercicio de la profesión que forma parte del contenido del derecho a la libertad de trabajo, reconocido en el artículo 2.15° de la Constitución, y que como tal, garantiza que una persona pueda ejercer libremente la profesión para la cual se ha formado, como un medio de realización personal y, además, contribuye a garantizar el derecho fundamental de defensa de los justiciables a través de su patrocinio en el proceso.
2. Situación que ha generado que el señor Presidente del Poder Judicial solicite al jefe de la OCMA una indagación concerniente a esclarecer dichas aclaraciones.	Por lo demás, así lo consideró el Consejero Vladimir Paz de la Barra quien, respecto del cuestionado acuerdo, emitió un voto singular en el que expresó que, «(...) así como se ha respetado el orden del Cuadro de Méritos a nivel de los postulantes a jueces Supremos, de la misma forma debe también respetarse para el nombramiento de los Fiscales Supremos, el orden del Cuadro de Méritos de los mismos. Que en el caso específico del postulante César José **Hinostroza Pariachi**, con respecto a su cuestionado patrocinio del citado ciudadano de nacionalidad china, éste fue realizado cuando ejercía la abogacía independiente, de manera tal que cuando reingresó al Poder Judicial, se abstuvo de conocer el proceso penal del referido ciudadano chino; situación que fue objeto de investigación por parte de la OCMA, en la que no se encontró responsabilidad al haberse archivado la misma, conforme lo ha demostrado en su entrevista personal.

3. A ello se agrega igualmente tenerse en cuenta que la señora Fiscal de la Nación mediante Oficio N° 044-2011-MP-FN comunica que con fecha 24 de enero del presente año, ha dispuesto promover investigación preliminar de oficio contra el citado postulante por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito en agravio del Estado, por haber adquirido un inmueble ubicado en la Residencial Milon Venture, Miami Beach, Estados Unidos.	
4. De otro lado al tenerse conocimiento que también el Poder Judicial a través de la OCMA habría puesto en marcha un procedimiento de investigación, razones todas estas que sin desmerecer de modo alguno el derecho constitucional a la presunción de inocencia de la cual goza dicho postulante, no es menos cierto que al menos por el momento no satisface en su totalidad y de modo razonable las exigencias para acceder a tan alto cargo, en especial aquella a la que se contraen, de un lado el artículo 2° inciso 8 de la Ley de la Carrera Judicial y de otro lado el artículo IV inciso «a» de la Disposición General del Título Preliminar del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales». (énfasis y subrayados agregados).	Lo antes expuesto evidencia que, por lo menos desde el año 2005, para el Consejo Nacional de la Magistratura era un hecho conocido la existencia del inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, lo cual constituye un hecho lícito y amparado en la Norma Fundamental que garantiza el derecho de propiedad, y que su legitimidad, a decir de los documentos obrantes en autos, y que, evidentemente, el Consejo Nacional de la Magistratura tuvo a la vista, no estaba en discusión, de manera que sustentar el cuestionado acuerdo de no nombramiento en la adquisición del aludido inmueble constituye un hecho que atenta contra el derecho a la debida motivación.
5. Y, desde el punto de vista normativo, se sustenta en el artículo 2°, inciso 8) de la Ley de la Carrera Judicial N° 29277, que dispone que uno de las principales características de un juez es tener «trayectoria personal éticamente irreprochable». Y, en el artículo IV, inciso a) de la Disposición General del Título Preliminar del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N° 281-2010-CNM, que dispone exactamente lo mismo.	Asimismo, con respecto a la adquisición de un inmueble en los Estados Unidos de Norte América, tal adquisición, se ha producido en circunstancias que dicho postulante se encontraba ejerciendo la abogacía; conforme lo ha demostrado con documentos sustentatorios en el acto de su entrevista personal. Que por último, el Consejo Nacional de la Magistratura debe tener en cuenta que la sola información periodística, si bien constituye un elemento para que el Ministerio Público y el Poder Judicial abran investigación de oficio;

	sin embargo tal información periodística de por sí, no constituye una prueba indubitable que motive su no nombramiento, tanto más, si le asiste al citado postulante el derecho humano a la presunción de inocencia, por no existir sentencia o resolución administrativa firme que acredite su responsabilidad; lo contrario significaría obrar discriminatoriamente, contrario a lo que consagra el artículo 23° Inc. c) del Pacto de San José de Costa Rica». (énfasis y subrayados agregados).
6. Como puede advertirse, dos son los fundamentos que a decir de la mayoría de consejeros del Consejo Nacional de la Magistratura no satisficieron la exigencia de que el actor goce de una «trayectoria personal éticamente irreprochable», y que incidieron en su no nombramiento: de un lado, el hecho de haber adquirido un inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, que supondría la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, y que condujeron a que se inicien distintas investigaciones a nivel administrativo por los órganos competentes. Y del otro, el haber intervenido como abogado en el patrocinio de un ciudadano de nacionalidad china procesado por la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas.	

A las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional se suman las siguientes:

En cuanto al hecho de haber adquirido un inmueble en los Estados Unidos de Norteamérica, que supondría la comisión del delito de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado, varias son las cuestiones que se advierten de autos.

En primer lugar, que el recurrente presentó ante la Oficina de Control de la Magistratura, durante los años 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009 y 2010 las correspondientes Declaraciones Juradas de Bienes, Ingresos y Rentas, en las que consta la adquisición del referido inmueble, así como la forma en que ello ocurrió -mediante crédito hipotecario a 30 años y cuando estaba fuera del Poder Judicial-„

y el valor del autovalúo, de acuerdo a los documentos obrantes en el cuadernillo de este Colegiado. Asimismo, en el aparatado de acreencias y obligaciones aparece el correspondiente préstamo hipotecario a favor del «World Saving Bank».

De otro lado, durante la entrevista ante el Pleno del Consejo Nacional de la Magistratura, cuya trascripción realizada por el notario Orlando Malca Pérez corre a fojas 35 y siguientes de autos, se aprecia que también se le cuestionó la compra del aludido inmueble en el extranjero, a lo que el actor respondió que en el año 2002, estando fuera del Poder Judicial, pagó una cuota inicial en varias fechas (1° de agosto y 1° de octubre de 2002 y, 1° de febrero de 2003), para luego adquirir un préstamo hipotecario en el *World Saving Bank* a 30 años. Manifiesta, además, y ante la pregunta de cuáles fueron, esencialmente, sus fuentes de financiamiento aparte del crédito hipotecario, que el 11 de septiembre de 1998 recibió la suma de S/. 94,388 nuevos soles por conceptos de remuneraciones dejadas de percibir a raíz de su cese inconstitucional ocurrido en el año 1992 y que se prolongó al año 1995, fruto de un proceso de amparo en el que obtuvo sentencia estimatoria a su favor.

Aparece en autos además, que mediante la Resolución N° 006-2005-PCNM, del 24 de febrero de 2005, el actor fue ratificado por el Consejo Nacional de la Magistratura en el cargo de Vocal Superior del Distrito Judicial de Loreto, trasladado al Distrito Judicial del Callao, resolución en la que consta que cumplió con presentar sus declaraciones juradas de bienes y rentas para sustentar su patrimonio.

Precisamente los cuestionamientos que condujeron a su no nombramiento dieron lugar a que mediante la Disposición N° 01-2011-MP-FN-EI, del 24 de enero de 2011 (fojas 64), la entonces Fiscal de la Nación disponga promover investigación preliminar de oficio contra el recurrente por la presunta comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado.

Ello motivó que el actor interpusiera una demanda de hábeas corpus que fue declarada fundada por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia del Callao (fojas 181), declarándose, en consecuencia, nula la Disposición Fiscal N° 01-2011-MP-FN-EI, y disponiéndose que se vuelva a emitir nueva resolución debidamente motivada.

Luego y en cumplimiento de dicho mandato, con fecha 31 de mayo de 2011, el Fiscal de la Nación emitió nueva resolución (fojas

236) resolviendo: «No ha lugar a abrir investigación preliminar contra César José **Hinostroza Pariachi**, en su actuación como magistrado del Poder Judicial, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública, Enriquecimiento Ilícito, en agravio del Estado, debiéndose por tanto archivar la presente investigación».

Para efectos del caso de autos, particular importancia revisten los considerandos que a continuación se transcriben, en tanto guardan relación con los cuestionamientos -adquisición de inmueble en el extranjero y patrocinio de ciudadano chino- que concluyeron con el no nombramiento del actor, a saber:

> «(...) al haberse producido la adquisición de dicho bien, en el intervalo de tiempo en el cual el citado no reunía la condición de sujeto activo que el delito de Enriquecimiento Ilícito requiere, no resulta factible atribuirle la comisión de este ilícito por dicha adquisición; aserción que cobra mayor sustento si se toma en cuenta que, conforme a lo indicado en el fundamento 11 de la Sentencia expedida por la Tercera Sala Penal Superior del Callao del 17 de mayo de los corrientes [Exp. N° 552-2011 (HC)] el indicado magistrado presentó copia del contrato de compraventa del inmueble adquirido en los Estados Unidos de América, la cual se produjo el 01 de agosto del 2002, fecha que, efectivamente, se halla dentro del intervalo de tiempo en el cual no ejerció la magistratura, al haber acreditado también el citado magistrado, con la Constancia de la Secretaría de la Presidencia de la Corte Superior del Callao, que dejó de laborar en dicha Corte el 08 de junio de 2001, hasta el 11 de abril de 2003, en que se reincorporó a sus funciones». (subrayado agregado).
>
> «(...) de acuerdo a la información señalada en el fundamento 11 de la sentencia glosada en el numeral anterior, el citado magistrado presentó la Sentencia dictada por el Décimo Sexto Juzgado Penal de Lima que declaró Fundada la demanda de Hábeas Corpus, en el Expediente N° 026-2005-HC, a favor del procesado Ke Jiang Wang, anulando su condena de 18 años de pena privativa de la libertad impuesta por una Sala Penal del Callao; asimismo, acompañó la resolución de la Segunda Sala Penal del Callao de fecha 18 de agosto de 2006, que ordenó el arresto domiciliario del citado encausado Ke Jiang Wang, disponiendo el inicio de un nuevo juicio oral, Sala en la que, según se precisa, no intervino el magis-

trado César **Hinostroza**; aludiéndose, finalmente, al Auto de abstención del citado magistrado, de fecha 29 de marzo de 2007, proceso que fue remitido y aceptado por la Primera Sala Penal del Callao, la que prosiguió con la tramitación de la causa seguida contra el antes mencionado ciudadano chino; por todo lo cual, señala la Tercera Sala Penal en la Sentencia del 17 de mayo de los corrientes (Exp. N° 552- 2011 (HC)), fundamento 12, habría quedado acreditado que dicho magistrado, no anuló la sentencia impuesta en contra de Ke Jiang Wang, ni liberó, ni mucho menos ordenó el arresto domiciliario a favor de dicha persona, sino que, por el contrario, se abstuvo de intervenir en el proceso penal seguido en su contra, habiéndose aceptado su abstención por parte de la Primera Sala Penal del Callao» (subrayados agregados).

En el caso concreto y atendiendo a las consideraciones expuestas *supra*, para este Colegiado queda claro que aunque la entidad demandada haya cumplido con motivar y sustentar las razones por las cuales decidió no nombrar al actor en el cargo al que postuló, no se advierte que ésta haya sido ejercida de una forma eficiente o idónea, conforme lo impone la Constitución, sino de manera arbitraria.

A juicio del Tribunal Constitucional resulta fuera de toda duda que se violó el derecho a una decisión debidamente motivada por cuanto la motivación es sólo aparente. Y es que si bien es cierto la mayoría de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión, así como expresan al amparo de qué norma legal se expide el acto administrativo, sin embargo solo intentan dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico. En efecto si bien la mayoría de miembros del Consejo Nacional de la Magistratura motivan y expresan las razones que los condujeron a tomar una determinada decisión, esto es, la de no nombrar al actor debido a los cuestionamientos de parte de determinados medios de comunicación, sin embargo se advierte que el acuerdo cuestionado, si bien ha sido emitido al amparo de una potestad discrecional legalmente establecida, resulta arbitrario por cuanto carece de justificaciones objetivas que, por lo demás, debió provenir de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso de evaluación materia del concurso público al que postuló el actor.

Adicionalmente el Tribunal Constitucional encuentra que en la controversia de autos también se presenta una estrecha vinculación con el derecho de acceso a la función pública, cuyo contenido por antonomasia es la facultad de acceder o intervenir en la gestión de la cosa pública, esto es, en el ejercicio de una función pública. Así, los contenidos de éste derecho son los siguientes: a) Acceder o ingresar a la función pública; b) Ejercerla plenamente; c) Ascender en la función pública; y d) Condiciones iguales de acceso.

Respecto del derecho de acceso a la función pública este Tribunal ya ha establecido (*Cfr.* sentencia recaída en los Expedientes N^{os} 00025-2005-PI/TC y 00026-2005-PI-TC, acumulados) que su ámbito de protección o contenido no se reduce a la exigencia de condiciones iguales en el acceso a la función pública; el acceso a la función representa en sí mismo el bien jurídico protegido por este derecho fundamental. El derecho-principio de igualdad enunciado en el artículo 2.2° de la Constitución establece una prohibición de discriminación que implica que ningún grupo destinatarios de la norma se vean excluidos del ejercicio o goce de un derecho fundamental, constitucional, legal, frente a otro grupo al que, por el contrario, sí se le permita. Desde esta perspectiva, todo derecho cuyo contenido protegido sea la participación o el acceso a un bien, respecto del cual un grupo resulte excluido, trae consigo el problema de si acaso tal exclusión resulte o no discriminatoria.

Conviene pues reiterar algunos conceptos. Así, el derecho de acceso a la función pública tiene como principio consustancial el principio de mérito, el cual vincula plenamente al Estado y toda entidad pública en general. Esto significa que este principio vincula positivamente al legislador a que la regulación sobre el acceso a toda función pública observe irrestrictamente el principio basilar del acceso por mérito; asimismo, que toda actuación de la administración del Estado y de toda entidad pública, en general, observe tal principio en todos sus actos en relación al acceso a la función pública de las personas.

En cuanto al *acceso* a la función pública cabe señalar que el contenido de este derecho no comprende ingresar sin más al ejercicio de la función pública. Él garantiza la participación en la función pública, pero de conformidad con los requisitos que el legislador ha determinado, requisitos cuya validez está condicionada a su constitucionalidad.

El concepto «función pública» en este derecho comprende dos tipos de función que suele distinguirse: la función pública representativa y la función pública no representativa. La función pública representativa está formada por funciones de representación política y la no representativa alude a la función pública profesionalizada.

El acceso a la *función pública no representativa* está regido por el principio de acceso por mérito a través de oposición. En el Estado Constitucional de derecho, tal como se halla configurado el Estado peruano, es el principio basilar que ha de regir la regulación de las condiciones de acceso a la función pública.

En el caso concreto y, dado que el actor ocupaba el primer lugar en el cuadro de méritos, y que objetiva y razonablemente no se había acreditado responsabilidad alguna en los hechos que se le imputaban, este Tribunal considera que también se vulneró su derecho de acceso a la función pública previsto en el artículo 23, numeral 1, literal c), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que conforma el ordenamiento jurídico peruano, y que prescribe que:

> «Artículo 23. Derechos Políticos «1. Todos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades:
>
> (...)
>
> c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país.
>
> «2. La ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos y oportunidades a que se refiere el inciso anterior, exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal».

Y es que como ha tenido oportunidad de establecer la Corte Interamericana de Derechos Humanos (*Cfr.* Caso Chocrón Chocrón *vs.* Venezuela, sentencia de 1 de julio de 2011, Considerando N° 135), «(...) el artículo 23.1.c no establece el derecho de acceder a un cargo público, sino a hacerlo en 'condiciones generales de igualdad'. Esto quiere decir que el respeto y garantía de este derecho se cumplen cuando 'los criterios y procedimientos para el nombramiento, ascenso, suspensión y destitución sean razonables y objetivos' y que 'las personas no sean objeto de discriminación' en el ejercicio de este derecho».

No debe perderse de vista que la vinculatoriedad de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no se agota en su parte resolutiva (la cual, ciertamente, alcanza sólo al Estado que es parte en el proceso), sino que se extiende a su fundamentación o *ratio decidendi*, con el agregado de que, por imperio de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución y el artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en dicho ámbito la sentencia resulta vinculante para todo poder público nacional, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso. En efecto, la capacidad interpretativa y aplicativa de la Convención que tiene la Corte, reconocida en el artículo 62.3 de dicho tratado, aunada al mandato de la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución, hace que la interpretación de las disposiciones de la Convención que se realiza en todo proceso, sea vinculante para todos los poderes públicos internos, incluyendo, desde luego, a este Tribunal Constitucional.

Por lo demás queda claro que al emitir el cuestionado acuerdo en función de determinadas denuncias periodísticas que habían sido desvirtuadas por el actor, y respecto de las cuales la entonces Fiscal de la Nación dispuso promover investigación preliminar de oficio -que luego sería archivada-, tal hecho por sí solo supuso, de igual manera, la violación de parte del Consejo Nacional de la Magistratura del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el ordinal «e», inciso 24 del artículo 2° de la Constitución, como por el artículo 8.2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que disponen, esencialmente, que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad, y cuyo fundamento se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana («La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado», artículo 1° de la Constitución), así como en el principio *pro hómine*.

Y es que como ha quedado establecido por este Colegiado (Cfr. Sentencia recaída en el Expediente N° 0618-2005-HC/TC, Fundamento N° 21), «por esta presunción *iuris tantum*, a todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad; vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta

que se expida sentencia definitiva». Por tanto al constituir una presunción *iuris tantum*, la presunción de inocencia puede ser desvirtuada o destruida mediante una mínima actividad probatoria.

Por todo ello, el Tribunal Constitucional encuentra legítimo que, atendiendo a su función constitucionalmente reconocida por el artículo 154.1° de la Norma Fundamental, esto es, la de nombrar, previo concurso público de méritos y evaluación personal, a los jueces y fiscales de todos los niveles, el Consejo Nacional de la Magistratura recoja denuncias de los medios de comunicación a efectos de verificar que quien vaya a nombrar responda al perfil de ostentar una «trayectoria personal éticamente irreprochable», de acuerdo al término establecido en la Ley de la Carrera Judicial, las que por cierto, tiene el deber de verificar.

Sin embargo resulta inadecuado que dicha competencia pretenda ejercerse a costa de la plena vigencia de los derechos fundamentales, cuya protección, en última instancia, corresponde al Tribunal Constitucional, y a la que, por imperio de la Constitución, no puede renunciar, *máxime* cuando durante el concurso público existió la posibilidad de presentar tachas cuyo plazo de interposición era de 5 días hábiles, contados a partir del día siguiente de la publicación de la relación de postulantes aptos para el proceso de selección, las cuales deben estar referidas, única y exclusivamente, «a cuestionar la probidad e idoneidad del postulante», según lo disponen los artículos 18° y 16°, respectivamente, del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N° 281-2010-CNM.

En consecuencia el Tribunal Constitucional estima que con la negativa insuficientemente motivada del Consejo Nacional de la Magistratura de nombrar al actor en el cargo al que postuló, se ha acreditado la violación de sus derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, razones, todas, por las cuales la demanda debe ser estimada.

Por lo mismo y atendiendo a que la finalidad de los procesos constitucionales es proteger los Derechos Constitucionales reponiendo las cosas al estado anterior a la violación de éstos, según lo manda el artículo 1° del Código Procesal Constitucional, este Tribunal estima

que corresponde al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 154.1° de la Constitución, el segundo párrafo del artículo 33° de la Ley N° 29277, de la Carrera Judicial y, el artículo 53° del Reglamento de Concursos para el Acceso Abierto en la Selección y Nombramiento de Jueces y Fiscales aprobado mediante Resolución N° 281-2010-CNM[2].

12. Conclusiones del Primer Congreso Nacional de Fiscales: Unificación de Criterios en la Reforma Procesal Penal

12.1. Directiva N° 005-2012-MP-FN

Concurrencia del Fiscal Superior a la Audiencia de Apelación:

I. OBJETO

La presente Directiva, tiene como objeto regular la participación del Fiscal Superior en las Audiencias de Apelación en los supuestos en los que no se encuentre conforme con el recurso interpuesto por el Fiscal Provincial o cuando sea otro sujeto procesal, distinto al Fiscal Provincial, el que interponga el recurso de apelación.

II. FINALIDAD

Unificar criterios de interpretación y aplicación del nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 (en adelante CPP).

III. ALCANCE

La presente Directiva, es de aplicación obligatoria para todos los Fiscales de los Distritos Judiciales en los que se encuentra vigente el CPP.

---

[2] Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú **HA RESUELTO** 1. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la violación de los derechos al debido proceso y a la motivación de las resoluciones previstos por los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú, y en consecuencia, 2. Declarar **NULO** el Acuerdo N° 0176-2011 adoptado, por mayoría, por el Consejo Nacional de la Magistratura y contenido en el Acta de Sesión Plenaria Extraordinaria de fechas 27 y 28 de enero de 2011. 3. Ordenar al Consejo Nacional de la Magistratura emitir un nuevo acuerdo debidamente motivado lo que supone, evidentemente, que sus miembros previamente vuelvan a votar su decisión, conforme a lo expuesto en el Fundamento N° 61, *supra*.

IV. BASE LEGAL

- Constitución Política del Perú: artículos 158 y 159.
- Código Procesal Penal - Decreto Legislativo 957: artículos 61.1, 69, 406, 420, 421.
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo 052: artículos 1, 5 y 64.
- Reglamento de Control Interno del Ministerio Público: artículo 23, incisos c y d.

V. NORMAS GENERALES

Rol del Ministerio Público

1. Conforme lo establece la Constitución Política del Perú, el Ministerio Público es un órgano estatal autónomo (artículo 158), titular de la acción penal pública (artículo 159.5), defensor de la legalidad y de los intereses públicos (artículo 159.1), encargado de velar por la independencia de los órganos jurisdiccionales, por la recta administración de justicia (artículo 159.2), entre otros.

2. El Ministerio Público, como titular de la acción penal, conduce desde un inicio la investigación del delito, para cuyo propósito debe actuar bajo los parámetros del principio de objetividad, rigiéndose únicamente por la Constitución y la Ley, sin perjuicio de las directivas o instrucciones de carácter general que emita la Fiscalía de la Nación (artículo 61 del CPP). En ese sentido, será pasible de sanción disciplinaria, entre otros motivos, cuando transgreda las prohibiciones del artículo 20 de la Ley Orgánica del Ministerio Público o incumpla las disposiciones legales, normas complementarias y de carácter interno emitidas por la Fiscalía de la Nación o la Junta de Fiscales Supremos del Ministerio Público, y por sus superiores jerárquicos (artículo 23, literal c y d, del Reglamento de Control Interno del Ministerio Público).

El Ministerio Público y la debida motivación

3. Dentro de los derechos contenidos en el principio del debido proceso, entendido éste como el conjunto de reglas y principios mínimos que deben exigirse y respetarse en un proceso o procedimiento en el que se discutan derechos u obligaciones de una persona, se encuentra el derecho a la Motivación de Resoluciones Judiciales, cuyo contenido ha sido desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Exp. N° 1230-2002-HC/TC, en el que se precisó que lo garantizado por éste derecho es que la decisión expresada en el fallo o

resolución, sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica.

Lo antes señalado, ha sido complementado por el máximo intérprete de la Constitución, en su Sentencia emitida en el Expediente N° 08495-2006-AA/TC del 07 de agosto del 2008, en la que refiere que motivar no significa señalar la norma en la cual funda su decisión el órgano estatal, sino que resulta necesario que se expresen las razones de orden táctico o jurídico por las cuales adopta una decisión y sólo así no será considerado un acto arbitrario, de lo cual se va desprendiendo la idea de que el fundamento último del derecho a la debida motivación de resoluciones se encuentra contenido en un principio más general del derecho público: la interdicción de la arbitrariedad.

4. El artículo 64 del CPP establece la obligación de los representantes del Ministerio Público de motivar sus decisiones, asimismo, precisa que el Ministerio Público (entiéndase sus representantes), «*formularé [n] sus Disposiciones, Requerimientos y Conclusiones en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del Juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores, procederá oralmente en la audiencia y en los debates, y por escrito en los demás casos*», norma que es complementada con el artículo 122, en el que se establece que «*las Disposiciones y los Requerimientos deben estar motivados*», por ello, se establece como supuesto de una infracción sujeta a sanción disciplinaria cuando «*emita dictámenes y resoluciones con falta de adecuado estudio, motivación y fundamentación*» (artículo 23, literal k, del Reglamento de Control Interno del Ministerio Público).

5. Finalmente, resulta importante recordar que la atribución al Ministerio Público, de la titularidad de la acción penal, es el reconocimiento del Estado al interés público que los hechos ilícitos no queden impunes, lo cual podría ocurrir si la acción penal se dejara en manos de los particulares, quienes, tal como refiere Claus ROXIN, en muchas ocasiones no están dispuestos o no se hallan en la situación de ejercer la acción por sí mismos (ROXIN, Claus, *Derecho Procesal Penal*, traducción de la 25ª ed. alemana de Gabriela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 83).

La proscripción de la arbitrariedad

6. Si bien es cierto la proscripción de la arbitrariedad no se encuentra reconocida de manera expresa en nuestra Carta Magna;

sin embargo, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Expediente N° 00535-2009-AA/TC del 05 de febrero del 2009, es un principio implícito que se deduce de los artículos 3 (que instituye el carácter *numerus apertus* de los Principios y Derechos Fundamentales), y el artículo 43 (que instaura el modelo de Estado Social y Democrático de Derecho), sobre el cual se sustenta toda la organización política-social y jurídica de nuestro país. Respecto a su contenido, la propia Sentencia del Tribunal Constitucional, refiere:

> «Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo».

7. El Tribunal Constitucional en la Sentencia emitida en el Exp. N° 06204-2006-HC/TC del 09 de agosto del 2006, reconoce que el Ministerio Público tiene la facultad discrecional de ejercitar la acción penal; empero, dicha discrecionalidad no debe llevar a los representantes del Ministerio Público a la arbitrariedad, pues su discrecionalidad como todo acto de un poder u órgano del Estado tiene siempre límites: la Constitución y los Derechos fundamentales en ella contenidos. Así también, considera que la facultad discrecional de denunciar un hecho como delito, que le ha sido reconocido por la Constitución Política al Ministerio Público, se encuentra limitada y garantizada por el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Posteriormente, en la Sentencia emitida en el Exp. N° 00945-2009-HC/TC del 26 de mayo del 2009, manifiesta que: «*(...) este Tribunal en reiterada jurisprudencia ha precisado que si bien la actividad del Ministerio Público en la investigación preliminar del delito, al formalizar la denuncia, al formular la acusación fiscal o al emitir opinión sobre el grado, se encuentra vinculado al principio de interdicción de la arbitrariedad y al debido proceso*».

En tal sentido, la labor de los representantes del Ministerio Público, en todas sus instancias, está enmarcado bajo los parámetros de la debida motivación y la prohibición de la arbitrariedad, por tanto, cada una de las decisiones que adopten, deberán ser consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y

su valoración jurídica, las mismas que deberán ser expuestas, de lo contrario, se incurriría en un acto de arbitrariedad, que cómo ya se ha señalado, se encuentra proscrito.

La apelación y el desistimiento

8. El artículo 406 del CPP dispone que quienes hayan interpuesto un recurso, pueden desistirse antes de expedirse resolución sobre el grado, expresando sus fundamentos, de lo cual se advierte la obligación legal de sustentar los motivos por los cuales un sujeto procesal se desiste de su recurso impugnatorio.

Los artículos 420 y 421 del CPP establecen que tanto en la apelación de autos como en las sentencias, recibidos los autos, la Sala conferirá traslado del escrito de fundamentación del recurso de apelación al Ministerio Público y a los demás sujetos procesales, por el plazo de cinco días (aunque el artículo 421 omite hacer referencia expresa al Ministerio Público y los demás sujetos procesales), esto debe ser entendido como una omisión de redacción.

Respecto a la inconcurrencia del Ministerio Público a la audiencia de apelación de autos, en caso sea el Fiscal Provincial quien haya interpuesto el recurso, el CPP procesal no dispone nada respecto a dicha circunstancia, en cambio, si el recurso se refiere a la impugnación de una sentencia, el CPP establece en su artículo 423, que si el Fiscal Superior no concurre injustificadamente a la audiencia de apelación se declara inadmisible el recurso.

La disconformidad con la apelación

9. Como bien se ha señalado en los numerales precedentes, si bien en el caso de apelación de sentencias la sola inconcurrencia del Fiscal Superior es suficiente para declarar la inadmisibilidad del recurso; sin embargo, según las disposiciones constitucionales de las cuales emana la proscripción de la arbitrariedad y la obligación de los representantes del Ministerio Público de motivar sus decisiones, el Fiscal Superior, en caso de no encontrarse conforme con la decisión del Fiscal Provincial de interponer su recurso de apelación, deberá presentar un escrito, dentro del plazo de 5 días de notificado el recurso de apelación, sustentando los motivos por los cuales se desiste del recurso de apelación, o contrariamente, concurrir a la audiencia de apelación y sustentarla oralmente, de manera análoga, deberá hacerlo en caso de los recursos de apelación de autos, al no tener éstos una regulación expresa.

10. Respecto a la interposición de los recursos de apelación por otros sujetos procesales, el Fiscal Superior no está obligado a pronunciarse por escrito ni a concurrir a la audiencia de apelación; empero, antes de tomar dicha decisión, deberá verificar, como defensor de la legalidad y guardián de la correcta administración de justicia, que la decisión del juez expresada en el fallo o resolución sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica; de advertir alguna deficiencia, deberá hacer la respectiva observación sea por escrito u oralmente, conforme se ha señalado en el numeral precedente.

11. En el supuesto en que los autos o sentencias favorables a la pretensión del Ministerio Público, sean apelados sólo por el imputado, el Fiscal Superior deberá participar en la audiencia de apelación a efectos de defender la pretensión del Ministerio Público.

12. Con la finalidad de que el Fiscal Superior pueda realizar con mayor eficiencia lo dispuesto en los numerales precedentes, el Fiscal Provincial, una vez interpuesto el recurso de apelación, deberá remitir en el plazo de 3 días, bajo responsabilidad funcional, la carpeta fiscal a la Fiscalía Superior que conocerá del recurso de apelación, sin perjuicio de ello, el Fiscal Superior, en los casos considerados complejos, podrá solicitar el Apoyo del Fiscal Provincial que previno, sea en el Despacho Fiscal o durante la Audiencia de Apelación.

12.2. Directiva N° 006-2012-MP-FN

Criterios para Determinar la Competencia Fiscal por conexidad, derivación y/o acumulación de investigaciones

I. OBJETO

La presente Directiva tiene como objeto regular el procedimiento de derivación y acumulación de carpetas fiscales por causa de conexidad procesal.

II. FINALIDAD

Unificar criterios de interpretación y aplicación del nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 (en adelante CPP).

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para todos los Fiscales de los Distritos Judiciales en los que se encuentra vigente el CPP.

IV. BASE LEGAL

- Constitución Política del Estado: artículos 158 y 159.
- Código Procesal Penal - Decreto Legislativo 957: artículos 31, 32, 33, 42 al 52 y 61.1.
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo 052: artículos 1, 5, 64 y 95.6.
- Reglamento de Control Interno del Ministerio Público: artículo 23, incisos c y d.

V. NORMAS GENERALES

La competencia fiscal

1. El Ministerio Público es el titular del ejercicio de la acción penal pública, y como tal, le corresponde desplegar sus esfuerzos optimizando sus recursos humanos y logísticos en pro de investigar eficazmente el delito. Para tal fin, debe evitar duplicar investigaciones o realizarlas viciadas por razones de incompetencia.

Si bien en el ordenamiento procesal de nuestro CPP, no se contempla cuestiones de competencia entre Fiscales que tienen a su cargo eventualmente investigaciones conexas –como si se regula cuando se trata de la competencia jurisdiccional (arts. 31, 32 y 33 del CPP)–, ello no impide reconocer que cuando ésta se presenta, debe solucionarse el conflicto competencial, con aplicación supletoria de las referidas reglas adjetivas.

Como quiera que el Ministerio Público tiene a su cargo por mandato constitucional, la conducción de la investigación, el ordenamiento procesal contempla para el Fiscal similares criterios competenciales que los definidos para el Juez. La declinatoria procede, en principio, contra un Fiscal incompetente por razón de materia, grado o territorio y, obviamente, será procedente en la medida en que la causa se encuentre en la etapa de investigación.

Los conflictos de competencia fiscal

2. El conflicto de competencia surge entre dos o más órganos fiscales cuando estos, simultáneamente, toman conocimiento del mismo delito o delitos que deben investigarse bajo un solo despacho fiscal, acorde a criterios de unidad de la investigación. Este conflicto, es conocida en doctrina como *positivo*, cuando cada Fiscal conoce el caso y se considera competente para investigarlo; en cambio será

negativo, cuando ambas rehúsan hacerse cargo del mismo y pretenden derivarlo a su par.

Si bien la regla general en el proceso penal es que cada delito origina una investigación penal; sin embargo, esta regla se exceptúa en los casos en que exista conexidad, en las que por razones de economía procesal, fines de la investigación o para evitar decisiones contradictorias, se hace necesario acumular las investigaciones, bajo ciertos criterios.

La resolución de los conflictos de competencia fiscal

3. De acuerdo con la nueva regulación del CPP, los Fiscales deberán observar las disposiciones contenidas en los artículos 31 y 32 de dicho ordenamiento adjetivo, para efecto de aplicar las reglas de conexión procesal y asumir competencia en los casos que se encuentren en etapa de investigación.

4. En los casos que proceda la acumulación, conforme a lo previsto en el artículo 31 del CPP, la acumulación será dispuesta por el Fiscal que asuma voluntariamente competencia (bien trate del Fiscal requirente o del requerido en el trámite), por razón de especialidad, grado o territorio; caso contrario, se seguirá el procedimiento previsto para la contienda de competencia y acumulación de causas, conforme a los artículos 42 al 52 del CPP, en lo que fuera aplicable a la función fiscal.

5. Cuando surja un conflicto positivo o negativo de competencia entre Fiscales de igual especialidad y de un mismo Distrito Judicial, resolverá y definirá la competencia el Fiscal Superior en grado, del Fiscal que previno la causa, o que conoció primero la investigación. Para tal efecto, será el Fiscal requerido el que elevará, mediante decisión motivada, los actuados al Superior.

6. Cuando surja un conflicto positivo o negativo de competencia entre Fiscales de distinta especialidad y de un mismo Distrito Judicial, resolverá y definirá la competencia el Fiscal Superior en grado del Fiscal especializado que conoció primero la investigación. Para tal efecto, será el Fiscal requerido el que elevará mediante decisión motivada, los actuados al Superior.

7. Cuando surja un conflicto positivo o negativo de competencia entre Fiscales de igual o distinta especialidad pero de diferentes Distritos Judiciales, resolverá y definirá la competencia el Fiscal Superior correspondiente, siguiéndose el mismo procedimiento que para los casos anteriores, conforme a lo previsto en el art. 27.2 del CPP.

12.3. Directiva N° 007-2012-MP-FN

Procedimiento a seguir cuando se haya incurrido en una errónea calificación jurídica en la disposición de formalizaron de la investigación preparatoria.

I. OBJETO

La presente Directiva tiene como objeto orientar la actuación fiscal en el supuesto que se haya incurrido en una errónea calificación jurídica al momento de formalizar la investigación preparatoria.

II. FINALIDAD

Unificar criterios de interpretación y aplicación del nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 (en adelante CPP).

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para todos los Fiscales de los Distritos Judiciales en los que se encuentra vigente el CPP.

IV. BASE LEGAL

- Constitución Política del Estado: artículos 158 y 159.
- Código Procesal Penal - Decreto Legislativo 957: artículos 61.1, 69 y 336 incisos 2 y 3.
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo 052: artículos 1, 5 y 64.
- Reglamento de Control Interno del Ministerio Público: artículo 23, incisos c y d.

V. NORMAS GENERALES

La investigación del Ministerio Público

1. El CPP ha regulado la investigación que realiza el Ministerio Público, tanto a nivel pre-jurisdiccional (entiéndase diligencias preliminares o investigación preliminar), y la investigación preparatoria, a diferencia del antiguo ordenamiento procesal penal. Dentro de los cánones del Código de Procedimientos Penales de 1940, al finalizar las diligencias previas, si el Fiscal advertía la presunta comisión del delito, que la acciónpenal no había prescrito, y además, se había identificado al presunto autor, procedía a formalizar la denuncia ante el Juez Penal, tal como lo prescribe el inciso 2 del artículo 94 de la Ley Orgánica del Ministerio Público; acto postulatorio en el cual debía precisar el delito que tipificaba el hecho denunciado.

2. Un cambio gravitante en torno a la investigación que realiza el Fiscal Provincial lo encontramos en las disposiciones contenidas en el inciso 4 del artículo 65 del Código Procesal Penal, que establece que: «*Corresponde al Fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso. Programará y coordinará con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma*». La lectura de este numeral nos lleva a concluir que el cambio que imprime el nuevo Código Procesal Penal, en lo referente a la investigación, es de orden cualitativo, y como tal, debe orientarse bajo dichos parámetros.

3. La investigación realizada de acuerdo al artículo 65 del CPP, va a permitir que el Fiscal pueda tomar una mejor decisión, y de ser el caso, proceder conforme lo establece el artículo 336 inciso 1: «*Si de la denuncia, del Informe Policial o de las diligencias preliminares que realizó aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad, dispondré la formalización y continuación de la investigación preparatoria*».

La calificación de los hechos y el derecho de defensa

4. La disposición que formaliza la investigación preparatoria tiene que cumplir con los requisitos previstos en el inciso 2 del artículo 336 del Código Procesal Penal. Para este caso, es importante detenernos en el apartado b, de la referida norma que establece: «*La disposición de formalización contendrá: Los hechos y la tipificación especifica correspondiente. El Fiscal podrá si fuera el caso consignar tipificaciones alternativas al hecho objeto de investigación, indicando los motivos de su calificación*».

5. Es importante que el Fiscal que da inicio a una investigación, establezca con claridad, «*que se le atribuye haber hecho u omitido hacer, en el mundo fáctico, (...) exigencia que en materia procesal penal se conoce como imputación*» (MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, tomo I, *Fundamentos*, Editores del Puerto, 2002, p. 553). En otros términos, la disposición que formaliza la investigación preparatoria tiene que cumplir con este requisito, y encuadrarlos dentro del tipo (s) penal (es) correspondiente, lo cual servirá para que se disponga de manera correcta la actuación de actos de investigación orientados a establecer o acreditar su planteamiento.

6. La precisión de la imputación hará posible un adecuado uso del derecho de defensa, por parte del imputado pues la imputación

correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o alguno de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico-penal. Ello significa describir un acontecimiento que se supone real con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos (temporal y espacialmente), y le proporcionen su materialidad concreta; el lenguaje se debe utilizar como descriptivo de un acontecimiento concreto ocurrido, ubicable en el tiempo y en el espacio.

La provisionalidad de la calificación jurídica

7. De lo mencionado, fluye la importancia que tiene el componente fáctico en la formalización de la investigación preparatoria y de su inmutabilidad, mientras que el elemento normativo o calificación jurídica tiene un carácter provisorio. Puede ocurrir que como resultado de los actos de investigación, la tipificación inicial pueda ser objeto de variación. En esos términos se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia, cuando señala que: «*Lo expuesto en el auto de apertura de instrucción o en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, según se trate del ACPP o del NCPP, respectivamente, respecto del fundamento jurídico, tiene un carácter relativo: lo que interesa, sin perjuicio de la identificación del imputado, es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación, y que no* se *altere la actividad: identidad, por lo menos parcial, de los actos de ejecución delictiva y homogeneidad del bien jurídico tutelado*» (Acuerdo Plenario Nº 06-09/CJ-116).

8. Habiéndose establecido que la calificación jurídica contenida en la disposición de formalización de la investigación preparatoria, tiene carácter provisorio, ésta podrá ser objeto de una nueva adecuación jurídica, que tendrá carácter excepcional. El Fiscal que decida readecuar los hechos a un tipo penal distinto que el señalado en la disposición de formalización de investigación preparatoria, deberá de expedir una disposición en la que explicará las razones que justifican el cambio de tipificación. Además, pondrá en conocimiento del Juez de la Investigación Preparatoria, del imputado y del actor civil, la disposición emitida a fin de que estos últimos ejerzan su derecho de defensa y de contradicción.

9. La aplicación progresiva del CPP en el país requiere contar con una línea de interpretación y aplicación en casos como el presente de manera integral y sistemática. En consecuencia, es del caso *instruir* a los

señores Fiscales a fin de que de presentarse el supuesto de hecho contenido en la presente Directiva, procedan en la forma descrita en la misma.

12.4. Directiva N° 008-2012-MP-FN el ofrecimiento y la actuación de la prueba pericial

I. OBJETO

Tiene como objeto establecer las pautas procesales para el ofrecimiento y la actuación de la prueba pericial, delimitando su contenido y su régimen jurídico.

II. FINALIDAD

Unificar criterios de interpretación y aplicación del nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 (en adelante CPP).

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para todos los Fiscales de los Distritos Judiciales en los que se encuentra vigente el CPP.

IV. BASE LEGAL

Constitución Política del Estado: artículos 158 y 159.

- Código Procesal Penal - Decreto Legislativo 957: artículos 61.1, 172.1, 174.2, 176.1, 181.1, 378.5 y 383.1.c.).
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo 052: artículos 1, 5 y 64. Reglamento de Control Interno del Ministerio Público: artículo 23, incisos c y d.

V. NORMAS GENERALES

La prueba pericial y sus fases

1. La pericia procede siempre que sea imperioso obtener conocimientos de otras ciencias, técnicas, artes o tecnologías. En este sentido, el artículo 172.1 del CPP, establece que procederá la misma, cuando sea necesario la explicación y mejor comprensión de algún hecho, o se requieran conocimientos especiales de naturaleza científica, técnica, artística o de experiencia calificada. Por consiguiente, se hace necesario recurrir a una determinada persona versada en aquellos conocimientos, convirtiéndola, de esta manera, en un órgano de prueba: el perito.

En la concepción del sistema acusatorio, el perito es considerado como un apoyo de la parte y de su teoría del caso, alejándose así del

paradigma del proceso penal tradicional en el que se le considera como un auxiliar del Juez. Aquella concepción no es incompatible con la objetividad que debe primar en este órgano de prueba, la misma que debe entenderse como todo aquello ajeno a los intereses de las partes, incluso, de la solicitante de la prueba; esto es, el perito debe basar sus conclusiones únicamente en sus conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados, sin faltar a la verdad y despojado de inclinaciones personales o de terceros.

2. La pericia tiene dos fases o momentos: la primera, es la elaboración y presentación del informe, y la segunda, es la declaración pericial o prueba pericial propiamente dicha. Ambas fases se encuentran reguladas y diferenciadas en el CPP; así, en sus artículos 174.2 y 176.1, se establece el objeto sobre el que incidirá la elaboración de la pericia, el acceso a la información necesaria y el plazo de su entrega o presentación (primera fase); mientras que en sus artículos 181.1 y 378.5, se regula el examen y el contraexamen del perito, y el objeto sobre el que debe incidir estas técnicas de litigación, todo ello, como es obvio, bajo los principios de contradicción, inmediación y oralidad (segunda fase).

Estas etapas no hacen o convierten a la pericia en dos pruebas distintas: la declaración pericial, por un lado, y el informe pericial, por otro, como erróneamente, se le entiende o podría entender -error que conlleva muchas veces a ofrecer como medio de prueba al informe o, también denominado, dictamen pericial-. La prueba pericial es única, aunque su desarrollo implique dos momentos procedimentales separables en el tiempo.

El régimen jurídico de la prueba pericial

3. El CPP regula y fija a la declaración pericial como régimen jurídico que gobierna a la prueba pericial. Al respecto, le proporciona el mismo tratamiento que a la prueba testimonial, atendiendo a la común naturaleza de ambos: ser órganos de prueba -siguiendo lo comúnmente conocido como testigo lego (testigo en estricto) y testigo experto (perito)-. Específicamente, el artículo 378.5 del CPP, establece que: «*El examen de los peritos se inicia con la exposición breve del contenido y conclusiones del dictamen pericial [...]*»; asimismo, el artículo 181.1 del CPP, estipula que: «*El examen o interrogatorio del perito en la audiencia se orientará a obtener una mejor explicación sobre la comprobación que se haya efectuado respecto al objeto de la pericia, sobre los fundamentos y la conclusión [...]*».

4. Conforme a este régimen jurídico -declaración pericial-, el examen y el contraexamen, giran en torno al contenido del dictamen o informe pericial; empero, debe señalarse que este último no sustituye a la declaración del órgano de prueba, por consiguiente, procesalmente, es incorrecto que se postule y se proponga al dictamen o informe como prueba pericial; de ser así, no sólo contravendría la normativa que regula su régimen jurídico, sino que además se estaría prescindiendo de su momento substancial; la declaración, y con ello, violentando los principios de contradicción, inmediación y oralidad. La analizada normativa obliga, por ende, que se *instruya* a los Fiscales que, de darse el caso de necesidad de esta prueba, se ofrezca la declaración del perito como medio probatorio, toda vez que atendiendo a su régimen jurídico, es indispensable que se examine y contraexamine a dicho órgano de prueba. Los peritos declaran para explicar el contenido y las conclusiones de su informe, no para que se *lea* su documento.

El dictamen pericial como prueba documental

5. La normativa del CPP regula, expresamente, como régimen jurídico de la prueba pericial a la declaración pericial, por ende, también es incorrecto que, ab initio y *a priori*, se ofrezca al dictamen o informe pericial como una prueba documental. Esta posibilidad, únicamente, se presenta en los dos supuestos que establece el artículo 383.1.c) del CPP: a) cuando existe imposibilidad de que asista al juicio por fallecimiento, ausencia del lugar de residencia, desconocimiento de su paradero o por otras causas no atribuidas a las partes; y b) cuando se trata de dictámenes producidos por comisión o exhorto o informe.

6. Ambos recogen supuestos de razonable imposibilidad material de concurrencia al Juicio Oral; empero, esto no debe conllevar a afirmar -erróneamente- que se trate de un cambio o una sustitución del régimen jurídico de la prueba pericial -el régimen sigue siendo el mismo para la prueba pericial-; pues lo que ha regulado el CPP en el artículo 383.1c) es un nuevo supuesto de ofrecimiento y admisibilidad de la prueba, que es el del dictamen o informe pericial, el mismo que, exclusivamente, bajo los mencionados supuestos normativos, sigue el régimen de la prueba documental.

Por consiguiente, se les *instruye* a los Fiscales que, únicamente, deben ofrecer al dictamen o informe pericial para que se actúe bajo el

régimen jurídico de la prueba documental, cuando se presenten alguno de los señalados supuestos de imposibilidad material de concurrencia del perito al juicio oral.

12.5. Directiva N° POS -2012-MP-FN

Plazo para impugnar las disposiciones fiscales de archivo 0 de reserva provisional

I. OBJETO

La presente Directiva tiene como objeto establecer un criterio uniforme del plazo que tiene el denunciante o quien se halle facultado legalmente, para impugnar la Disposición Fiscal de archivo de las actuaciones o de reserva provisional de la investigación, en el marco de la aplicación del Código Procesal Penal del 2004.

II. FINALIDAD

Unificar criterios de interpretación y aplicación del nuevo Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N° 957 (en adelante CPP).

III. ALCANCE

La presente Directiva es de aplicación obligatoria para todos los Fiscales de los Distritos Judiciales en lo que se encuentra vigente el CPP.

IV. BASE LEGAL

- Constitución Política del Estado: artículos 158 y 159.
- Código Procesal Penal - Decreto Legislativo N° 957: artículo 61.1 y 334.5.
- Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo N° 052: artículos 1, 5,12 y 64.
- Reglamento de Control Interno del Ministerio Público: artículo 23, incisos c y d.

V. NORMAS GENERALES

La impugnación como garantía

1. Conforme a los principios que regulan nuestro ordenamiento jurídico –y reconocidos también en los instrumentos internacionales del cual el Perú es parte–, el derecho a impugnar, en tanto manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, posibilita a la parte que se siente afectada por la resolución de un órgano judicial, lograr que tal decisión sea objeto de revisión por la instancia inmediata superior

para alcanzar su revocatoria y/o anulación. En ese sentido, el CPP establece un sistema de medios impugnativos que se articulan en torno a las resoluciones emanadas de una autoridad jurisdiccional.

2. Si bien las decisiones que adopta el Ministerio Público no han sido materia de tratamiento impugnativo -debido a que ellas no se encuentran revestidas de carácter jurisdiccional-, empero, teniendo en cuenta que el derecho a impugnar también despliega su eficacia jurídica en el ámbito prejurisdiccional, esta falta de regulación explícita no impide que se le otorgue al sujeto afectado con la decisión emanada en este ámbito, el derecho a recurriría bajo los parámetros legalmente establecidos.

La impugnación de las disposiciones fiscales

3. De acuerdo con la nueva normativa del CPP, la investigación fiscal, iniciada por denuncia de parte o de oficio, conforme a lo regulado en los artículos 326° y 329°, da lugar a la realización de las llamadas diligencias preliminares, cuya finalidad, inmediata y principal, es determinar, de manera razonable y verosímil, la realidad de un hecho punible, las personas involucradas en el mismo y, de ser el caso, el aseguramiento de los elementos materiales de su comisión; lográndose de esa manera, ingresar a la siguiente etapa, denominada de Investigación Preparatoria.

4. Sin embargo, también resulta posible que al concluir las diligencias preliminares de investigación, se concluya que no existen indicios de criminalidad, que se ha extinguido la acción penal, que no se ha identificado a los involucrados o que se ha omitido una condición de procedibilidad dependiente del denunciante, en cuyo caso no es posible ingresar a la investigación preparatoria, correspondiendo, por el contrario, disponer el archivo provisional o definitivo de la investigación.

5. Esta disposición de archivo puede ser revisada, cuando exista un requerimiento del denunciante, por el Fiscal Superior en grado, quien se pronuncia en última instancia dando fin al procedimiento.

6. En este contexto, el artículo 334.5° del CPP establece que: «*El denunciante que no estuviese conforme con la Disposición de archivar las actuaciones o de reservar provisionalmente la investigación, requeriré al Fiscal, en el plazo de cinco días, eleve las actuaciones al Fiscal Superior*». Dicho plazo está referido, según se aprecia, al tiempo que tiene el

Fiscal para elevar las actuaciones al Fiscal inmediato superior y éste proceda a ordenar, de acuerdo al artículo 334.6°, que se formalice la investigación, se archiven las actuaciones o se proceda según corresponda. Para el pronunciamiento definitivo, en este caso, el plazo señalado en el citado artículo es también de cinco días.

7. Constituyen excepciones a esta regulación, las disposiciones emitidas por el Fiscal de la Nación en las investigaciones preliminares de su competencia, contra funcionarios y servidores públicos por delitos cometidos en ejercicio de sus funciones; pues, además de no existir previsión normativa que establezca la posibilidad de interponer recursos, el artículo 158° de la Constitución Política del Estado y el artículo 36° de la Ley Orgánica del Ministerio Público - Decreto Legislativo N° 052, establecen que el Fiscal de la Nación es la máxima jerarquía en la estructura orgánica del Ministerio Público, no existiendo órgano fiscal de rango superior que pudiera desempeñarse como instancia de revisión de sus disposiciones.

El plazo para impugnar el archivo o la reserva provisional

8. Teniendo en cuenta que el CPP no contiene con una regulación específica sobre el plazo con que cuenta el denunciante para requerir la elevación de los actuados al Fiscal Superior, resulta de aplicación directa lo regulado en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, texto normativo vigente a nivel nacional y que prevé la denominada «Queja de Derecho» bajo el siguiente supuesto: «*Si el Fiscal ante el que ha sido presentada no la estimase procedente, se lo hará saber por escrito al denunciante, quien podrá recurrir en queja ante el Fiscal inmediato superior, dentro del plazo de tres días de notificada la resolución denegatoria. Consentida la resolución del Fiscal Provincial o con la decisión del Superior, en su caso, termina el procedimiento*».

VI. DISPOSICIÓN

La aplicación del CPP en el país requiere contar con una línea de interpretación y aplicación en casos como el presente, de manera integral y sistemática, que coadyuve a la consolidación de un modelo procesal penal capaz de propiciar un verdadero estado de seguridad jurídica entre los justiciables. En consecuencia, es del caso *instruir* a los señores Fiscales que, en los Distritos Judiciales en los que se aplica el CPP, luego de realizada válidamente la notificación de la Disposición que decide el archivo de las actuaciones o la reserva provisional de la

investigación, el denunciante, en el plazo de tres días, podrá impugnar tal decisión ante el mismo Fiscal, a fin de que éste eleve lo actuado a la Fiscalía Superior que corresponda, en el plazo de cinco días.

II

Principios e independencia judicial

El presente ítem es por demás complejo, por eso, menos que querer abarcar el tema de forma exhaustiva, pretendemos apuntar a los principios, derechos y cuestiones de orden metodológico que se derivan de estos dos primeros, como condicionantes y legitimadores de las decisiones del Juez Penal. Vemos a los principios y derechos en un proceso que solventa y legitima la toma de decisiones y opciones que estructuran el *factum* de la imputación en niveles o fases que se realizan progresivamente y durante el discurrir del proceso penal. Dos puntos deben ser destacados de antemano en este enfoque, el primero es que los principios serán tratados en el nivel operatorio, esto es, como nivel de la práctica judicial. En otros términos, el Juez Penal debe garantizar que los principios y derechos operen internamente en la praxis judicial, lo que exige un análisis crítico a la forma en que discurre el proceso penal, teniendo presente que son los principios y derechos los que validarán sus decisiones o, por el contrario, los que descalificaron sus decisiones y en definitiva descalificará a los decisores de su revestimiento de Juez Penal.

El segundo punto es que esta perspectiva no es suficiente si no es combinada con otros criterios externos aportados por la formación interdisciplinaria del Juez Penal, de esta forma, las decisiones judiciales no pueden ser entendidas como un discurso jurídico, genérico y abstracto. Acorde a ello, debemos adoptar una lógica interna de desarrollo y de autocontrol, lo que impide que se convierta el Juez Penal en una mera caja de resonancia de normas, al final, la práctica judicial es concebida como un campo de fuerzas, sometida a determinados flujos y exigencias internas y externas, en las que deberán salvaguardarse y preferir a los principios y derechos que describiremos a continuación. En efecto el reinado de la justicia exige al derecho judicial la aplicación de principios flexibilizadores de la ley. El Juez concilia la rigidez legal con la variabilidad de la realidad social[3].

---

[3] DROMI, Roberto, *El Poder Judicial*, Ediciones Ciudad Argentina, Bueno Aires, 1996, p. 74.

El título Preliminar de la Ley de Carrera Judicial, en sus primeros artículos, consagra los principios de la Administración de Justicia o Principios Rectores de la Carrera Judicial, de los cuales algunos de ellos tienen expresa consagración o definición constitucional, sin que eso signifique que los otros no gocen igualmente del respaldo implícito de la Carta. Estos principios son los siguientes:

1. Los principios de independencia e imparcialidad en la función jurisdiccional

El artículo I del Título Preliminar de la Ley de Carrera Judicial consagra el Principio de Independencia e imparcialidad de la función jurisdiccional, subrayando que los jueces ejercen sus funciones jurisdiccionales con independencia e imparcialidad sujetos, únicamente, a la Constitución y a la Ley.

Por su parte, el inciso 2) del artículo 139° de la Constitución consagra el principio de independencia en la función jurisdiccional en los siguientes términos: - Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

En el Exp. N° 0023-2003-AI/TC se señaló que la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional.

A su vez, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido el principio de independencia judicial en los siguientes términos:

El principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción. [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 68].

Dentro de esta misma línea de pensamiento, la Corte ha señalado que:

Conforme a la jurisprudencia de esta Corte y de la Corte Europea, así como de conformidad con los Principios básicos de las Naciones Unidas relativos a la independencia de la judicatura (en adelante - Principios Básicos), las siguientes garantías se derivan de la independencia judicial: un adecuado proceso de nombramiento, la inamovilidad en el cargo y la garantía contra presiones externas. (subrayado agregado) [Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Reverón Trujillo *vs.* Venezuela. Sentencia de fondo, parágrafo 70].

Por otro lado, el principio de imparcialidad –ligado al principio de independencia funcional– se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso, definidas como la independencia del juez frente a las partes y al objeto del proceso mismo, pudiendo entenderse desde dos acepciones: a) *Imparcialidad subjetiva*, que atañe a algún tipo de compromiso que el juez pueda tener con el caso. b) *Imparcialidad objetiva*, referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.

Se debe tener presente que la falta de imparcialidad del juez no puede ser alegada en abstracto, sino tiene que ser probada en cada caso concreto. Sobre este punto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el principio según el cual se debe presumir que un Tribunal está exento de prejuicio o de parcialidad refleja un elemento importante de la preeminencia del Derecho. (Caso Pullar contra Reino Unido)[4].

2. Principio del Acceso Gratuito a la Administración de Justicia

En relación a la gratuidad de la administración de justicia, el artículo 139° inciso 16) de la Constitución establece expresamente que: Artículo 139.- Principios de la Administración de Justicia:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

(...)

---

[4] Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional, del 4 de diciembre de 2009, 00001-2009-PI/TC, Colegio de Abogados de Lima c. Congreso de la República (demandado).

> El principio de la gratuidad de la administración de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; y para todos, en los casos que la ley señala[5].

Dicho principio, como ha sido remarcado por reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 1606-2004-AA/TC), forma parte tanto del contenido esencial del derecho al debido proceso como del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Con relación a este último cabe destacar que este principio tiene especial relevancia en lo que se refiere al acceso a la justicia, por cuanto el pago de los aranceles o tasas judiciales no debe constituirse en un impedimento para que todos los ciudadanos se encuentren en posibilidad de recurrir a las autoridades jurisdiccionales para la tutela de sus derechos.

Asimismo cabe afirmar que el principio de gratuidad en la administración de justicia se constituye en un mecanismo de realización del principio-derecho de igualdad, establecido en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución, por cuanto debe procurarse que las diferencias socioeconómicas entre los ciudadanos no sean trasladadas al ámbito del proceso judicial, en el cual las controversias deben ser dilucidadas con pleno respeto al principio de igualdad entre las partes y a la igualdad de armas, de modo que el hecho de que una de ellas cuente con mayores recursos económicos que la otra no devenga necesariamente en una ventaja que determine que la autoridad jurisdiccional vaya a resolver a su favor[6].

3. El principio de interdicción de la arbitrariedad

El Tribunal Constitucional peruano, en su sentencia del 05 de julio de 2004, Exp. N° 0090-2004-AA/TC), alude al *principio de interdicción de la arbitrariedad* del modo siguiente: «De allí que desde el principio del Estado de Derecho, surgiese el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva;

---

[5] Sentencia del 8 de noviembre de 2011, Ucayali, Luis Alberto Lecca Alva, Exp. N° 02449-2011-PA/TC.

[6] Sentencia del 17 de septiembre de 2009, Exp. N° 05644-2008-PA/TC, Lima, Francisco Clodomiro Gamboa Herrera.

como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión...».

En este orden de ideas, el Supremo Intérprete de la Constitución, en el marco de la razonabilidad e interdicción de la arbitrariedad en la sanción administrativa, destaca que se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i) el de idoneidad o de adecuación; (ii) el de necesidad; y (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adopta.

A su vez, el principio de razonabilidad conduce a una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad.

La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado constitucional de derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto «implica encontrar justificación lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos».

Aunque no explícitamente, al reconocer en los artículos 3° y 43° de la Constitución, el Estado social y democrático de Derecho, se ha incorporado el principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta. Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo.

En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha hado:

a) La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no sólo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto.

b) La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no sólo una contemplación en «abstracto» de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues sólo así un «hecho» resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los «antecedentes del servidor», como ordena la ley en este caso.

c) Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso[7].

4. El principio de imputación necesaria

4.1. Aspectos generales

La Constitución Política del Perú consagra un conjunto de principios que rigen el proceso penal, uno de los cuales es el principio de imputación necesaria. El principio de imputación necesaria tiene que ser ubicado en la Ley Fundamental a través de la interpretación de los artículos 2 inciso 24 parágrafo d y 139 inciso 14, pues la imputación necesaria es una manifestación del principio de legalidad y del principio de la defensa procesal.

En aplicación del artículo 2 inciso 24 parágrafo d de la Carta Política de 1993 una persona solamente puede ser procesada por un hecho típico, es decir, que la denuncia penal debe tener como objeto una conducta en la que se verifiquen todos los elementos exigidos en la ley penal para la configuración del delito.

En aplicación del artículo 139 inciso 14 de la Ley Fundamental para que una persona pueda ser procesada la denuncia penal debe contener con precisión la conducta delictiva atribuida a fin que el

---

[7] Sentencia del 5 de febrero de 2009, Exp. N° 00535-2009-PA/TC, Lima, Rodolfo Luis Oroya Gallo.

imputado pueda defenderse. Solo con una descripción clara, precisa, detallada, y ordenada puede respetarse el derecho de defensa.

El maestro argentino Julio B. J. MAIER se refiere al principio de la imputación necesaria en los siguientes términos:

> «La imputación correctamente formulada es la llave que abre la puerta de la posibilidad de defenderse eficientemente, pues permite negar todos o algunos de sus elementos para evitar o aminorar la consecuencia jurídico penal... ella no puede reposar en una atribución más o menos vaga o confusa de malicia o enemistad con el orden jurídico, esto es, en un relato impreciso y desordenado de la acción u omisión que se pone a cargo del imputado, y mucho menos en una abstracción [cometió homicidio o usurpación], acudiendo al nombre de la infracción, sino que, por el contrario, debe tener como presupuesto la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, singular de la vida de una persona. Ello significa describir un acontecimiento –que se supone real– con todas las circunstancias de modo, tiempo y lugar que lo ubiquen en el mundo de los hechos [temporal y espacialmente] y le proporcionan su materialidad concreta[8]».

La imputación es un juicio de valor a través del cual el juez pondera todos los datos fácticos establecidos en el procedimiento preliminar, estima la posibilidad de la existencia de un hecho delictivo y su atribución a una persona a título de autor o partícipe[9].

4.2. La concreción constitucional del principio de imputación necesaria. Sus requisitos

El principio de imputación necesaria tiene una serie de requisitos desde el punto de vista fáctico, lingüístico y jurídico.

a) Requisitos fácticos

El artículo 77° del Código de Procedimientos Penales fija como uno de los requisitos del auto de apertura de instrucción y, por ende, también de la denuncia fiscal que alberga la imputación que: «*El auto será motivado y CONTENDRÁ EN FORMA PRECISA LOS HECHOS*

---

[8] MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, vol. I, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, pp. 317 y 318.

[9] DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio, *Garantías y tratamiento del imputado en el Proceso Penal*, Edigrafos, Madrid, 1999, p. 47.

DENUNCIADOS [...], EN QUE SE FUNDA LA IMPUTACIÓN,[...] QUE SE ATRIBUYEN AL DENUNCIADO».

El requisito fáctico del principio de imputación necesaria debe ser entendido como la exigencia de un **relato circunstanciado y preciso** de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a una persona

La imputación o la entrega de hechos que realiza el fiscal al órgano jurisdiccional para la calificación jurídica de la denuncia debe ser efectuada de manera precisa y de la manera más minuciosa que fuera posible. Ello quiere decir que ha de describirse el hecho denunciado en su **aspecto esencial** que desde la perspectiva fiscal posee relevancia penal.

El cumplimiento del principio de imputación necesaria pasa por respetar lo más escrupulosamente posible los **elementos estructurales del tipo penal.**

Por tanto, debe cumplirse con las exigencias del **tipo objetivo** describiéndose sus elementos como la precisión del: a) **autor o partícipe; b) comportamiento [acción u omisión]; c) Resultado [lesión o puesta en peligro]; d) la relación de causalidad o la imputación objetiva** cuando, sea posible establecerla.

También por mandato del principio de legalidad debe cumplirse con describir el **elemento subjetivo del tipo penal,** ya sea dolo o culpa. En el caso del dolo ha de enfatizarse que, ya se considere al dolo como un hecho o como una imputación, se debe establecer la necesaria precisión del presunto y/o probable ***conocimiento que tuvo la persona del riesgo típicamente relevante en la situación concreta.***

En tal línea, la descripción del hecho debe abarcar la **precisión lo más acabada posible** del comportamiento imputado según un tipo penal concreto y en el que necesariamente se debe comprender el resultado y la concreta conducta humana [acción u omisión] que lo provoca o la causa. Es indistinto si la imputación comienza con la acción o con el resultado. Lo importante es que se consigne ambos extremos.

Hay que remarcar que si bien la presencia del resultado puede inferirse de la imputación concreta v. gr. Perjuicio en la estafa; muerte en el homicidio, **es indispensable que la acción y omisión que se atribuye a una persona se encuentra lo suficientemente detallada y explícita.**

Entonces, han de incorporarse aquí la correspondiente *clase* de comportamiento típico [acción u omisión.], su ***delimitación temporal*** [cuando se realizó, fecha, día y de ser posible la hora]; el ***modo de ejecución*** v. gr. Matar por la espalda o mientras dormía [alevosía], en la oscuridad [durante la noche] etc.; ***el grado de desarrollo del*** **iter criminis** [acto preparatorio, acto ejecutivo o consumación], el ***medio utilizado*** v. gr. Arma de fuego, cuchillo, piedra, veneno, etc. A ello alude la doctrina penal cuando al referirse al principio de imputación necesaria se exige la precisión de las **circunstancias de tiempo, modo y lugar**[10].

En este sentido, debe recordarse la exigencia del Tribunal Constitucional cuando en la sentencia recaída en el **Exp. N° 8125-2005-PHC/TC LIMA JEFFREY IMMELT Y OTROS** ha establecido que: «*la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; ES DECIR, UNA DESCRIPCIÓN SUFICIENTEMENTE DETALLADA DE LOS HECHOS CONSIDERADOS PUNIBLES QUE SE IMPUTAN y del material probatorio en que se fundamentan*». En este caso, como en otros similares, el Tribunal Constitucional peruano ha entendido la referencia a la acusación como sinónimo de imputación, contenida en la formalización de denuncia fiscal[11].

---

[10] Cfr. MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, vol. I, p. 318.

[11] El Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el **Exp. N° 8125-2005-PHC/TC-LIMA, JEFFREY IMMELT Y OTROS** ha establecido que: «Esta interpretación se condice con el artículo 14°, numeral 3), literal «b» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a este respecto, comienza por reconocer que: «*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada , de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*». Con similar predicamento, el artículo 8°, numeral 2), literal «a» de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, dispone que: «*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:...b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada*». Reflejo de este marco jurídico supranacional, es el artículo 139°, inciso 15) de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: «*El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención*». **Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento, constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo».**

Cuando el comportamiento [acción u omisión] típico no se encuentra lo suficientemente detallado, ya sea por no encontrarse su descripción, porque ésta es insuficiente o porque adolece de imprecisión, no se cumple con las exigencias del principio de imputación necesaria. Aquí es posible acudir a una acción de garantía.

De igual modo, cuando falta la descripción **precisa y acabada** del concreto comportamiento típico que se atribuye estamos ante una **imputación imprecisa**, o insuficiente, por lo que se contraviene el artículo 77 del Código de Procedimientos Penales y la exigencia constitucional a ser informado de la acusación.

b) Requisitos Lingüísticos

El principio de imputación necesaria debe cumplir también con determinados presupuestos lingüísticos. No basta que se establezca el hecho contenido de la concreta imputación. Puede estar el hecho, pero no cumplirse con el principio de imputación necesaria.

Ello ocurre, por ejemplo, cuando la imputación –que si bien se funda en un hecho es más amplia que éste– **no se encuentra formulada de manera clara, inequívoca y lo suficientemente explícita.**

La imputación debe ser formulada en un lenguaje claro, sencillo y entendible, sabiendo que si bien constituye un trabajo técnico-jurídico, está dirigida y va a ser conocida por los ciudadanos contra quienes se dirige la imputación. A ello alude el tribunal Constitucional cuando en la sentencia recaída en el **Exp. N° 8125-2005-PHC/TC LIMA JEFFREY IMMELT Y OTROS** ha fijado que: «*LA ACUSACIÓN HA DE SER CIERTA, NO IMPLÍCITA, SINO, PRECISA, CLARA Y EXPRESA*». Asimismo, en la sentencia recaída en el **Exp. N° 3390-2005-PHC/TC LIMA JACINTA MARGARITA TOLEDO MANRIQUE** el TC ha dicho que: «**ES DERECHO DE TODO PROCESADO EL QUE CONOZCA DE MANERA EXPRESA, CIERTA, E INEQUÍVOCA LOS CARGOS QUE SE FORMULAN EN SU CONTRA**».

Uno de los aspectos que contribuye a la claridad de la imputación es el necesario orden con el que el órgano correspondiente del Ministerio Público plantea la imputación y que debe respetar en la medida de lo posible la cronología de los hechos, el nivel de intervención, entre otras variables.

El requisito lingüístico del principio de imputación necesaria supone la existencia de una narración circunstanciada, que se efectúa de manera clara, explícita.

c) Requisitos normativos

Los requisitos normativos o jurídicos del principio de imputación necesaria supone el cumplimiento previo de los presupuestos fácticos y lingüísticos, antes descritos.

El requisito normativo del principio de imputación necesaria puede descomponerse en los siguientes elementos, que actúan como sus manifestaciones y exigencias: **Que se describan o enuncien de manera precisa la concreta modalidad típica que conforman los hechos que sustentan la denuncia.**

Con la descripción precisa y suficiente del hecho materia de denuncia [requisito fáctico] no siempre se respeta el principio de imputación necesaria. En algunos casos es indispensable descender aún más al detalle y especificar la concreta modalidad típica de comportamiento o, en general, del hecho imputado.

Ello reviste especial trascendencia en los casos de *tipos alternativos* en donde se enuncian dos o más comportamientos v. gr. Lavado de activos, hurto o robo agravado en cualquiera de sus modalidades, etc.; o es necesario especificar el concreto *objeto de la acción* en el que recae la conducta v. gr. El documento público o privado del delito de falsedad material [art. 417].

EL Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia recaída en el **Exp. N° 3390-2005-PHC/TC LIMA JACINTA MARGARITA TOLEDO MANRIQUE** ha señalado que:

> «En el caso de autos, **el juez penal cuando instaura instrucción por el delito por falsificación de documentos en general, omitiendo pronunciarse en cuál de las modalidades delictivas presumiblemente habría incurrido la imputada, y al no precisar si la presunta falsificación de documentos que se imputa a la favorecida está referida a instrumentos públicos o privados, lesiona su derecho a la defensa, toda vez que, al no estar informada con certeza de los cargos imputados, se le restringe la posibilidad de declarar y defenderse sobre hechos concretos, o sobre una modalidad delictiva determinada** y, con ello, **la posibilidad de aportar pruebas concretas que acrediten la inocencia que aduce.**
>
> **Esta omisión ha generado un estado de indefensión que incidirá en la pena a imponerse y en la condición jurídica de**

> **la procesada, lo cual demuestra que el proceso se ha tornado en irregular por haberse transgredido los derechos fundamentales que integran el debido proceso, esto es, el derecho de defensa**; ello, a su vez, ha determinado la afectación de la tutela jurisdiccional, ambos garantizados por la Norma Constitucional
>
> [...]
>
> Por consiguiente, **este Tribunal considera que se ha transgredido el Principio Acusatorio, pues la beneficiaria no tiene la ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen las modalidades delictivas previstas para el delito que se le instruye, las mismas, que no pueden convalidarse por la circunstancia que la favorecida está asistida por un abogado defensor**».

Que en caso de *PLURALIDAD de imputaciones O DE IMPUTADOS SE DETERMINE CADA HECHO Y SU CORRESPONDIENTE CALIFICACIÓN JURÍDICA* [IMPUTACIÓN INDIVIDUALIZADA].

El principio de imputación necesaria demanda que **todas y cada una de las imputaciones** planteadas se encuentren completa y suficientemente circunstanciadas con el fin de garantizar el derecho de defensa. Es necesario una motivación individualizada

No se cumple con el test de constitucionalidad cuando, por ejemplo, se denuncia un delito sumamente grave en el que se precisa la imputación de modo circunstancial y detallado, y, por el otro lado, se denuncia también un delito leve o sencillamente menos grave y no se cumple con circunstanciar el hecho, bajo el entendido que solo los delitos graves deben cumplir con el mandato constitucional del principio de imputación necesaria.

También los delitos de bagatela o de gravedad intermedia deben respetar con el mandato y las exigencias del principio de imputación necesaria. La regla se puede construir de la siguiente manera: ***todos los delitos que conforman la imputación fiscal deben ser circunstanciados de manera precisa y suficiente.*** No hay distinciones en función de su gravedad, tiempo o relevancia penal.

Todo hecho y su calificación jurídica, o mejor dicho cada delito que se imputa y se denuncia, debe necesariamente cumplir con la

exigencia de un relato fáctico preciso y circunstanciado. Al respecto no hay excepción alguna.

Ello se basa en el respeto a la vigencia del derecho de defensa, en donde cada delito que se imputa debe tener de modo obligatorio su correlato en la precisión de un hecho determinado.

La problemática de la variedad de imputaciones o de imputados tiene su correlato en la necesidad de que se cumpla con el deber constitucional de ***motivación individualizada*** de las resoluciones estatales en la que se afectan, en general, derechos fundamentales. Dicho deber se extiende también de modo inexorable a las actuaciones del Ministerio Público, en la medida que ninguna autoridad estatal cuando al momento de aplicar el *ius* se escapa al deber de motivar y explicar las razones de su decisión.

La exigencia de ***motivación individualizada*** nace de la consagración constitucional [art. 1 de la Constitución] y legal de que la ***responsabilidad penal es personal*** e intransferible [art. VII del Título Preliminar del Código Penal] y no común y solidaria como, por ejemplo, ocurre con la legislación civil v. gr. reparación civil solidaria.

En efecto, no es posible sostener, por un lado, de que desde el punto de vista constitucional la responsabilidad penal es personal y, por el otro, afirmar que se tolera que la fundamentación pueda realizarse de manera genérica.

Que en caso de pluralidad de imputados se describa de manera adecuada cada una de las acciones con presunta relevancia penal y *su CORRESPONDIENTE NIVEL DE INTERVENCIÓN, YA SEA COMO AUTOR O PARTÍCIPE.*

Junto al deber de motivación individualizada de cada imputación es necesario que el acto de imputación fiscal establezca desde el punto de vista jurídico-penal **el concreto y específico nivel de autoría o participación penal de cada persona interviniente en el hecho.**

El artículo 77 del Código de Procedimientos Penales impone de manera inexorable dicha obligación cuando prescribe que:

> «Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe».

En efecto, la necesidad de individualización requiere, como la ley misma lo establece, que se especifique y valore de manera adecuada el concreto nivel de intervención en el hecho imputado, ya sea como autor o partícipe, en cualquiera de sus modalidades. No basta con la fijación de la conducta, sino también la precisión adicional y de igual trascendencia de la condición de autor o de partícipe.

Por tanto, el principio de imputación necesaria no solo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, o ante pluralidad de imputaciones o imputados precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la distinción **entre los autores** [los que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional] y **los partícipes**, cómplices o instigadores, que lesionan al bien jurídico de modo accesorio.

No basta cumplir con la exigencia de circunstanciar de modo preciso un hecho y atribuirlo a una determinada persona es necesario que se establezca, aún cuando se realice de modo provisional, una calificación y/o imputación acerca de si se le atribuye **una concreta modalidad de autor**, ya sea autor directo, autor mediato o coautor; o si se trata de **una de las formas de participación criminal**: instigación o complicidad. Cada asignación de un hecho debe ir precedido de la valoración y/o calificación del aporte: autor o partícipe.

La necesaria precisión del hecho individual debe ir acompañada de la valoración jurídica de cada aporte, **pues no todos hacen lo mismo ni todos tienen el mismo grado de responsabilidad**.

La necesidad de establecer una concreta y específica imputación, en cualquiera de las modalidades típicas de autor o partícipe, no es una exigencia ni un reclamo dogmático procesal, sino que es un imperativo que deriva de la propia vigencia del principio de legalidad de los delitos [art. 1 inc. 24 par. f] y la propia estructura y organización de las reglas de autoría y participación que en nuestro Derecho penal se decantan por un sistema diferenciado [restrictivo[12]] de autor y no por un sistema unitario de autor [art. 23, 24 y 25 del CP].

En efecto, la no vinculación del principio de ***imputación necesaria*** con las reglas de autoría y participación solo tendría pleno sentido si

[12] Cfr. Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho Penal, PG I*, 3 ed., Grijley, Lima, 2005, p. 856; Villavicencio Terreros, Felipe, *Lecciones de Derecho Penal. PG*, Grijley, Lima, 2006, p. 264.

y en la medida que el ordenamiento jurídico peruano consagrase un sistema unitario de autor y no un sistema restrictivo en el que desde el punto de vista jurídico se distinguen los aportes, entre autores y partícipes.

La posible objeción de que en nuestro sistema legal al autor directo, al autor mediato, al coautor, al instigador o al cómplice primario se le asigna la misma pena carece de sentido cuando se recuerda que dichas formas de intervención comparten entre sí solo el mismo marco abstracto de pena, ***pero no el mismo marco concreto de pena***. Incluso, se recuerda que si algún sentido posee la diferenciación entre autores y partícipes desde la perspectiva de justicia material es justamente plantear la distinción en cuanto al tratamiento penológico entre los mismos.

Por otro lado, y finalmente, ha de enfatizarse que la distinción entre autores y partícipes desde la perspectiva del principio de imputación necesaria no solo tiene sentido formal sobre la base de la vigencia del principio de legalidad, sino que responde a una particular estructura normativa que hace que cada nivel de intervención posea sus características particulares.

Así, por ejemplo, en la autoría directa bastará la realización personal de todos los elementos del tipo, en la autoría mediata la instrumentalización de una persona que obra atípicamente [objetiva o subjetiva], situación que supone lógicamente por lo menos dos personas, en la coautoría la división del trabajo, el acuerdo previo y el codominio funcional, en la instigación la creación de la decisión criminal en el autor, y en la complicidad un aporte objetivo a la comisión del hecho punible.

Al respecto y sobre la conexión del principio de imputación necesaria y las formas de autoría y participación, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia del Perú ha tenido la oportunidad de señalar en la sentencia recaída en el **R.N. N° 730-2004** de fecha 02 de Agosto del 2004 que:

> «Que, precisamente el principio acusatorio y, por efecto- reflejo, **el propio principio de contradicción, circunscribe el rol del tribunal respecto al hecho penal, en cuya virtud le está vedado incorporar un hecho o una circunstancia que no ha sido específicamente incorporada como tal en la acusación fiscal;**

que, como lo postula la doctrina procesalista, **dos elementos vinculan al juzgador en aras de la necesidad de congruencia: a) el hecho por el que se acusa, es decir, el conjunto de elementos fácticos en los que se apoya la realidad o clase de delito, el grado de perfección del mismo, la participación concreta del acusado, las circunstancias agravantes sean genéricas o constitutivas del tipo y, en definitiva, todos aquellos datos de hechos de los que ha de depender la específica responsabilidad penal que se imputa;** y, b) **LA CALIFICACIÓN JURÍDICA HECHA POR LA ACUSACIÓN; EN CUANTO A LA CLASE DE DELITO, SI ÉSTE FUE O NO CONSUMADO, EL GRADO DE PARTICIPACIÓN DEL ACUSADO Y LAS CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES, QUE HAN DE ESTAR RECOGIDAS EN LA ACUSACIÓN, DE MODO QUE EN LA SENTENCIA NO PUEDE CONDENARSE MAS GRAVEMENTE QUE LO QUE LEGALMENTE CORRESPONDA CONFORME A TODOS ESOS ELEMENTOS CONCRETADOS POR EL FISCAL; [....]».**

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse también sobre este extremo en la sentencia recaída en el **Exp. N° 8125-2005-PHC/TC LIMA JEFFREY IMMELT Y OTROS** y ha dicho que:

«[....] **al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, LA IMPUTACIÓN DE UN DELITO DEBE PARTIR DE UNA CONSIDERACIÓN ACERCA DEL SUPUESTO APORTE DELICTIVO DE TODOS Y CADA UNO DE LOS IMPUTADOS».**

Justamente, cuando el Tribunal Constitucional establece que: «**LA IMPUTACIÓN DE UN DELITO DEBE PARTIR DE UNA CONSIDERACIÓN ACERCA DEL SUPUESTO APORTE DELICTIVO DE TODOS Y CADA UNO DE LOS IMPUTADOS**» está justamente refiriéndose a las reglas de autoría y participación.

Que se establezca los indicios y elementos de juicio que sustentan cada imputación.

La necesidad de motivación de la imputación en todos sus elementos y requisitos estructurales es un presupuesto constitucional

indiscutible. No solo debe haber y exigirse fundamentación en la aplicación de las medidas cautelares personales. La obligación constitucional se extiende también a la determinación y precisión exhaustiva de los *indicios suficientes*[13] o los elementos de juicio reveladores que acreditan con probabilidad, tanto la comisión de un hecho delictivo y la probable intervención, ya sea como autor o partícipe.

Quien imputa [el fiscal] debe expresar las razones que determinan su decisión y pronunciamiento[14]. En caso se formalice denuncia sin un mínimo indicio racional de la comisión de un delito, ello supone la violación de la tutela judicial efectiva[15]. Por ello se recomienda hacer mención las piezas que justifican el procesamiento penal[16].

La obligación de motivar deriva no solo del mandato constitucional expreso [art. 139 inc. 5 de la Constitución], sino del respeto al principio de presunción de inocencia y la tutela judicial efectiva. De allí que la resolución correspondiente debe mostrar de manera adecuada el razonamiento lógico acerca de la probabilidad alcanzada sobre los indicios suficientes que acrediten la comisión del delito y la probable responsabilidad del autor o del partícipe.

El Tribunal Constitucional del Perú en la sentencia recaída en el **Exp. N° 5325-2006-PHC/TC [Caso Jiménez Sardón]** ha señalado que:

> «(....) **Resulta conforme al derecho de todo ciudadano reconocido por la Constitución Política del Estado la exigencia, para que la acusación sea cierta, no implícita sino precisa, clara y expresa, es decir todo auto de ampliación ha de contener en la motivación una descripción suficientemente detallada de los hechos nuevos considerados punibles que se imputan y *del material probatorio o de los indicios que justifican tal decisión.***
>
> **En el presente caso se advierte que la imputación penal materia del auto ampliatorio cuestionado adolece de falta de conexión**

---

[13] Cfr. DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio, *Garantías y Tratamiento del Imputado en el proceso penal*, p. 101. En el Derecho argentino: CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. IV, p. 353.

[14] Cfr. VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. II, p. 365.

[15] Cfr. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, *El Proceso Penal. Tratamiento Jurisprudencial*, 5ta. ed., Forum, Madrid, 1995, p. 163.

[16] Cfr. CLARIÁ OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, t. IV, p. 358.

> **entre los hechos que configura las conductas ilícitas penales atribuidas al beneficiario y *las pruebas que se aportan como sustento de cargos*.** No se advierte en dicho auto la delimitación concreta y precisa de la relación de causalidad que denote la verosimilitud de las imputaciones que se incriminan al afectado, lo cual perjudica ostensiblemente un adecuado ejercicio de su derecho de defensa, más aún si el favorecido ha sido pasible de una medida coercitiva que restringe su libertad individual, situación que legitima su reclamación de tutela constitucional urgente».

La obligación de motivar los indicios suficientes por parte de quien formula la imputación debe distinguirse, por ser actos completamente diferentes, de la discrecionalidad vinculada en la ***valoración de dichos indicios*** que como competencia exclusiva se reconoce al Ministerio Público o al Poder Judicial[17].

La relación de los hechos imputados sin la explicitación de los indicios suficientes convierte a la resolución judicial (auto) en nula. Lo mismo ocurre si la motivación se remite a los considerandos -sean amplios, precisos o rigurosos- de la denuncia de parte. No se acepta la motivación por remisión.

4.3. El principio de imputación necesaria en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el principio de imputación necesaria en la sentencia recaída en el **Exp. N° 8125-2005-PHC/TC LIMA JEFFREY IMMELT Y OTROS** señalando que:

> «En otras palabras, **la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo *de* aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el**

[17] Cfr. DEL OLMO DEL OLMO, José Antonio, *Garantías y tratamiento del imputado en el proceso penal*, p. 110.

presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa».

Lo mismo ha ocurrido en la tantas veces citada sentencia recaída en el **Exp. N° 3390-2005-PHC/TC LIMA JACINTA MARGARITA TOLEDO MANRIQUE.**

4.4. Casuística

4.4.1. La violación del principio de imputación necesaria en el fraude procesal en la modalidad de no explicitación ni precisión de cada imputación dirigida contra cada una de las personas denunciadas [imputación individualizada]

La imputación por delito de fraude procesal, contenida en el auto de apertura de instrucción, debe contener como lo establece el artículo 416 del CP la descripción detallada de todos los elementos típicos que conforman su estructura al estar regulados como: «*El que, por cualquier medio fraudulento, induce a error a un funcionario o servidor público para obtener resolución contraria a la ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años*».

Dichos elementos son:

a) El medio fraudulento

b) La inducción a error del funcionario público

c) Para obtener resolución contraria a la ley

El auto de apertura que se fija como agravio realiza la imputación de la siguiente manera:

«Se les imputa a los denunciados que a través de la empresa, habrían demandado, el reconocimiento del Laudo Arbitral, con la finalidad de conseguir que la empresa agraviada efectúe el pago del saldo de indemnización de seis millones, induciendo de esta manera a error al Órgano Jurisdiccional».

Como puede verse pese a que la imputación se dirige contra tres ciudadanos extranjeros lo único que se señala en la denuncia es que dichas personas «**habrían demandado**», sin explicitar de manera adecuada la conducta individual y específica de cada uno de ellos.

Solo se hace una imputación genérica, vaga y sumamente imprecisa de la conducta penal que se formula en su contra, sin

explicitar su contenido ni ingresar a brindar como es necesaria una mayor información de la imputación concreta que se efectúa.

No se explica de **qué forma y empleando tal o cuál comportamiento** los denunciados han inducido a error al órgano jurisdiccional. Ello ocurre porque no se ha detallado la conducta concreta en la que habrían incurrido los denunciados.

Tampoco se señala qué conducta le correspondió desarrollar a cada uno de los denunciados antes, previamente o de manera simultánea a la presentación de la demanda.

Por último, no se explicita el medio fraudulento ni el actuar delictivo más allá que la presentación la demanda. En ningún país del mundo la presentación de un demanda para el reconocimiento de un laudo arbitral puede ser considerado como una conducta delictiva, si es que no va acompañada en realidad de la descripción de una acción penalmente relevante, distinta a la sola presentación de una demanda que de por sí constituye un comportamiento lícito.

4.4.2. La violación del principio de imputación necesaria en el fraude procesal en la modalidad de no explicitación ni precisión de la concreta imputación de autor o partícipe:

Asimismo, no se indica ni se señala en ningún extremo de la denuncia el nivel o la clase de intervención de los denunciados sobre la base de las reglas de la autoría y participación que obliga a diferenciar y denunciar cada uno de las contribuciones individuales y su particular calificación normativa.

No se precisa la calidad de los denunciados; si se los denuncia en calidad de autores directos, coautores, autores mediatos y coautores; cómplices o instigadores. Y justamente ello no se puede efectuar en la medida que no hay una imputación individualizada.

d) La violación del principio de imputación necesaria en la falsedad genérica en la modalidad de no explicitación del hecho individual concretamente imputado.

La imputación por delito de falsedad genérica, contenida en la denuncia fiscal, debe contener como lo establece el artículo 438 del CP la descripción detallada de todos los elementos típicos que conforman su estructura, la cual se corresponde con los elementos descritos por la doctrina penal peruana y extranjera.

Debe tenerse en cuenta que el delito de falsedad genérica es un *tipo alternativo* en la medida que recoge diversos comportamientos típicos que deben ser especificados por la concreta imputación que se formula.

Dichos elementos de quien comete falsedad en cuanto a las formas típicas de conducta son:

a) simulando,
b) suponiendo,
c) alterando la verdad

Asimismo, respeto al concreto medio típico empleado se debe cumplir con explicitar qué medio de los varios que se describe en la falsedad genérica se imputan como son:

a) palabras
b) hechos
c) usurpando nombre
d) calidad
e) empleo que no le corresponde,
f) suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido

La denuncia penal señalada describe la **conducta típica** de la falsedad genérica engaño en los siguientes términos:

> «Que se le atribuye a los denunciados, que en su calidad de funcionarios del grupo empresarial, el haber alterado la verdad de manera intencional **con la finalidad de atribuir a la empresa agraviada la titularidad de una obligación de pago, a pesar de saber que otra empresa sería la verdadera obligada**».

De la lectura del párrafo anterior fluye claramente que no se puede advertir la concreta imputación en cualquiera de las modalidades típicas y los medios típicos del delito de falsedad genérica en la denuncia formulada.

No se explica de **qué forma y empleando tal o cuál comportamiento** los denunciados han alterado la verdad de manera individual sobre la base de su conducta típica. Ello ocurre porque no se ha detallado individualmente la conducta concreta en la que habrían incurrido los denunciados.

No se sabe ni se puede determinar de modo explícito los concretos medios típicos empleados como son: a) **palabras; b) hechos; c)**

usurpando nombre; d) calidad ; e) empleo que no le corresponde, f) suponiendo viva a una persona fallecida o que no ha existido. El auto de apertura de instrucción no menciona ni precisa a través de qué medios supuestamente se ha inducido a error al órgano jurisdiccional.

Se ha descrito el hecho en bruto, pero no la conducta ni el aporte individual en el que han intervenido las personas a las que se abre instrucción. Se olvida que tan o más importante que describir y establecer la conducta se debe precisar, indicar y puntualizar el concreto aporte que realiza cada persona en la realización del tipo penal como el nivel de intervención.

Por estas razones se ha violado el principio de imputación necesaria en el auto de apertura cuestionado cuestionada.

La violación del principio de imputación necesaria en el delito de falsedad genérica en la modalidad de no explicitación de los INDICIOS SUFICIENTES.

Por último, el auto de apertura cuestionado imputa el delito de falsedad genérica señalando que la verdadera obligada de la obligación de laudo arbitral sería la empresa cuando del propio documento arbitral se puede colegir directamente que la única empresa obligada es otra.

No se precisa qué documento o elemento de prueba permite llegar a la conclusión, pese a la claridad y literalidad del laudo arbitral, que se habría alterado la verdad.

4.4.3. La violación del principio de imputación necesaria en el delito de difamación

Acorde al *thema probandum* antes acotado, la imputación por esta modalidad de difamación, debe dar cuenta, necesariamente, de la cabal identificación del medio de comunicación desde el cual se formularon las expresiones difamatorias, las fechas exactas en que acontecieron éstos, entre otros datos fácticos que den verosimilitud a que la persona del agraviado, efectivamente, tuvo una exposición mediática con las implicancias precedentemente descritas en perjuicio de su honor. De otra parte, tales precisiones, permitirían, a su vez, acceder al soporte material cuyo contenido –es o no difamatorio– corresponde al análisis de fondo.

Contrariamente a lo anterior, tal y conforme lo puntualiza el querellado en sus agravios –ver acápite «e» del Primer Conside-

rando- tanto de la denuncia del querellante, como de su escrito de subsanación, no se aprecia precisión alguna en cuanto a las fechas o fechas de emisión de las expresiones atribuidas al querellado. Tal imprecisión, no se corresponde con las exigencias del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en torno a dicho precepto, que se sintetiza en lo que doctrina reciente acuña como el principio de imputación necesaria[18]. Según ésta, el requisito fáctico de dicho principio, debe ser entendido como la exigencia de un relato circunstanciado y preciso -entiéndase en tiempo, forma y lugar- de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a una persona.

Peor aún, la denuncia -conforme se incidirá más adelante-, y tal como lo precisa el querellante -ver acápite «d» del precitado Considerando- tampoco hizo correcta indicación de la emisora radial en la que supuestamente se emitió la información que se cuestiona de difamatoria[19].

5. El derecho a la verdad

En la Norma Fundamental se encuentra implícitamente reconocido el derecho fundamental a la verdad, derivado del principio-derecho de dignidad humana (artículo 1°), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139°, inciso 3) y del deber primordial del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44°). Tal como tiene expuesto este Tribunal «[l]a Nación tiene el derecho de conocer la verdad sobre los hechos o acontecimientos injustos y dolorosos provocados por las múltiples formas de violencia estatal y no estatal. Tal derecho se traduce en la posibilidad de conocer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ellos ocurrieron, así como los motivos que impulsaron a sus autores. El derecho a la verdad es, en ese sentido, un bien jurídico colectivo inalienable» (Cfr. STC 2488-2002-PHC, F. J. 8).

Desde esa perspectiva, el derecho fundamental a la verdad tiene una dimensión subjetiva o individual y otra objetiva o colectiva. La primera, titularizada por las víctimas, sus familiares y sus allegados,

---

[18] REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El Control Constitucional en la etapa de calificación del proceso penal*, Palestra, 2008, p. 71.

[19] Ejecutoria del 28 de octubre de 2011, Sala Penal Transitoria, R.N. N° 2436.2011, Ucayali.

implica «[e]l conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima» (F. J. 9). Por su parte, la dimensión objetiva o colectiva, titularizada por la sociedad en su conjunto, implica advertir que el reconocimiento del derecho a la verdad «posibilita que todos conozcamos los niveles de degeneración a los que somos capaces de llegar, ya sea con la utilización de la fuerza pública o por la acción de grupos criminales del terror. Tenemos una exigencia común de que se conozca cómo se actuó, pero también de que los actos criminales que se realizaron no queden impunes. Si el Estado democrático y social de derecho se caracteriza por la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, es claro que la violación del derecho a la verdad no sólo es cuestión que afecta a las víctimas y a sus familiares, sino a todo el pueblo peruano. Tenemos, en efecto, el derecho a saber, pero también el deber de conocer qué es lo que sucedió en nuestro país, a fin de enmendar el camino y fortalecer las condiciones mínimas y necesarias que requiere una sociedad auténticamente democrática, presupuesto de un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales. Tras de esas demandas de acceso e investigación sobre las violaciones a los derechos humanos, desde luego, no sólo están las demandas de justicia con las víctimas y familiares, sino también la exigencia al Estado y la sociedad civil para que adopten medidas necesarias a fin de evitar que en el futuro se repitan tales hechos» (F. J. 17).

En tal sentido, el derecho fundamental a la verdad, no sólo conlleva el deber de las autoridades de investigar los hechos que constituyen crímenes de lesa humanidad, sino además, el deber de individualizar a los responsables de su comisión, de sancionarlos, y de resarcir, en todo lo posible, a las víctimas y/o sus familiares. Por ello, los crímenes de lesa humanidad, «no pueden quedar impunes; es decir, los autores materiales, así como los cómplices de conductas constitutivas de violación de derechos humanos, no pueden sustraerse a las consecuencias jurídicas de sus actos» (Cfr. STC 2488-2002-PHC, F.J. 5). «Las personas, directa o indirectamente afectadas por un crimen de esa magnitud, tienen derecho a saber siempre, aunque haya transcurrido mucho tiempo desde la fecha en la cual se cometió el ilícito, quién fue su autor, en qué fecha y lugar se perpetró, cómo se produjo, por qué se le ejecutó, dónde se hallan sus restos, entre otras cosas» (F.J. 9).

De ahí que sea parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho fundamental a la verdad, el que los crímenes de lesa humanidad resulten imprescriptibles. En dicha línea, el Tribunal Constitucional tiene expuesto que «corresponde al Estado el enjuiciamiento de los responsables de crímenes de lesa humanidad y, si es necesario, la adopción de normas restrictivas para evitar, por ejemplo, la prescripción de los delitos que violenten gravemente los derechos humanos. La aplicación de estas normas permite la eficacia del sistema jurídico y se justifica por los intereses prevalentes de la lucha contra la impunidad. El objetivo, evidentemente, es impedir que ciertos mecanismos del ordenamiento penal se apliquen con el fin repulsivo de lograr la impunidad. Ésta debe ser siempre prevenida y evitada, puesto que anima a los criminales a la reiteración de sus conductas, sirve de caldo de cultivo a la venganza y corroe dos valores fundantes de la sociedad democrática: la verdad y la justicia» (Cfr. STC 2488-2002-PHC, F.J. 23).

Sobre la base de lo expuesto, debe quedar claro que la regla de imprescriptibilidad de los delitos de lesa humanidad, y consecuentemente, el mandato de su persecución, con prescindencia de la fecha en que aquellos se hayan cometido, no tiene vigencia en el ordenamiento jurídico peruano como consecuencia de la entrada en vigor de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad (9 de noviembre de 2003), sino que surge en virtud de una norma imperativa de derecho internacional general que, como ha sostenido la Corte Interamericana, no nace de la referida Convención, sino que está reconocida en ella (Cfr. Caso La Cantuta *vs.* Perú, Sentencia del 29 de noviembre de 2006, párrafo 225). Obviar esta obligación dimanante de la práctica internacional supone desconocer el contenido constitucional exigible del derecho fundamental a la verdad como manifestación implícita del principio-derecho a la dignidad humana (artículo 1 de la Constitución), del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva (artículo 139, inciso 3, de la Constitución) y del deber del Estado de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44 de la Constitución), siendo además un valor encaminado a la garantía plena de los derechos fundamentales a la vida (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la integridad personal (artículo 2, inciso 1, de la Constitución), a la libertad personal (artículo 2, inciso

24, de la Constitución) y a la igualdad (artículo 2, inciso 2, de la Constitución), frente a sus muy graves violaciones.

En virtud de dicho reconocimiento constitucional, y en atención a lo previsto por el artículo 55° y la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, debe precisarse que la aludida regla de imprescriptibilidad, constituye una norma de *ius cogens* derivada del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aplicable en todo tiempo, contra la que no cabe pacto en contrario, con fuerza *erga omnes*, y con plena eficacia en el ordenamiento jurídico peruano[20].

Sin embargo, no podemos de llamar la atención que existe un equívoco, más nocivo que cualquier otro, que continúa aflorando en muchos discursos sobre el proceso penal. Es la tendencia a concebir el contradictorio como una mera garantía individual que tutela eficazmente al imputado, pero que entra por lo mismo en conflicto con las exigencias de reconstrucción de los hechos. Contradictorio frente a investigación de la «verdad». Una vieja distorsión sostiene y alimenta esta infeliz oposición, a la que a menudo se liga la misma antítesis acusatoria-inquisitiva: el proceso acusatorio valorizaría al máximo el derecho de defensa a expensas del interés sobre la verdad, mientras que el inquisitivo garantizaría mejor el segundo y sacrificaría al primero.

De ahí viene la fortuna del sistema «mixto». Dado que es necesario tutelar al imputado pero, a la vez, asegurar la condena de los culpables, ¿por qué no favorecer a ambos, desdoblando el proceso en dos momentos, uno inquisitivo y el otro acusatorio? Pero el discurso no se refiere solo a la experiencia del pasado. El sistema «mixto» y el mismo inquisitivo están siempre al acecho, para resurgir también donde apenas han dejado de existir. No se necesitan para esto grandes reformas; o, mejor dicho, ellas pueden concretarse con pocos retoques, tales como alguna modificación de los criterios de formación del expediente para el juicio, de las normas sobre la lectura en el debate, del valor de las «impugnaciones'», y así el modelo acusatorio se

---

[20] Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional del Perú, del 21 de marzo de 2011, Proceso de Inconstitucionalidad, 25% del número legal de congresistas contra el Poder Ejecutivo, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de congresistas, contra el Decreto Legislativo N° 1097.

convierte en su opuesto. Aun recientemente se ha reivindicado, con toda buena fe, la plena eficacia probatoria de declaraciones unilaterales efectuadas en la investigación preliminar –y con ello, el sacrificio del contradictorio– como indispensable soporte para la individualización de los culpables en los delitos de la criminalidad organizada. Quiero decir, con toda buena fe y sin ninguna sospecha, que si la propuesta fuese acogida, el primer valor que resultaría destruido sería la misma «verdad» a la que tanto se apela.

Ahora bien, ¿por qué todavía se sigue desconfiando de la técnica opuesta fundada en el contradictorio, con todos los desastres que el modelo inquisitivo ha consumado justamente en el terreno de la reconstrucción de los hechos? ¿Y por qué tantos, a pesar de que lo incluyan entre los principios fundamentales del proceso, muestran luego una creencia muy limitada en él, al menos cuando se trata de los delitos de mayor gravedad, pues si así no lo escriben abiertamente en las revistas, lo hacen entender en las entrevistas, en las conversaciones y en el «detrás de la escena» de los congresos?

Las causas de esta actitud son complejas, pero es probable que a alimentarla concurra también la superficialidad de ciertos análisis. Se diría, en efecto, que cuanto más se invoca la verdad como valor preeminente del proceso, tanto menos se la profundiza en el plano epistemológico. Sería importante reflexionar, antes que todo, en el significado de la verdad procesal, en sus relaciones con la verdad del historiador y del científico; luego se podría discutir, de modo más fundado, sobre la eventual oposición entre verdad y garantías individuales y sus medios para conciliarlas en el proceso.

En cambio, muy a menudo sucede que nos acercamos al tema de la verdad procesal asumiendo directamente los estereotipos que definen las varias formas del proceso. Uno de ellos es que el sistema inquisitivo mira a la verdad «material», mientras que el acusatorio, a la verdad «formal». No habría nada que decir si esto sirviera para evidenciar dos diversas aspiraciones, dos pretensiones: una que ambiciona como meta la verdad objetiva absoluta (con la V mayúscula, como dicen algunos); la otra, bien consciente del carácter aproximativo, hipotético de cada reconstrucción histórica, que está inevitablemente condicionada por la falibilidad de los medios y la personalidad de quien la efectúa (prescindiendo por ahora de los vínculos típicamente procesales, conexos a la disciplina legal de la prueba). A lo sumo, se

trataría de evaluar el fundamento de tales pretensiones, y se llegaría a la conclusión de que, contrariamente al consabido lugar común, en la búsqueda de la verdad es tan realista el acusatorio al admitir sus limitaciones, como es peligrosamente utópico el sistema inquisitivo. El fin de la búsqueda de la verdad motiva tanto las investigaciones del científico como las intuiciones del brujo, pero más bien aquel, y no este, admite honradamente no saber alcanzarla.

El equívoco consiste en transformar de manera subrepticia las pretensiones de uno y otro en *resultados*, en suponer que se entienda que la distancia entre la «verdad» de ambos procesos sea correspondiente a la diferencia entre lo que realmente ha sucedido y su reconstrucción sea deformada por los artificios del contradictorio. Tampoco en este caso, que quede claro, sirve para nada rescatar la incivilidad de los métodos inquisitoriales, de manera que el principio del contradictorio, en todo caso, mantendría integralmente su valor como garantía individual (irrenunciable en un Estado de derecho). Pero en la hipótesis de que fuera precisamente esta la gran diferencia entre ambos modelos, es decir, si el inquisitivo detentara efectivamente el monopolio de la verdad, ¿quién no padecería de alguna manera la fascinación por él, al menos en presencia de delitos gravísimos, cuando se exige la individualización del culpable? E incluso si se advirtiera el peligro para los derechos del imputado, ¿no seríamos quizás propensos a buscar un compromiso, en el sentido de adaptarlos, de plegarlos a las exigencias de ese método que nos ofrece «la averiguación de la verdad»?

Estos son, creo, los malentendidos que -con la responsabilidad de muchos técnicos- alimentan en la opinión pública la hostilidad contra las garantías fundamentales del proceso. Pero quizás una negligencia puede adscribirse también a los sostenedores del sistema acusatorio: se ha insistido demasiado en el contradictorio como derecho de defensa, como garantía individual; y no se ha evidenciado, con igual fuerza, su dimensión publicista de medio para la averiguación de la verdad, para la correcta reconstrucción de los hechos. De esta manera se ha difundido una dañosa tendencia a concebir el proceso acusatorio como pura solución de conflictos entre partes, dominado por una exasperada disponibilidad de la prueba, por una lógica de *laissez-faire*, lista para sacrificar las exigencias de justicia sustancial. Una idea que la conciencia social rechaza instintivamente, percibiendo

como valor irrenunciable «la búsqueda de la verdad». Ahora bien, es justo denunciar cuánto de ambiguo y de vacío hay en esta fórmula, fuente de abusos de todo género en la historia, incluso porque nada dice sobre los criterios de la búsqueda; tal como se debe subrayar la imposibilidad de ir más allá del «probablemente verdadero» o del «aproximadamente verdadero». Pero dejarle el valor de la verdad al proceso inquisitivo, que lo persigue en un contexto autoritario, cerrado al diálogo y con fuertes restricciones a las libertades fundamentales, es un grave error[21].

6. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

De conformidad con el inciso 5) del artículo 7° y el inciso 1) del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial dentro de un plazo razonable o, de lo contrario, a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso penal.

Este derecho también se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, en el párrafo 3) del artículo 9° al referirse a los derechos de la persona detenida o presa por una infracción penal, se establece que tiene «derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad». En sentido similar, el inciso c) del párrafo 3 del artículo 14° prescribe que toda persona acusada de un delito tiene derecho a «ser juzgada sin dilaciones indebidas».

Con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como una garantía mínima del debido proceso legal reconocido en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, de fecha 29 de enero de 1997, concluyó señalando que: «74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado «debido proceso legal» o «derecho de defensa procesal», que consisten en **el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con

---

[21] FERRUA, Paolo, «Contradictorio y Verdad en el Proceso Penal», en *Las razones del garantismo*, Letizia Gianformaggio, Temis, Bogotá, 2008, p. 218.

anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra (...)». (negritas agregadas).

A ello, debe agregársele que en la misma sentencia, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó que para determinar la razonabilidad del plazo debe analizarse en forma global el proceso penal. En tal sentido, señaló que:

> «81. Adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, la Corte Europea ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama «*análisis global del procedimiento*» (*Motta, supra* 77, párr. 24; Eur. Court H.R., *Vernillo* judgment of 20 February 1991, Series A N° 198 y Eur. Court H.R., *Unión Alimentaria Sanders S.A.* judgment of 7 July 1989, Series A, N° 157)».

Sobre la finalidad del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, de fecha 12 de noviembre de 1997, precisó que:

> «70. **El principio de «*plazo razonable*»** al que hacen referencia los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana **tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que ésta se decida prontamente**». (Negritas agregadas).

Asimismo, con relación a la violación de la razonabilidad del plazo de los procesos penales, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, de fecha 27 de noviembre de 2008, destacó que:

> «154. (...) **el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable, ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales**». (Negritas agregadas).

Teniendo presente la posición jurisprudencial de la Corte IDH, el Tribunal en la STC 00618-2005-PHC/TC, interpretando el inciso 1) del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, enfatizó que:

> «(...) **el derecho a un «plazo razonable» tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan durante largo tiempo**

bajo acusación y asegurar que su tramitación se realice prontamente. En consecuencia, el derecho a que el proceso tenga un *límite temporal* entre su inicio y fin, forma parte del núcleo mínimo de derechos reconocido por el sistema internacional de protección de los derechos humanos, y, por tanto, no puede ser desconocido». (Negritas agregadas).

Es por dicha razón que en la STC 03509-2009-PHC/TC el Tribunal subrayó que la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable genera en el Estado una prohibición de continuar con la persecución penal, por cuanto la demora injustificada en la resolución del proceso penal (impartición de justicia) ocasiona la pérdida de la legitimidad punitiva. Ello porque la demora injustificada en la resolución de un proceso penal constituye una denegación de justicia.

De ahí que en la RTC 03509-2009-PHC/TC el Tribunal haya ampliado su posición jurisprudencial en el sentido de que no sólo «no pueden existir zonas exentas de control constitucional», sino que «tampoco pueden haber ***plazos ni tiempos exentos de control***».

Y es que la naturaleza y características propias del Estado Constitucional, así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, exigen la necesidad insoslayable de que la justicia sea impartida dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas o demoras injustificadas.

6.1. *Dies a quo* y *dies ad quem* para computar el plazo razonable del proceso penal

Una de las cuestiones que plantea el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es la de determinar los extremos dentro de los que transcurre el plazo razonable del proceso penal, es decir, el momento en que comienza (*dies a quo*) y el instante en que debe concluir (*dies ad quem*).

Con relación al *dies a quo* del plazo razonable del proceso penal, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, precisó que el plazo comienza a computarse desde la fecha de la aprehensión del imputado (detención judicial preventiva), por ser el primer acto del proceso penal. En tal sentido, la Corte IDH precisó que:

«70. (...) En el presente caso, **el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de**

junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo». (Negritas agregadas).

Complementando ello, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador*, de fecha 7 de septiembre de 2004, estableció que cuando no ha habido aprehensión del imputado, pero se halla en marcha un proceso penal, el *dies a quo* debe contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Así, la Corte IDH señaló que:

«168. (...) La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. **Cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso**». (Negritas agregadas).

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el TEDH) en las sentencias de los Casos *Eckle contra Alemania*, de fecha 15 de julio de 1982, y *López Sole y Martín de Vargas contra España*, de fecha 28 de octubre de 2003, ha precisado que el *dies a quo* del plazo razonable del proceso penal empieza en el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación jurídica, en razón a las medidas de coerción procesal adoptadas por las autoridades encargadas de perseguir los delitos.

De otra parte, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* estableció que el proceso penal termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción, y que dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. En esta línea, la Corte IDH siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó que:

«71. (...) **el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto,** con lo cual se agota la jurisdicción (cf. *Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A N° 81,* párr. 29) y que, particularmente **en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse**». (Negritas agregadas).

Sobre el mismo tema, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, reiteró que:

> «154. La razonabilidad de dicho retraso se debe analizar de conformidad con el **«plazo razonable»** al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual **se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva**». (Negritas agregadas).

De la jurisprudencia reseñada de la Corte IDH, pueden extraerse los siguientes parámetros interpretativos de actuación que en virtud del artículo V del Título Preliminar del CPConst. deben ser aplicados por todos los jueces y tribunales del Poder Judicial, que son:

a) La afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, reconocido en el inciso 1) del artículo 8° la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se debe apreciar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla en contra de cierto imputado (análisis global del procedimiento), hasta que se dicta sentencia definitiva y firme (*dies ad quem*), incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

b) El plazo razonable del proceso penal comienza a computarse (*dies a quo*) cuando se presenta el primer acto del proceso dirigido en contra de determinada persona como probable responsable de cierto delito, que a su vez puede estar representado por: **i)** la fecha de aprehensión o detención judicial preventiva del imputado; o **ii)** la fecha en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso.

6.2. Criterios o parámetros para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal

En la sentencia del Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó los criterios a utilizar para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal. En efecto, señaló que:

> «77. (...) De acuerdo con la Corte Europea, se deben tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: **a) la complejidad del asunto; b) la actividad procesal del interesado; y c) la conducta de las autoridades judiciales** (...)». (Negritas agregadas).

Estos tres elementos utilizados por la Corte IDH para analizar la razonabilidad del plazo del proceso penal fueron ampliados en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, que a su vez fueron reiterados en la sentencia del Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, de fecha 3 de abril de 2009.

En dichas sentencias, la Corte IDH amplió de tres a cuatro los elementos que deben analizarse para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal, que son: **a)** la complejidad del asunto; **b)** la actividad o comportamiento del procesado; **c)** la conducta de las autoridades judiciales; y **d)** la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Así, en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, la Corte IDH reconoció que:

> «155. (...) ha establecido que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado, y c) la conducta de las autoridades judiciales. El Tribunal considera pertinente precisar, además, que en dicho análisis de razonabilidad se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento corra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve».

En la sentencia del Caso *Kawas Fernández vs. Honduras*, la Corte IDH reafirmó que:

> «112. (...) **ha establecido que es preciso tomar en cuenta cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado, c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso**». (Negritas agregadas).

A la luz de estos cuatros elementos, que en algunos casos han sido analizados en su integridad por la Corte IDH y en otros casos no.

6.2.1. La complejidad del asunto

La complejidad del proceso penal tiene que determinarse en función de las circunstancias *de jure* y *de facto* del caso concreto, que a su vez,

alternativamente, pueden estar compuestas por: a) el establecimiento y esclarecimiento de los hechos, los cuales pueden ser simples o complejos; b) el análisis jurídico de los hechos por los cuales se inicia el proceso penal; c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o de complicada actuación; y d) la pluralidad de agraviados o inculpados, con sus respectivas defensa, entre otros elementos.

6.2.2. La actividad o conducta procesal del imputado

Con relación a la conducta procesal, cabe destacar que ésta puede ser determinante para la pronta resolución del proceso o para su demora, en el caso que el imputado demuestre un comportamiento procesal obstruccionista o dilatorio.

Por ello, para determinar si la conducta procesal del imputado ha contribuido a la demora en la resolución del proceso penal, es necesario verificar si ésta ha sido obstruccionista o dilatoria y si ha transcendido o influido en la resolución de éste, para lo cual debe tenerse presente si ha hecho uso abusivo e innecesario de los instrumentos que la ley pone a su disposición, bajo la forma de recursos o de otras figuras.

6.2.3. La conducta de las autoridades judiciales

Para evaluar la conducta o comportamiento de las autoridades judiciales es necesario tener presente: a) la insuficiencia o escasez de los tribunales; b) la complejidad del régimen procesal; y c) si los actos procesales realizados han contribuido, o no, a la pronta resolución del proceso penal.

6.2.4. La afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso

Este cuarto elemento importa determinar si el paso del tiempo del proceso penal incide o influye de manera relevante e intensa en la situación jurídica (derechos y deberes) del demandante. Ello con la finalidad de que el proceso penal discurra con más diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve, si es que éste incide o influye de manera relevante e intensa sobre la situación jurídica del demandante, es decir, si la demora injustificada le puede ocasionar al imputado daño psicológico y/o económico.

6.3. Casos en los que la Corte IDH ha verificado la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

En la sentencia del Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, la Corte IDH tomó como *dies a quo* para evaluar la razonabilidad del plazo la fecha

en que se dictó el auto de apertura del proceso penal, por ser el primer acto del proceso. Teniendo presente ello, concluyó señalando que el transcurso de más de cinco años (específicamente, 5 años y 6 meses), computados desde la fecha en que se dictó el auto de apertura hasta la fecha en que la Corte IDH resolvió el caso, sin que exista una sentencia firme que decida la situación jurídica del señor Genie Lacayo, constituía una vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable previsto en el inciso 1) del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En este sentido, la Corte IDH, sin evaluar los tres elementos para analizar la razonabilidad del plazo del proceso penal, estimó que:

> «81. (...) Aún cuando se excluyan la investigación policial y el plazo que empleó la Procuraduría General de la República de Nicaragua para formular acusación ante el juez de primera instancia, es decir, **realizando el cómputo a partir del 23 de julio de 1991, fecha en que ese juez dictó el auto de apertura del proceso, hasta la actualidad en que todavía no se ha pronunciado sentencia firme, han transcurrido más de cinco años en este proceso, lapso que esta Corte considera que rebasa los límites de la razonabilidad prevista por el artículo 8.1 de la Convención**». (Negritas agregadas).

En el Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador*, la Corte IDH consideró que procesar penalmente a una persona por más de 50 meses contraviene el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable. En dicho caso, el primer acto del proceso lo constituyó la aprehensión (detención) del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento la Corte IDH comenzó a evaluar la razonabilidad del plazo del proceso penal; mientras que la fecha de conclusión del proceso en la jurisdicción ecuatoriana fue el 9 de septiembre de 1996, cuando el Presidente de la Corte Superior de Justicia de Quito dictó sentencia condenatoria.

En efecto, la Corte IDH, sin evaluar los tres elementos establecidos por ella misma para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal, concluyó señalando que:

> «73. Con fundamento en las consideraciones precedentes, al realizar un estudio global del procedimiento en la jurisdicción interna contra el señor Suárez Rosero, **la Corte advierte que dicho**

procedimiento duró más de 50 meses. En opinión de la Corte, este período excede en mucho el principio de plazo razonable consagrado en la Convención Americana.

Asimismo, la Corte estima que el hecho de que un tribunal ecuatoriano haya declarado culpable al señor Suárez Rosero del delito de encubrimiento no justifica que hubiese sido privado de libertad por más de tres años y diez meses, cuando la ley ecuatoriana establecía un máximo de dos años como pena para ese delito». (Negritas agregadas).

En la sentencia del Caso *López Álvarez vs. Honduras,* del 1 de febrero de 2006, la Corte IDH fijó como primer acto de procedimiento la aprehensión del señor López Álvarez ocurrida el 27 de abril de 1997; y estableció que el proceso concluyó el 14 de agosto de 2003, cuando la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó la sentencia de segundo grado que absolvió al señor López Álvarez.

En este caso, la Corte IDH, luego de evaluar los tres elementos para analizar la razonabilidad del plazo del proceso penal, concluyó que se había vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable porque el proceso penal que se le siguió al señor López Álvarez se había extendido por más de seis años. Específicamente, la Corte IDH anotó que:

«130. En el presente caso **el primer acto de procedimiento se dio con la aprehensión del señor Alfredo López Álvarez ocurrida el 27 de abril de 1997, fecha a partir de la cual se debe apreciar el plazo, aún cuando en este punto se trate del plazo para la realización del proceso, no para la duración de la detención, en virtud de que aquella fue la primera diligencia de que se tiene noticia en el conjunto de los actos del procedimiento penal correspondiente al señor López Álvarez.** (...).

El 13 de enero de 2003 el Juzgado de Letras Seccional de Tela dictó sentencia absolutoria a favor del señor Alfredo López Álvarez, fallo que fue confirmado el 29 de mayo de 2003 por la Corte de Apelaciones de la Ceiba. En junio de 2003 el Ministerio Público anunció un recurso de casación contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de la Ceiba, del que desistió el 31 de julio de 2003. **El 14 de agosto de 2003 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia tuvo «por separado el recurso de casación**

por infracción de ley anunciado» ante la referida Corte de Apelaciones, y confirmó la sentencia dictada el 29 de mayo de 2003. El señor López Álvarez fue puesto en libertad el 26 de agosto de 2003 (*supra* párrs. 54.40, 54.41, 54.42 y 54.45).

(...)

133. **El caso no revestía complejidad especial.** Sólo había dos encausados (*supra* párr. 54.32). Se disponía de la sustancia cuya identificación determinaría la pertinencia del enjuiciamiento. **No aparece en el expediente que el señor López Álvarez realizara diligencias que retrasaran o entorpecieran la tramitación de la causa.**

Por otro lado, en el proceso penal se dictaron por lo menos cuatro nulidades debido a diversas irregularidades procesales: una parcial, el día 25 de julio de 1997 y, tres absolutas los días 9 de septiembre de 1998, 10 de marzo de 1999 y 2 de mayo de 2001 (*supra* párrs. 54.23, 54.28, 54.30 y 54.33).

Las nulidades, que sirvieron al propósito de adecuar los procedimientos al debido proceso, fueron motivadas por la falta de diligencia en la actuación de las autoridades judiciales que conducían la causa. **El juez interno, al realizar las actuaciones posteriormente anuladas, incumplió el deber de dirigir el proceso conforme a derecho. Esto determinó que la presunta víctima fuese obligada a esperar más de seis años para que el Estado administrara justicia.**

Con fundamento en las consideraciones precedentes, y en el **estudio global del proceso penal seguido al señor Alfredo López Álvarez, se advierte que éste se extendió por más de seis años. El Estado no observó el principio del plazo razonable consagrado en la Convención Americana, por responsabilidad exclusiva de las autoridades judiciales a quienes competía haber administrado justicia**». (Negritas agregadas).

En la sentencia del Caso *Bayarri vs. Argentina*, del 30 de octubre de 2008, el plazo comenzó a computarse desde la fecha de la detención del señor Bayarri, esto es, el 18 de noviembre de 1991, y terminó el día en que se resolvió el recurso de apelación que interpuso contra la sentencia de primera instancia, esto es, el 1 de junio de 2004. En este caso, la Corte IDH, para concluir que se había vulnerado el derecho a

ser juzgado dentro de un plazo razonable, nuevamente consideró que no era necesario evaluar los tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo del proceso penal, por cuanto éste duró aproximadamente trece años.

La Corte IDH estableció lo siguiente:

«106. Como lo determinó el Tribunal (*supra* párr. 59), **la detención del señor Bayarri tuvo lugar el 18 de noviembre de 1991.** Asimismo, del expediente se desprende que el 20 de diciembre de ese año el Juzgado de Instrucción No. 25 dictó auto de prisión preventiva en su contra (*supra* párr. 71) y que **la sentencia de primera instancia que condenó al señor Bayarri a reclusión perpetua fue dictada el 6 de agosto de 2001, es decir, aproximadamente diez años después. El recurso de apelación interpuesto por la presunta víctima fue resuelto mediante sentencia de 1 de junio de 2004 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, que lo absolvió y ordenó su libertad. El Tribunal observa que este proceso judicial duró aproximadamente trece años, período durante el cual el señor Bayarri estuvo sometido a prisión preventiva** (*supra* párr. 71).

En casos anteriores, al analizar la razonabilidad de un plazo procesal la Corte ha valorado los siguientes elementos: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales. No obstante, el Tribunal considera que existe un retardo notorio en el proceso referido carente de explicación razonada. En consecuencia, **no es necesario realizar el análisis de los criterios mencionados.** Tomando en cuenta, asimismo, el reconocimiento de hechos formulado (*supra* párrs. 29 y 30), **la Corte estima que respecto de la causa penal en estudio el Estado violó el artículo 8.1 de la Convención Americana en perjuicio del señor Juan Carlos Bayarri**». (Negritas agregadas).

De la jurisprudencia reseñada, se desprende claramente que, con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, la Corte IDH tiene y mantiene la doctrina del no plazo, es decir, que la razonabilidad del plazo no se mide en función de días, meses o años establecidos en forma fija y abstracta, sino caso por caso, en función al análisis global del proceso penal y de los tres o cuatros elementos precisados por ella misma para evaluar la razonabilidad del plazo.

Esta posición jurisprudencial es mantenida no sólo por la Corte IDH, sino también por el TEDH y es seguida por varios tribunales constitucionales de América Latina y de Europa.

Al respecto, el Tribunal considera importante destacar que en algunos ordenamientos constitucionales la razonabilidad del plazo viene determinada en forma abstracta por un período de tiempo fijo. Como muestra de ello, tenemos la fracción VII, del inciso b) del artículo 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que toda persona tiene derecho a ser:

> «(...) **juzgad[a] antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa**». (Negritas agregadas).

6.4. Consecuencias jurídicas en caso de afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Con relación a las consecuencias jurídicas que genera la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por dilaciones indebidas o demoras injustificadas, el Tribunal estima pertinente destacar que la jurisprudencia comparada no es uniforme al momento de establecer las consecuencias. Por esta razón, el Tribunal, con la finalidad de evaluar el mantenimiento o racionalización de la solución procesal establecida en la STC 03509-2009-PHC/TC para el presente caso, considera necesario reseñar brevemente las soluciones procesales que nos ofrece la jurisprudencia comparada.

Sobre este punto, el Tribunal considera oportuno destacar que los instrumentos-fuentes del Derecho Internacional de los Derechos Humanos no prevén consecuencia o sanción alguna en caso de que se vulnere el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable.

Tampoco regulan alguna solución en caso de que se compruebe la violación del derecho y no exista una sentencia firme y definitiva que resuelva el proceso penal.

En la práctica, la Corte IDH se ha limitado a reconocer que el Estado denunciado ha violado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable previsto en el inciso 1) del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y a condenarlo a pagar una indemnización por el daño ocasionado. En buena cuenta, se trata de

una solución netamente declarativa y compensatoria, sin ninguna eficacia restitutiva.

En sentido similar, el TEDH, cuando constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable previsto en el inciso 1) del artículo 6° de la Convención Europea de Derechos Humanos, se limita a reconocer la violación producida y a condenar al Estado denunciado a que pague una indemnización al denunciante como forma de compensar el daño ocasionado por las dilaciones indebidas.

En Alemania existen dos posiciones jurisprudenciales sobre las consecuencias jurídicas que produce la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por dilaciones indebidas. La primera posición considera que la excesiva duración injustificada del proceso penal constituye un impedimento procesal que ocasiona la conclusión del proceso penal por sobreseimiento, en virtud de los §§ 206 I a 260 III StPO (Ordenanza Procesal Penal alemana) [Cfr. AMBOS, Kai, *Principios del proceso penal europeo. Análisis de la Convención Europea de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 28-29; y PASTOR, Daniel R., *El plazo razonable en el proceso del Estado de derecho*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 172-176].

A decir del Tribunal Supremo Federal alemán, en casos aislados muy extraordinarios de violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por una dilación indebida, el juez y el tribunal de casación de oficio deberán tener en cuenta dicho impedimento procesal para declarar la conclusión del proceso. En buena cuenta, se considera que cuando se sobrepasa el plazo razonable, se debe prescindir de la pena, porque las consecuencias de las dilaciones indebidas ya significan para el autor un castigo suficiente.

La segunda posición, denominada «solución de la medición de la pena» o «solución de determinación de la pena», proclama que la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable por una dilación indebida constituye una causa de atenuación de la pena en virtud del §§ 153 y ss. StPO. Según esta posición, en la atenuación de la pena se puede encontrar el medio adecuado para reaccionar contra los retrasos irrazonables o dilaciones indebidas del proceso penal.

En España, el Tribunal Constitucional considera que la inejecución inmediata de la sentencia condenatoria no constituye una

medida idónea para reparar las consecuencias negativas que ha generado la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, también llamado como el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.

Dicha posición jurisprudencial fue precisada en la STC 25/1994, en la que el Tribunal Constitucional señaló que «el recurrente pretende incluir (...) no la ejecución inmediata de la Sentencia, su inejecución como medida para reparar las consecuencias negativas que para él ha tenido la dilación indebida en la tramitación del proceso, judicialmente declarada. Ante esta pretensión cabe avanzar ya que la medida propuesta ni puede incluirse en el ámbito del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ni, en otro orden de consideraciones, está consagrada en nuestro ordenamiento como instrumento para reparar las consecuencias de su vulneración».

Ello debido a que, para el Tribunal Constitucional español –según la sentencia citada–, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas posee una doble faceta: De un lado, una prestacional, consistente en el derecho a que los jueces y tribunales resuelvan y hagan ejecutar lo resuelto en un plazo razonable. De otro lado, una faceta reaccional, que actúa también en el marco estricto del proceso y consiste en «el derecho a que se ordene la inmediata conclusión de los procesos en los que se incurra en dilaciones indebidas».

Por estas razones, el Tribunal Constitucional español considera que las medidas para reparar los efectos de la violación al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas son de naturaleza sustitutoria o complementaria para cuando no pueda restablecerse la integridad del derecho o su conservación. Entre las medidas sustitutorias figuran la exigencia de responsabilidad civil y aun penal del órgano judicial, así como la responsabilidad civil del Estado por mal funcionamiento de la administración de justicia. Y entre las medidas complementarias pueden situarse, por ejemplo, el indulto o la aplicación de la remisión condicional de la pena.

Es más, puede destacarse que el Tribunal Constitucional español en uniforme y reiterada jurisprudencia ha precisado que «el derecho a que el proceso se tramite, resuelva y ejecute en un plazo razonable es plenamente independiente del juego de la prescripción penal»(SSTC 255/1988, 83/1989 y 25/1994).

En los Estados Unidos, la Corte Suprema, desde la sentencia del Caso *Barker vs. Wingo* (1972), cuando analizó la afectación del derecho a un juicio rápido *(right to a speedy trial)* reconocido en la Enmienda VI de su Constitución, estableció que en caso de afectación del mencionado derecho, la consecuencia o solución procesal es la declaración de nulidad de la acusación fiscal.

Esta postura fue mantenida por la Corte Suprema en la sentencia del Caso *Strunk vs. United States* (1973), en la que señaló que la declaración de nulidad de la acusación fiscal seguía siendo el único remedio posible frente a la violación del derecho a un juicio rápido.

En buena cuenta, en los Estados Unidos, cuando se constata la violación del derecho a un juicio rápido, la solución es la anulación de la acusación fiscal y de la eventual sentencia, sin que se acepte la solución compensatoria como forma de reparar la violación.

Teniendo presente las soluciones procesales o consecuencias jurídicas que nos brinda la jurisprudencia comparada cuando se constata la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, el Tribunal estima que la solución establecida en la STC 03509-2009-PHC/TC, consistente en la exclusión del imputado del proceso penal que se le sigue, es similar a la «solución del impedimento procesal» utilizada por la jurisprudencia alemana y menos radical que la utilizada por la jurisprudencia norteamericana, pues la exclusión no conlleva la anulación de la acusación fiscal, ni de los eventuales actos procesales posteriores.

No obstante ello, este Colegiado en mérito del principio constitucional de cooperación y colaboración que debe guiar la actuación de los poderes públicos y de los órganos constitucionales, estima que para el caso de autos la solución procesal establecida en la STC 03509-2009-PHC/TC tiene que ser racionalizada y ampliada, en la siguiente forma:

a. En caso de que se constate la violación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, además de estimarse la demanda se ordenará a la Sala Penal emplazada que conoce el proceso penal que, en el plazo máximo de sesenta días naturales, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica del favorecido.

Si la Sala Penal emplazada no cumple con emitir y notificar la respectiva sentencia que defina la situación jurídica del favorecido, de oficio deberá sobreseerlo inmediatamente del proceso penal.

El plazo máximo de sesenta días naturales será computado desde la fecha en que se le notifica a la Sala Penal emplazada la sentencia. En este caso, el juez de ejecución del hábeas corpus tiene la obligación de que la sentencia se ejecute en sus propios términos dentro del plazo establecido en ella misma.

Sobre el plazo máximo de sesenta días naturales, el Tribunal precisa que dicha solución se establece en la medida que el proceso penal del caso Barrios Altos está relacionado con la afectación de derechos humanos. Sin embargo, la solución propuesta en la STC 03509-2009-PHC/TC ha sido moderada para el presente caso. En efecto, en caso de que la Sala Penal emplazada en el proceso penal mencionado no emita dentro del plazo máximo de sesenta días naturales la respectiva sentencia que defina la situación jurídica del favorecido, de oficio deberá sobreseerlo del proceso, no pudiendo ser investigado ni procesado por los mismos hechos, por cuanto ello conllevaría la vulneración del principio *ne bis in idem*.

Asimismo, en caso de estimarse la demanda, la sentencia deberá ser puesta en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura para que inicien las investigaciones pertinentes de los jueces que vulneraron el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable[22].

Dichos criterios son reiterados en la reciente sentencia del 17 de enero del 2012, recaído en el Exp. N° 04144-2011-PHC/TC, Lima, Jorge Camet Dickmann, en la que se recalcó:

6.5. El derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

De conformidad con los artículos 7.5 y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda persona acusada, detenida o retenida tiene derecho a ser juzgada por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial dentro de un plazo razonable o, de lo contrario, a ser puesta en libertad sin perjuicio de que continúe el proceso penal (en caso la persona se encuentre detenida).

Este derecho también se encuentra reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Así, en el artículo 9.3 al referirse a los derechos de la persona detenida o presa por una

[22] Sentencia del 10 de agosto de 2010, Exp. N° 05350-2009-PHC/TC, Lima, Julio Rolando Salazar Monroe.

infracción penal, se establece que tiene «derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad». En sentido similar, el artículo 14.3.c prescribe que toda persona acusada de un delito tiene derecho a «ser juzgada sin dilaciones indebidas».

Con relación al derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable como una garantía mínima del debido proceso legal reconocido en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en la sentencia del Caso *Genie Lacayo vs. Nicaragua*, de fecha 29 de enero de 1997, concluyó señalando que:

> «74. El artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado «debido proceso legal» o «derecho de defensa procesal», que consisten en **el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente**, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra (...)». (Negritas agregadas).

A ello, debe agregársele que en la misma sentencia, la Corte IDH, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), precisó que para determinar la razonabilidad del plazo debe analizarse en forma global el proceso penal. En tal sentido, señaló que:

> «81. Adicionalmente al estudio de las eventuales demoras en las diversas etapas del proceso, **la Corte Europea ha empleado para determinar la razonabilidad del plazo en el conjunto de su trámite lo que llama «*análisis global del procedimiento*»** (*Motta, supra* 77, párr. 24; Eur. Court H.R., *Vernillo* judgment of 20 February 1991, Series A no. 198 y Eur. Court H.R., *Unión Alimentaria Sanders S.A.* judgment of 7 July 1989, Series A, no. 157)». (Negritas agregadas).

Asimismo, con relación a la violación de la razonabilidad del plazo de los procesos penales, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, de fecha 27 de noviembre de 2008, destacó que:

> «154. (...) **el derecho de acceso a la justicia implica que la solución de la controversia se produzca en tiempo razonable,**

ya que una demora prolongada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales». (Negritas agregadas).

Y es que la naturaleza y características propias del Estado Constitucional, así como las obligaciones internacionales asumidas por el Estado en materia de derechos humanos, exigen la necesidad insoslayable de que la justicia sea impartida dentro de un plazo razonable y sin dilaciones indebidas o demoras injustificadas.

6.6. *Dies a quo* y *dies ad quem* para computar el plazo razonable del proceso penal

Una de las cuestiones que plantea el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es la de determinar los extremos dentro de los que transcurre el plazo razonable del proceso penal, es decir, el momento en que comienza (*dies a quo*) y el instante en que debe concluir (*dies ad quem*).

Con relación al *dies a quo* del plazo razonable del proceso penal, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* precisó que el plazo comienza a computarse desde la fecha de la aprehensión del imputado (detención judicial preventiva), por ser el primer acto del proceso penal. En tal sentido, la Corte IDH subrayó que:

> «70. (...) En el presente caso, **el primer acto del procedimiento lo constituye la aprehensión del señor Suárez Rosero el 23 de junio de 1992 y, por lo tanto, a partir de ese momento debe comenzar a apreciarse el plazo**». (Negritas agregadas).

Complementando ello, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Tibi vs. Ecuador*, de fecha 7 de septiembre de 2004, estableció que cuando no ha habido aprehensión del imputado, pero se halla en marcha un proceso penal, el *dies a quo* debe contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso. Así, la Corte IDH señaló que:

> «168. (...) La Corte se pronunció en el sentido de que, en materia penal, el plazo comienza en la fecha de la aprehensión del individuo. **Cuando no es aplicable esta medida, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debiera contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del caso**». (Negritas agregadas).

En sentido similar, el TEDH en las sentencias de los Casos *Eckle contra Alemania*, de fecha 15 de julio de 1982, y *López Sole y Martín de Vargas contra España*, de fecha 28 de octubre de 2003, ha precisado que el *dies a quo* del plazo razonable del proceso penal empieza en el momento en que una persona se encuentra formalmente acusada o cuando las sospechas de las que es objeto tienen repercusiones importantes en su situación jurídica (personal o patrimonial), en razón a las medidas de coerción procesal adoptadas por la autoridad competente o a las diligencias preliminares realizadas.

Con relación al *dies ad quem*, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Suárez Rosero vs. Ecuador* estableció que el proceso penal termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción, y que dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. En esta línea, la Corte IDH siguiendo la jurisprudencia del TEDH, precisó que:

> «71. (...) **el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto,** con lo cual se agota la jurisdicción (cf. *Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984, série A nº 81*, párr. 29) y que, particularmente **en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse**». (Negritas agregadas).

Sobre el mismo tema, la Corte IDH en la sentencia del Caso *Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*, reiteró que:

> «154. La razonabilidad de dicho retraso se debe analizar de conformidad con el «**plazo razonable**» al que se refiere el artículo 8.1 de la Convención, el cual **se debe apreciar en relación con la duración total del procedimiento que se desarrolla hasta que se dicta sentencia definitiva**». (Negritas agregadas).

En sentido similar, cabe destacar que el Comité de Derechos Humanos de las Organización de las Naciones Unidas -interpretando el artículo 14.3.c del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- en la Observación General N° 13, ha enfatizado que el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable es una garantía que:

> «10. (...) **se refiere no sólo al momento en que debe comenzar un proceso sino también a aquel en que debe concluir y**

> **pronunciarse la sentencia; todas las fases del proceso deben celebrarse «sin dilación indebida»**. Con objeto de que este derecho sea eficaz, debe disponerse de un procedimiento para garantizar que el proceso se celebre «sin dilación indebida», tanto en primera instancia como en apelación». (Negritas agregadas).

De la jurisprudencia reseñada de la Corte IDH, puede concluirse que la afectación del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable, se debe apreciar en relación con la duración total del proceso penal que se desarrolla en contra de cierto imputado (análisis global del procedimiento), hasta que se dicta sentencia definitiva y firme (*dies ad quem*), incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. Así lo ha entendido también este Tribunal Constitucional (Exp. N° 5350-2009-HC/TC).

6.7. Análisis de la controversia

Para determinar si se ha vulnerado o no el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del favorecido con la demanda, el Tribunal ha de acudir a los criterios establecidos a través de reiterada jurisprudencia, pues tal derecho no garantiza el riguroso cumplimiento de los plazos procesales legalmente establecidos ni que éstos sean cortos, sino que la duración o el retraso del proceso no sea excesivo e indebido. La vulneración de este derecho debe ser apreciado en cada caso concreto teniendo en cuenta las circunstancias particulares del mismo.

Por dichas razones, este derecho no se considera vulnerado cuando se incumplen los plazos procesales, sino cuando no se actúa dentro de un plazo razonable o cuando se permiten dilaciones indebidas en el proceso o en sus diferentes etapas.

6.7.1. Complejidad del asunto

El primer criterio para evaluar la razonabilidad del plazo del proceso es la complejidad del asunto. En términos generales, para valorar la complejidad del asunto debe tomarse en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o inculpados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de un determinado asunto resulta particularmente complicada y difícil.

Al respecto, cabe señalar que se trata de un proceso seguido contra pocos imputados. Así, conforme consta de autos, los acusados en el proceso penal recaído en el Expediente N° A.V.-27-2003 eran nueve; sin embargo, los nueve acusados no fueron juzgados por la Sala Penal emplazada, por cuanto Alberto Fujimori Fujimori y Víctor Lay tenían la condición de acusados ausente y contumaz, respectivamente. Este hecho no genera que el asunto del proceso penal sea complejo. En este sentido, en la STC 05350-2009-PHC/TC el Tribunal destacó que cuando en un proceso penal se «presenta una pluralidad de procesados y agraviados, ello, *per se*, no determina que el asunto sea complejo».

Asimismo, en el escrito presentado por el Procurador del Poder Judicial (fojas 282) únicamente se justifica la pretendida complejidad del proceso en que se trata de un proceso contra el Estado y que habría más de seis imputados, lo que, conforme se ha expresado, no resulta suficiente para considerar complejo el caso.

6.7.2. Actividad o conducta procesal del favorecido con la demanda

Con relación al comportamiento del favorecido con la demanda, debe evaluarse si su actitud ha sido diligente o ha provocado retrasos o demoras en el proceso penal que se le sigue, por cuanto si la dilación ha sido provocada por él no cabe calificarla como indebida, ya que las maniobras dilatorias u obstruccionistas no le son imputables al órgano judicial. Así, en la sentencia de Caso *Ringeisen contra Austria*, de fecha 16 de julio de 1971, el TEDH consideró como medios dilatorios las innumerables demandas y recursos dirigidos no solamente a la puesta en libertad del procesado, sino también la recusación de la mayor parte de los magistrados competentes y la remisión del proceso a otras jurisdicciones.

En el presente caso, en la sentencia de fecha 22 de setiembre de 2011 (obrante en el cuadernillo del Tribunal Constitucional) la Sala Penal emplazada pone en evidencia que el favorecido con la demanda no ha tenido una actitud dilatoria u obstruccionista en el proceso penal que se le sigue, que –por el contrario– ha tenido un comportamiento legítimo y adecuado a sus posibilidades de defensa. Asimismo, debe enfatizarse que el Procurador Público del Poder Judicial no ha alegado que el favorecido con la demanda haya tenido comportamientos

dilatorios o maniobras obstruccionistas. Asimismo, del análisis de las copias del expediente penal que obran en autos, no se advierte ninguna actuación procesal dilatoria por parte de la defensa del favorecido.

Por estas razones, el Tribunal considera que el retardo injustificado del proceso penal en primera instancia no le es imputable al comportamiento del favorecido con la demanda, es decir, que su actitud no ha contribuido a demorar el proceso penal que se le sigue.

6.7.3. La conducta de las autoridades judiciales

De la valoración conjunta de las circunstancias del caso, el Tribunal puede concluir que el retraso injustificado del proceso penal que se le sigue al favorecido con la demanda le es imputable a los órganos encargados de la persecución penal.

En efecto, en la Parte Tercera de la sentencia mencionada la propia Sala Penal emplazada en el fundamento 52 reconoce que se ha producido «un retardo significante del proceso penal, lo que ha conllevado a la demora de la emisión de la decisión de la presente instancia para determinar la situación definitiva de los encausados, **retraso injustificado no imputable a ellos**». (Negritas agregadas). Asimismo, los «efectos del retardo en la culminación del proceso penal», a decir de la propia Sala Penal emplazada en el fundamento 53 de la sentencia mencionada, origina que a los encausados deba «rebajársele la pena», por cuanto «**fueron ocho años en los que estuvieron en una situación jurídica indeterminada**». (Negritas agregadas). Asimismo, la sala explicita que el retraso no es imputable a la defensa del imputado por lo que -descartada la hipótesis de la complejidad del caso- puede inferirse que resulta imputable al órgano jurisdiccional.

Conforme consta de autos, habiéndose dado el último acto de instrucción (el informe final ampliatorio) con fecha 4 de julio de 2005 (fojas 462) y habiéndose remitido la instrucción la Sala Penal con fecha 14 de julio de 2004 (fojas 473) y remitido con fecha 18 de julio de 2005 los autos al fiscal supremo (fojas 477) es recién con fecha 28 de agosto de 2007, esto es, dos años después, que el fiscal supremo emite acusación (fojas 480), y mediante resolución de fecha 27 de marzo de 2008 (fojas 549), es decir, 7 meses después, la Sala Penal emite la resolución mediante la cual dispone devolver los autos al fiscal supremo a fin de aclarar algunos puntos del dictamen, en virtud a lo

cual con fecha 8 de junio de 2009 cumple con aclarar su acusación, habiendo en ese lapso transcurrido 15 meses (fojas 553) y con fecha 29 de octubre de 2009 (fojas 564) la sala suprema volvió a devolver los autos al Fiscal Supremo y con fecha 4 de mayo de 2010 los autos son remitidos nuevamente a la Sala (fojas 566).

De todo ello se advierte que ha habido una demora de aproximadamente cinco años entre el final de la instrucción y el inicio del juicio oral, la misma que ha sido causada no por cuestiones de complejidad probatoria sino únicamente con el fin de aclarar el sentido del dictamen acusatorio, además de la demora que ha supuesto le emisión de algunos de los dictámenes y resoluciones que ha llegado hasta el extremo de 15 meses.

Consecuentemente, el Tribunal considera que debe estimarse la presente demanda, porque se encuentra probado que se ha vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del favorecido con la demanda.

6.8. Efectos de la sentencia

No obstante que poco después de interpuesto y concedido el recurso de agravio constitucional la Sala Penal emplazada haya dictado sentencia de primera instancia, ello no genera que la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable haya desaparecido o cesado, por cuanto el recurso de nulidad interpuesto contra dicha sentencia el 5 de octubre de 2011 hasta la fecha no ha sido resuelto, a pesar de que fue concedido mediante la resolución de fecha 7 de octubre de 2011 y elevado inmediatamente a la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

Al respecto, resulta pertinente señalar que si bien el Código de Procedimientos Penales no establece de manera expresa cuál es el plazo con que cuenta la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para pronunciarse respecto del recurso de nulidad, la norma aplicable para tal efecto es el artículo 131° del Texto Único Ordenando de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece lo siguiente:

> «**La Corte Suprema y las Cortes Superiores ven las causas en audiencias públicas, por riguroso orden de ingreso, dentro de los treinta días siguientes a que se hallen expeditas para ser**

resueltas. No es necesario que la designación de día y hora para la vista conste en resolución expresa.

El Presidente de la Sala hace citar con setenta y dos (72) horas de anticipación a los abogados que hayan solicitado el uso de la palabra para informar, así como a las partes que hayan pedido informar sobre hechos, precisando el tiempo que tienen para hacerlo. El abogado de la parte que no solicitó la palabra es igualmente citado si señaló domicilio en la sede de la Corte. En los demás casos no es necesario citar a los abogados o a las partes para la vista de la causa.

Tratándose de autos, quejas de derecho, contiendas de competencia, procesos sobre alimentos, hábeas corpus, acciones de amparo y procesos con reo en cárcel, o que estén por prescribir, la vista de la causa tendrá lugar dentro del quinto día de hallarse expeditas.

En todo caso, deben resolverse en un plazo máximo improrrogable de tres meses calendario, sin perjuicio de la normatividad procesal expresa que señale un plazo menor, especialmente en las acciones de garantía». (Negritas agregadas).

En tal sentido, resulta evidente que desde la fecha de concesión del recurso de nulidad (7 de octubre de 2011) hasta la presente fecha, ha transcurrido en exceso el plazo de tres meses calendario sin que se resuelva el recurso mencionado. En el presente caso, el plazo de tres meses resulta razonable para resolver el recurso mencionado, pues por más de ocho años el favorecido con la demanda se ha encontrado en una situación jurídica indefinida. Además, porque el ámbito competencial del recurso de nulidad no conlleva la renovación de la actividad probatoria, ni posibilita actuar medios probatorios que no se actuaron en primera instancia. En este sentido, en la Ejecutoria Suprema N° 4792-2001/Callao, de fecha 18 de septiembre de 2002, se precisa que la Sala Penal Suprema revisora:

«(...) **no está facultada a desarrollar actividad probatoria, no actúa diligencias conforme a las pretensiones del recurrente, limitándose el ámbito de su competencia a revisar los elementos probatorios que válidamente fueron materia de debate contradictorio; por dicha razón es que no se pueden actuar nuevas pruebas**, y si bien en algunos casos se solicitan

documentos a otras dependencias judiciales, es porque los mismos han sido materia de valoración en el proceso o sentencia alzada en grado». (Negritas agregadas).

Consecuentemente, el Tribunal Constitucional consideró que debe estimarse la presente demanda, porque se encuentra probado que se ha vulnerado el derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable del favorecido con la demanda[23].

7. El derecho fundamental a la prueba

Este Tribunal Constitucional ha señalado (*cf.* STC010-2002-AI/TC, FJ 133-135) que el derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un contenido implícito del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. En este sentido, una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales *-límites extrínsecos-*, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión *-límites intrínsecos-*.

Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: «la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad». Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma,

---

[23] Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú, resolvió 1. Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la vulneración del derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable; y 2. Disponer que la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República -aún cuando ésta no originó el agravio- en el plazo de 120 días naturales, contados desde la fecha de notificación del presente fallo, cumpla con resolver el Recurso de Nulidad interpuesto contra la sentencia de fecha 22 de septiembre de 2011, recaída en el Exp. N° A.V.-27-2003.

lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho básico de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa.

Se trata, pues, de un derecho complejo cuyo contenido, de acuerdo con lo señalado anteriormente por el Tribunal Constitucional (*vid.* STC 06712-2005/HC/TC, FJ 15), está determinado:

> (...) por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Como puede verse, de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, al debido proceso[24].

7.1. El sentido constitucional del derecho a la prueba

El derecho a probar es uno de los componentes elementales del derecho a la tutela procesal efectiva, pues, como ya lo ha señalado este Tribunal en la sentencia del Exp. N° 010-2002-AI/TC, constituye un elemento implícito de tal derecho. Por ello, es necesario que su protección sea realizada a través del presente proceso constitucional.

Como se ha destacado, la tutela procesal efectiva está consagrada en la Constitución y en el Código Procesal Constitucional, y su salvaguardia está relacionada con la necesidad de que, en cualquier proceso que se lleve a cabo, los actos que lo conforman se lleven a cabo en los cauces de la formalidad y de la consistencia, propias de la administración de justicia. Es decir, se debe buscar que los justiciables no sean sometidos a instancias vinculadas con la arbitrariedad o los caprichos de quien debe resolver el caso. El derecho a la tutela procesal efectiva se configura, entonces, como una concretización transversal del resguardo de todo derecho fundamental sometido a un ámbito contencioso. Por ello, según lo señala la sentencia del Expediente N° 200-2002-AA/TC, esta tutela:

> (...) implica el respeto, dentro de todo proceso, de los derechos y garantías mínimas con que debe contar todo justiciable, para que una causa pueda tramitarse y resolverse en justicia. Tal es el caso de los derechos al juez natural, a la defensa, a la pluralidad de instancias, acceso a los recursos, a probar, plazo razonable, etc.
>
> En este esquema, una de las garantías que asiste a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten crear la convicción en el juzgador de que sus argumentos son los correctos. De esta manera, si no se autoriza la presentación oportuna de pruebas a los justiciables, ¿se podrá considerar amparada la tutela procesal efectiva? Todo hace indicar que ello sería imposible. Sólo con los medios probatorios necesarios, el juzgador podrá sentenciar adecuadamente. Por ello, la ligazón

[24] Sentencia del 8 de agosto de 2005, Exp. N° 4831-2005-PHC/TC, Arequipa, Rubén Silvio Curse Castro.

> entre prueba y tutela procesal efectiva es ineluctable: la primera constituye un derecho-regla de la segunda; una verdadera garantía de su ejercicio.
>
> Sin embargo, el reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido, y se le relaciona casi exclusivamente con la presunción, de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: «la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad».

Éste es el enunciado utilizado en el artículo 2°, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11°, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14°, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8°, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Aún así, es menester considerar que el derecho a la prueba apareja la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la ley reconocer, los medios probatorios para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor.

Existe un derecho constitucional a probar, aunque no autónomo, que se encuentra orientado por los fines propios de la observancia o tutela del derecho al debido proceso. Constituye un derecho básico de los justiciables de producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según este derecho, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento, tienen el derecho a producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa. Así, por ejemplo, el artículo 188° del Código Procesal Civil establece que los medios probatorios tienen por finalidad acreditar los hechos expuestos por las partes, producir certeza en el juez respecto de los puntos controvertidos y fundamentar sus decisiones. Se trata de un derecho complejo que está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga

en la sentencia. La valoración de la prueba debe estar debidamente motivada por escrito, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho mérito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Reconocido el derecho a la prueba desde el punto de vista constitucional, este Tribunal considera pertinente señalar que no todos los supuestos de su contenido merecen protección a través de un proceso constitucional de la libertad (amparo o hábeas corpus). Tal como lo establece el artículo 200° de la Constitución, estos tipos de procesos han sido establecidos para proteger derechos de rango constitucional. Los derechos que tengan su sustento en normas de rango legal o inferior no podrán ser acogidos mediante estos procesos; el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional señala, *contrario sensu*, que solamente serán amparables en sede constitucional aquellas pretensiones que estén referidas en forma directa al contenido constitucionalmente protegido del derecho invocado, tal como se expresara en la sentencia del Exp. N° 1417-2005-AA/TC.

Por ello, y a efectos de resolver el presente caso, corresponde ir fijando cuáles son los supuestos del derecho a la prueba que merecen ser tutelados a través de un proceso constitucional a la libertad.

Para lograr este cometido, se debe partir del derecho que engloba a la prueba. Es el derecho a la tutela procesal efectiva, uno que también debe ser determinado correctamente en el terreno constitucional. La vulneración del contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva no puede ser identificada con cualquier irregularidad procesal, si es que ella implica una infracción de las garantías cardinales y primordiales con las que debe contar todo justiciable. Por ello, atañe a este Colegiado restringir la protección de la tutela procesal efectiva a determinados supuestos, excluyéndose aquéllos que no están relacionados directamente con el ámbito constitucional del derecho.

Una muestra de este trabajo interpretativo se encuentra en lo desarrollado con relación al derecho a la defensa. Este Tribunal se ha pronunciado en el sentido de que el mismo tiene aspectos que no inciden en el contenido constitucionalmente protegido de la tutela procesal efectiva y que, por lo tanto, no pueden ser susceptibles de protección en estos procesos. En la sentencia del Exp. N° 3914-2004-HC/TC, se expresa lo siguiente:

> (...) si bien se demuestra una cierta limitación del derecho de defensa de la persona, no es la sede del hábeas corpus la pertinente

para criticar tal acto. Tal limitación no es una restricción que afecta bienes constitucionales.

Por ende, en el derecho-regla a la prueba, este Colegiado está en la capacidad de delimitar y circunscribir cuál es su ámbito de protección en sede constitucional. Veamos cómo se puede ir estableciendo éste.

7.2. La presentación de testigos

Una de las manifestaciones del derecho a probar se encuentra en la presentación de testigos, figura que es totalmente aplicable al caso concreto.

Tal como claramente lo ha expresado el artículo 14°, inciso 3, acápite e, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (posteriormente reproducido en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la persona acusada tendrá derecho, en plena igualdad, durante todo el proceso:

A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Sin embargo, como todo derecho, éste tampoco es ilimitado o irrestricto, sino que debe estar sujeto a las propias líneas divisorias que en la normatividad se desarrollan. Pero, ¿qué se ha dicho respecto a la postulación probatoria en el proceso penal sumario, como es el caso de autos?

Para llegar a una respuesta adecuada, es necesario conciliar lo que el ordenamiento jurídico estima necesario para proteger el ámbito constitucionalmente protegido del derecho a la prueba y los hechos existentes en el caso sometido a control constitucional. Para cumplir este objetivo, surgen diversas aristas que pasamos a explicar a continuación.

7.3. Eficacia de la prueba

Su importancia radica en la capacidad de toda parte o tercero legitimado en un proceso para producir la prueba necesaria que pueda formar la convicción del juzgador sobre la existencia o la inexistencia de los hechos que son o serán objeto de probanza. Así, en su contenido se incluye la posibilidad de su ofrecimiento, su admisión, su actuación, su producción, su conservación y su valoración.

El Tribunal Constitucional español (la N° 33/1992), en una sentencia atinente concretamente a la denegación de medios probatorios, ha señalado que:

> (...) es indiscutible la existencia de una relación entre denegación indebida de pruebas e indefensión, pero no existe indefensión de relevancia constitucional cuando aun existiendo alguna irregularidad procesal, no se llega a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa, bien porque no exista relación entre los hechos que se querían probar y las pruebas rechazadas o bien porque quede acreditado que el interesado, pese al rechazo, pudo en todo caso proceder a la defensa de sus derechos e intereses legítimos.

Tal como se puede observar, para que la que prueba ofrecida por un inculpado tenga un grado de eficacia tal que pueda ser admitida en un proceso, debe presentar elementos de juicio irrebatibles a la luz de la responsabilidad penal atribuida.

7.4. Momento de postulación de la prueba

Para que los medios probatorios sean admitidos deben ser presentados en su oportunidad. Ante ello, este Tribunal considera necesario efectuar un análisis de la presunta vulneración del derecho a la prueba respecto de los presupuestos necesarios para que el medio probatorio ofrecido sea admitido.

El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieran sido ofrecidos.

En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes, conducentes, legítimos o útiles, así como manifiestamente excesivos. Aquí iba la cita N° 25.

En tal sentido, es imperioso que se realice un análisis de cuál es el rol que cumple el medio probatorio, ya que así se podrá determinar, entre otras cosas, si el momento en que fue postulado era el que correspondía según las normas procesales sobre la materia.

Así, entre otros, el medio probatorio debe contar con:

- *Pertinencia*: Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

- *Conducencia o idoneidad*: El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibido para verificar un determinado hecho.
- *Utilidad*: Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se han propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.
- *Licitud*: No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.
- *Preclusión o eventualidad*: En todo proceso existe una oportunidad para solicitar la admisión de medios probatorios, pasado dicho plazo, no tendrá lugar la solicitud probatoria.

A partir básicamente de esta última exigencia, corresponde analizar qué sucede en el caso nacional con relación a los plazos en las solicitudes probatorias[25].

8. El Derecho de defensa

El artículo 8°, 2.d, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos señala que el inculpado tiene derecho a «*defenderse*

[25] Sentencia del 17 de octubre de 2005, Exp. N° 6712-2005-HC/TC, LIMA, Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

personalmente o [a] ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor». A su vez, el artículo 139°, inciso 14), de la Constitución Política del Perú señala que toda persona «*Tiene derecho a comunicarse personalmente con un defensor de su elección y a ser asesorada por éste desde que es citada o detenida por cualquier autoridad*».

Asimismo, el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia ha precisado que el derecho de defensa tiene una doble dimensión: una **material**, referida al derecho del imputado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo; y otra **formal**, que supone el derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor de su elección desde que la persona es citada o detenida por la autoridad y durante todo el tiempo que dure la investigación preliminar o el proceso mismo. En ambos casos se garantiza el derecho de no ser postrado a un estado de indefensión en cualquier etapa del proceso, inclusive, como ya se dijo, en la etapa preliminar[26].

Sobre la materia el Tribunal Constitucional, en las alegaciones de violación al derecho de defensa, relievó en el Exp. N° 4303-2004-AA/TC que la notificación es un acto procesal cuyo cuestionamiento o anomalía no genera, *per se*, violación del derecho al debido proceso o a la tutela procesal efectiva; para que ello ocurra resulta indispensable la constatación o acreditación indubitable por parte de quien alega la violación del debido proceso, de que con la falta de una debida notificación se ha visto afectado de modo real y concreto el derecho de defensa u otro derecho constitucional directamente implicado en el caso concreto.

Asimismo en reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que el derecho a la defensa comporta en estricto el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso penal, el cual tiene una doble dimensión: *una material*, referida al derecho del imputado o demandado de ejercer su propia defensa desde el mismo instante en que toma conocimiento de que se le atribuye la comisión de determinado hecho delictivo, y *otra formal*, que supone el

[26] Sentencia del 24 de mayo de 2011, Exp. N° 00910-2011-PHC/TC, Huánuco, Anacleto Eugenio Huarauya Justiniano y otros.

derecho a una defensa técnica, esto es, al asesoramiento y patrocinio de un abogado defensor durante todo el tiempo que dure el proceso.

El derecho a no quedar en estado de indefensión se conculca cuando los titulares de los derechos e intereses legítimos se ven impedidos de ejercer los medios legales suficientes para su defensa; no obstante, *no* cualquier imposibilidad de ejercer esos medios produce un estado de indefensión que atenta contra el contenido constitucionalmente protegido de dicho derecho, sino que es constitucionalmente relevante cuando se genera una indebida y arbitraria actuación del órgano que investiga o juzga al individuo (Exp. N° 0582-2006-PA/TC; Exp. N° 5175-2007-HC/TC, entre otros).

A partir del entendimiento genérico de la «defensa» como la acción de ampararse o protegerse, debemos precisar que la mencionada en la norma se refiere a la que resulta de un ataque, sindicación o imputación en cualquier actuación o trámite de carácter judicial o administrativo, vale decir, en los procesos que se siguen ante los jueces, o en los procedimientos que se adelantan ante las autoridades administrativas de cualquier orden, y que consiste en la posibilidad de analizar, desentrañar, controvertir y refutar técnica, jurídica y probatoriamente las acusaciones recibidas en estos materias, derecho que, como puede verse, conlleva implícitamente los derechos a la libertad, a la seguridad y, obviamente, el de petición[27].

8.1. La defensa técnica como derecho

La defensa de una persona es un elemento también clave de la configuración de la tutela procesal efectiva, puesto que un proceso no puede considerarse como respetuoso de la persona si no se le permite la posibilidad de presentar sus argumentos, estrategia y elementos de respaldo jurídico necesarios. Así, la defensa también es un derecho-regla de la tutela procesal efectiva.

Sobre su reconocimiento normativo, debemos remitirnos a la Constitución cuando reconoce en su artículo 139°, inciso 14, la existencia de:

> El principio de no ser privado del derecho de defensa en ningún estado del proceso (...).

---

[27] Herrera Llanos, Wilson, «Régimen de la Rama Judicial colombiana», *Revista de Derecho*, Universidad del Norte, pp. 23, 341-391, 2005, p. 370.

Los instrumentos internacionales ponen énfasis en ámbitos específicos del derecho a la defensa. El artículo 11° de la Declaración Universal de Derechos Humanos insiste en que se aseguren a la persona todas las garantías necesarias para su defensa. A su vez, el artículo 14°, inciso 3, acápite «d» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos considera pertinente requerir una defensa no sólo realizada a título personal, sino también a través de un abogado. Por su parte, el artículo 8°, inciso 2, acápite c de la Convención Americana sobre Derechos Humanos concede al inculpado el tiempo y medios convenientes para que prepare y realice su defensa.

Teniendo en cuenta tales dispositivos, conviene preguntarse cuándo se produce una violación del derecho de defensa. Ello ocurrirá cuando una persona no logra ofrecer a quien la juzga los elementos necesarios para desvirtuar una acusación en su contra o para afirmar que tiene la razón en lo que alega. Pero no todo acto que imposibilita un correcto uso de la defensa produce un agravio al derecho.

A colación de lo expuesto, el Tribunal Constitucional español ha señalado, como parte de la Sentencia N° 237/1999, que:

> (...) la indefensión, que se concibe constitucionalmente como la negación de la tutela judicial (...) ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo (...). Por ello hemos hablado siempre de indefensión 'material' y no formal, para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. Puestas así las cosas en su punto final, parece claro que la omisión denunciada, podría ser reprochable en el plano de la legalidad y con efectos quizá en otros ámbitos, pero está desprovista de trascendencia constitucional para considerar enervada o debilitada la efectividad de la tutela judicial[28].

9. El Principio de Supremacía de la Constitución

En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los

---

[28] Sentencia del 17 de octubre de 2005, Exp. N° 6712-2005-HC/TC, Lima, Magaly Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana.

actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200°, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.°).

Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentran sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51° de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley -más aún si esta puede ser inconstitucional- sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución,* la ley y al derecho (...)» (énfasis agregado).

De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución -dada su fuerza normativa-, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138° de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal.

Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51°, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)».

Por tanto, el artículo 138° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51° antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38.°) impone a todos –y no solo al Poder Judicial– el deber de respetarla, cumplirla y defenderla.

En segundo lugar, está de por medio también la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado *–eficacia vertical–* como de los particulares *–eficacia horizontal–*; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual *–dimensión subjetiva–*, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora *–dimensión objetiva–*.

Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el

siglo XIX en una etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso *-dimensión objetiva-*, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos *-dimensión subjetiva-*.

Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1°).

En el Derecho constitucional comparado -es el caso puntual del ordenamiento chileno-, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa (...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquélla, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio Art. 7° CPR. Sin embargo, es en el control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser «salvado» mediante la insistencia gubernamental, ya que -se considera- al estar el decreto o resolución en pugna -aparentemente- con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento.

Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) ***garantizando los derechos*** e intereses de los administrados y ***con sujeción al ordenamiento constitucional*** y jurídico en general» (énfasis agregado).

De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38°, 51° y 201° de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático[29].

10. La obligación de motivar las resoluciones

Frente al Poder Judicial existirían cuatro tipos de protección: la obligación de motivar todos los actos jurisdiccionales, la sujeción del

[29] Sentencia del 14 de noviembre de 2005, Exp. N° 3741-2004-AA/TC, Lima, Ramón Hernando Salazar Yarlenque.

juez a la ley, la posibilidad de recurso de casación frente a las sentencias contrarias a la ley y el recurso de amparo[30].

La motivación de las resoluciones judiciales está comprendida en el debido proceso. La doctrina ha convenido en que la motivación o fundamentación de las resoluciones judiciales es la explicación detallada que hace el juez de las razones de su decisión final, explicación que va dirigida a las partes, al juez de grado superior (que eventualmente conocerá en impugnación la decisión del inferior jerárquico) y al pueblo, que se convierte en «juez de sus jueces». El juez debe efectuar una conexión-relación lógica entre los hechos narrados por las partes y las pruebas aportadas por ellas, estando en el deber de explicar con sentido, igualmente lógico, cuáles son las razones que le permiten establecer la correspondiente consecuencia jurídica (fallo de la sentencia); además, deberá explicar-motivar en su sentencia el grado de convicción que tiene respecto de las pruebas aportadas por las partes para acreditar los hechos narrados por ellas. La doctrina reconoce infracciones a la motivación; así, MIXAN MASS, en *Debate Penal*, N° 02, mayo, 1987, Perú, pp. 193-203; manifiesta que «la infracción al deber de motivar adopta dos modalidades (tipos) a) Resoluciones sin motivación y b) resoluciones con motivación deficiente (...)»; agregando que esta última «(...) resulta superficial y/o unilateral o cuando las formas del pensamiento esgrimidos resultan

---

30 RODRÍGUEZ CALERO, Juan Manuel, *Creación judicial y derechos fundamentales*, ARA Editores, Lima 2011, p. 98, quien relieva que: El deber de justificar las decisiones por los órganos judiciales se encuentra en el art. 120.3 de la Constitución española: «Las sentencias serán siempre motivadas [...].
a) La sujeción del juez a la ley se recoge en el art. 1 de la Constitución española al constituir a España en un Estado de Derecho, o más específicamente en el art. 9.2 de la misma, al establecer el principio de legalidad y de jerarquía normativa.
b) En cuanto a la posibilidad de recurso de casación, se prevé en el art. 1692 de la ley de enjuiciamiento civil, que en su apartado 4° señala que es causa para fundar este recurso ante el Tribunal Supremo la inaplicación de normas que fueran aplicables.
c) El recurso de amparo. Esta garantía la integramos dentro de las protecciones frente al Poder Judicial, en cuanto se exige el agotamiento de la vía judicial ordinaria para abrir este proceso ante el Tribunal Constitucional. La finalidad de este recurso no es la determinación de la inconstitucionalidad de la ley, sino la protección específica del derecho fundamental. No se trata de un recurso universal de casación, exige el agotamiento de la vía judicial y sólo cabe ante actos de los poderes públicos».

contradictorios antagónicamente o bien cuando está plagado de vicios de razonamiento o de demostración (falacias o paralogismos) que anulan su consistencia y conducen a conclusiones erróneas o cuando sólo contiene una caótica u ordenada pero simple enumeración de folios (...)»; concluyendo en que «(...) en el procedimiento penal peruano son de inexorable y rigurosa motivación las sentencias y los autos (...) y según la Constitución Política del Perú los órganos jurisdiccionales deben fundamentar sus resoluciones en todas las instancias y también en todos los casos (...)»[31].

De esta forma, el derecho a la motivación de las resoluciones, tal como ha tenido la oportunidad de precisar el Tribunal Constitucional (Exp. N° 05601-2006-PA/TC fj. 3) «...constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión que carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional».

En ese sentido, si bien el dictado de una sentencia condenatoria *per se* no vulnera derechos fundamentales, sí lo hace cuando dicha facultad se ejerce de manera arbitraria, esto es, cuando no se motivan debidamente o en todo caso legítimamente las decisiones adoptadas y/o no se observan los procedimientos constitucionales y legales establecidos para su adopción. En este sentido, toda sentencia que sea más bien fruto del decisionismo que de la aplicación del derecho; que esté más próxima a la voluntad que a la justicia o a la razón; que sus conclusiones sean ajenas a la lógica, será una sentencia arbitraria, injusta y, por lo tanto, inconstitucional (cfr. Exp. N° 0728-2008-PHC/TC, caso Llamoja Hilares, fundamento 8).

Esta exigencia de motivación de las resoluciones judiciales guarda concordancia con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad, el cual surge del Estado Democrático de Derecho (*artículo 3° y 43° de la Constitución Política*) y tiene un doble significado: a) En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y, b) En un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación

[31] Sentencia del 12 de enero del 2006, Exp. N° 9598-2005-PHC/TC, Lambayeque, Jaime Mur Campoverde.

objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo ((Exp. N° 0090-2004-AA/TC. FJ. 12). A lo dicho, debe agregarse que constituye deber primordial del Estado peruano garantizar la plena vigencia y eficacia de los derechos fundamentales, interdictando o prohibiendo cualquier forma de arbitrariedad (*artículo 44°, de la Norma Fundamental*).

Como lo ha precisado este Tribunal, el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige que exista: a) fundamentación jurídica; que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto; que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (Cfr. Exp. N° 4348-2005-PA/TC).

10.1. Deber de motivación y restricciones de derechos fundamentales

Asimismo, es preciso recalcar que el deber de motivación de las resoluciones judiciales es aún mayor cuando se trate de resoluciones que restrinjan derechos fundamentales (Cfr. Exp. N° 0728-2008-PHC/TC, caso Llamoja Hilares, fundamento 18), y a su vez, tanto mayor sea la restricción, mayores serán los deberes de motivación. Y es que si el objeto de la obligación constitucional de justificar la decisión adoptada radica en racionalizar la actuación del poder público, a efectos de evitar la arbitrariedad y el puro subjetivismo de quienes actúan desde el poder estatal, dicho deber se acrecienta en supuestos en los que hay una mayor discrecionalidad o en los que la consecuencia de la decisión sea más grave. En tal sentido, un acto estatal que restrinja los derechos fundamentales con una mayor intensidad, merecerá una mayor justificación. Así, cabe citar a modo de ejemplo que para el caso de una restricción grave del derecho a la libertad personal como el mandato de detención, este Tribunal Constitucional ha señalado expresamente que la exigencia de la motivación en la adopción o el mantenimiento de la medida debe ser más estricta, pues sólo de esa manera es posible evaluar

si el juez penal ha obrado de conformidad con la naturaleza excepcional, subsidiaria y proporcional de la detención judicial preventiva. (Cfr. Exp. N° 1091-2002-HC/TC, fundamento 18)[32].

En efecto, la inserción de los jueces en un sistema democrático de gobierno hace que ellos deban dar explicaciones de sus actos y justificar sus decisiones. Esta característica modula de manera fundamental el papel simbólico que ellos cumplen en el sistema jurídico. Los jueces de la Corte Suprema pueden ser supremos, pueden encarnar profundos mitos de la vida social, pueden ser expertos constitucionales, pero ello no los exime de explicar por qué actúan de la manera en que lo hacen. Para ello deben utilizar, con el objetivo de persuadir a su público, la retórica, ello es, la rama del saber práctico que se ocupa de las convenciones del discurso y la argumentación. Esta necesidad de justificar sus decisiones y convencer a su audiencia obliga a los jueces a pasar del terreno de lo implícito y simbólico al de la expresividad lingüística. En el primero, las líneas de evolución que vimos en los puntos precedentes se articulaban y convivían al abrigo de los símbolos de la institución judicial. Pero ahora, esas disrupciones subyacentes deben salir a la luz y ser resueltas a través del discurso. La retórica judicial, en este sentido, está destinada a lidiar con dicotomías tan profundas como las de la actividad política de la Corte y el fundamento jurídico de sus decisiones, su incidencia en el sistema político y la legitimidad democrática para hacerlo, su fidelidad a los dictados de la Constitución y la escucha de la opinión pública. Es justamente la existencia de estas numerosas tensiones las que hace de la retórica judicial un campo tan importante y debatido.

El juez o tribunal, al momento de enunciar su decisión, subsume todo el resto de las voces y las hace propias, las personifica en su monólogo. Pero no lo hace desde su propia personalidad, sino que subsume sus características individuales y asume el rol institucional. Es el tribunal el que habla a través suyo, la Justicia que emite. El formalismo legal sirve a este propósito retórico de apropiación, ya que al hacer suyas dichas limitantes el decisor judicial no habla ya por sí, sino que lo hace por la norma[33].

---

[32] Sentencia del 30 de junio de 2010, Exp. N° 06358-2008-PHC/TC, Lima, Azalea Esmeralda, García Zegarra.

[33] THURY CORNEJO, Valentín, «La Legitimidad de los Tribunales Supremos y sus estrategias comunicativas», *Estudios Constitucionales*, año 7, N° 1, 2009, p. 261.

11. Motivación escrita de las resoluciones judicial y el principio de oralidad: necesidad y forma

Con motivo del Acuerdo Plenario Nº 6-2011/CJ-116, del 6 de diciembre de 2011, se acuñaron en materia de motivación escrita y oralidad, los siguientes criterios jurisprudenciales:

11.1. Aspectos generales

La Constitución Política del Perú, en su artículo 139°, que en pureza recoge las principales garantías-derechos fundamentales de carácter procesal y los principios del proceso y del procedimiento, sólo menciona –en cuanto al ámbito objeto de análisis en esta sede: oralidad y motivación– dos disposiciones esenciales: **a)** la motivación escrita de las resoluciones judiciales (artículo 139°.5) –que es de incorporarla en la garantía genérica de tutela jurisdiccional–; y, **b)** el debido proceso (artículo 139°.3), al que es de rigor asociar como uno de sus derechos primordiales la publicidad de los procesos –sin perjuicio de otros derechos procesales claves, tales como la independencia judicial, la imparcialidad del juez, la pluralidad de la instancia, la prohibición de condena en ausencia–.

Cabe destacar que la Ley de Leyes no se refiere, expresamente, a la oralidad como principio procesal de relevancia constitucional. Sin embargo, es posible derivarla, para determinados momentos y actos procesales, de los principios procedimentales de publicidad, inmediación y concentración, siendo en buena cuenta la oralidad y la publicidad los principios rectores en este ámbito: de ambos derivan los anteriores [MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional I*, Tirant lo Blanch, Madrid, 2007, p. 382]. Empero, en estricto derecho y por lo anterior, la vulneración de la oralidad no constituye un vicio de inconstitucionalidad –como es el caso de la publicidad–, sino de mera legalidad ordinaria.

El desarrollo de las normas constitucionales antes citadas, en tanto cabe enfatizar que el proceso es una institución de configuración legal, se encuentra plasmada en las leyes procesales: el Código Procesal Civil –que es la norma procesal común de todo el sistema procesal–; la Ley Orgánica del Poder Judicial –en adelante, LOPJ–, que tiene muy diversas normas procesales y que informan, en segundo orden y frente al silencio de la Ley procesal común y de las leyes procesales específicas, todo el proceso jurisdiccional; y, en lo que corresponde al ámbito penal,

el Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-. Este último Código, en su Título Preliminar, no sólo reconoce como derechos procesales el juicio previo y público -de directa relevancia constitucional (artículo 139°. 4 y 10); también establece que el enjuiciamiento ha de ser oral y contradictorio (artículo I.2).

El artículo 123° NCPP clasifica las resoluciones judiciales según su objeto -entendido desde una perspectiva material- en: decretos, autos y sentencias. Los autos se dictan, siempre que lo disponga el citado Código, previa audiencia con intervención de las partes; las sentencias, por su lado, tienen un régimen propio fijado en los títulos correspondientes -todas, a excepción de la sentencia en el proceso por faltas que autoriza las denominadas sentencias *in voce* u orales, son escritas (*vid.* artículos 394°-396°, 425°, 431°.4, 468°.5, 477°.4 y 484°.6 NCPP)-.

El conjunto de las resoluciones judiciales, salvo los decretos, deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide, de modo claro y expreso. Por lo demás, sin perjuicio de las disposiciones especiales y de las normas estipuladas en la LOPJ, las resoluciones serán firmadas por los jueces respectivos (artículo 125°1 NCPP).

El régimen de la oralidad del procedimiento principal: la etapa de enjuiciamiento o del juicio oral está desarrollado en el artículo 361° NCPP. El apartado 4) prevé claramente que en el curso del juicio las resoluciones serán dictadas y fundamentadas verbalmente, cuyo registro debe constar en el acta. Ahora bien, las referidas resoluciones orales o verbales, que se expiden en el curso de la audiencia y se centran, según los casos, en los decretos y los autos deben documentarse en el acta -salvo excepciones, tal como el auto que da por retirada al acusación fiscal y dispone el sobreseimiento definitivo de la causa (artículo 387.4.b), que por su propia naturaleza al disponer la conclusión del juicio exige su estructuración escrita-. Sin perjuicio de la existencia del acta -escrita, por su propia naturaleza, y que recoge una síntesis de lo actuado en la sesión del juicio (artículo 361°.1 NCPP)-, se autoriza que la audiencia también pueda registrarse mediante un medio técnico (grabación, que puede ser por audio o video) -la primacía del acta como documento siempre presente en el juicio es, pues, inobjetable-. En tales casos, el acta y, adicionalmente, la grabación demostrarán el modo como se desarrolló el juicio, la observancia de

las formalidades previstas para él, las personas que han intervenido y los actos que se llevaron a cabo.

Si se atiende a la clásica distinción entre proceso y procedimiento, esto es, entre el objeto de las actuaciones procesales y las actuaciones propiamente dichas o conjunto de actos procesales que, tanto el juez como las partes han de realizar, se tiene que distinguir entre (1) principios del proceso -que determinan el régimen de entrada de la pretensión y de su resistencia, oposición o defensa en el procedimiento, así como los poderes de las partes en la conformación del objeto procesal y los del juez en su enjuiciamiento- y (2) principios del procedimiento -que encausan el régimen de actuación formal de dicha pretensión hasta que pueda obtener satisfacción por el órgano judicial en forma de sentencia- [GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Constitución y Leyes, Madrid, 2007, p. 41].

El principio de oralidad está referido, primordialmente, a la forma de los actos procesales. Éstos han de ser realizados verbalmente -predominio de lo hablado sobre lo escrito-. Además, vista su importancia y si se insta su incorporación cardinal en las actuaciones procesales -como lo hace razonable, que no radicalmente, el NCPP-, se erige en un modo de hacer el proceso, pues facilita la aplicación de los principios de investigación, inmediación, concentración y publicidad, aunque, como es obvio -situación que no puede desconocerse en modo alguno-, no condiciona la estructura del proceso, la formación del material fáctico y la valoración de la prueba.

Lo decisivo para la configuración institucional del principio de oralidad es el modelo de audiencias orales, que es la sede procesal donde tiene lugar este principio, escenario insustituible de su concreción procesal. En éstas el juez se pone en relación directa con las pruebas personales y con las partes -lo determinante en este principio, es pues, su fase probatoria-, sin perjuicio de que la audiencia haya sido preparada por una serie de actos escritos, en los cuales incluso puede haberse interpuesto la pretensión y opuesto la resistencia [MONTERO AROCA, *Ibidem*, p. 385], según se advierte de los artículos 349° y 350°.1 NCPP.

11.2. Oralidad y resoluciones orales o verbales

Sin perjuicio del procedimiento principal o etapa de enjuiciamiento, que tiene reglas específicas a las que es del caso atenerse, en los diversos

procedimientos que instaura el NCPP tiene lugar la expedición, indistinta, de resoluciones orales tras las correspondientes audiencias preliminares ordenadas por la ley procesal.

Así se tiene que, por ejemplo, en cuatro supuestos la resolución –en los procedimientos de investigación preparatoria– debe expedirse en forma inmediata, antes de la clausura de la audiencia (artículos 71°.4, 266°.2, 271°.1 y 2, y 343°.2 NCPP). En otros casos –en cincuenta y cinco supuestos aproximadamente–, autoriza al juez a dictar la resolución inmediatamente, de suerte que la resolución será oral, o dentro un plazo determinado (2 o 3 días), generalmente impropio (artículos 2°.5, 2°.7, 8°, 15°.2.c), 34°.2, 74°.2, 75°.2, 76°.1, 91°.2, 102°.1y2, 203°.2, 203°.3, 204°.2, 224°.2, 224°.3, 225°.5, 228°.2, 229°, 231°.4, 234°.2, 245°, 254°.1, 274°.2, 276°, 279°.2, 283°, 293°.2, 294°.1, 296°.1, 296°.2, 296°.4, 299°.2, 301°, 305°.2, 319°.c), 334°.2, 352°.1, 450°.6, 451°.1, 453°.2, 478°.1 y 3, 480°.1, 480°.2.b), 480°.3.b), 484°.1, 3 y 6, 486°.2, 491°.2, 491°.3, 491°.4, 491°.5, 492°.2, 521°.3, 523°.6, 544°.3, 557°.4 NCPP: «*...de forma inmediata o dentro de* [...] *días después de realizada la audiencia*). También, el NCPP determina que la resolución necesariamente ha de dictarse después de la audiencia, lo que exige su expedición escrita en ocho supuestos aproximadamente –se utiliza la fórmula: *hasta dentro de* [...] *horas o días después de realizada la audiencia* (artículos 45.2°, 468°.1 y 5, 477°.3, 420°, 424°, 431°.2, 521°.4, 526°.2)–. Asimismo, en otros casos utiliza una expresión distinta –en ocho supuestos aproximadamente–: *la resolución se emitirá en el plazo de* [...] *días*: 255°.3, 345°.3, 493°.3, 539°.2, 543°.1, 544°.3, 563°.2, 557°.5 NCPP, de la que desprende su forma escrita.

Más allá de las diversas expresiones lingüísticas utilizadas por el NCPP las resoluciones orales están, pues, reconocidas legalmente. En varias situaciones procesales es obligatoria una resolución oral, mientras que en otras, pese a la existencia de una audiencia previa, la expedición de una resolución escrita es obligatoria. Fuera de estos casos, es de adoptar una regla o criterio rector que permita decidir si la resolución será oral o escrita. El punto se aclara, sin duda, desde la vigencia de otros principios consustanciales a la audiencia misma, en especial el de concentración, puesto que exige que los actos procesales se realicen en una ocasión [MORENO CATENA, Víctor / CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Madrid, 2008, p. 231] y en el que se privilegia la memoria como elemento clave para una correcta decisión. Si las audiencias se llevan a cabo bajo una lógica de concentración y, además,

le continuidad -en las denominadas «audiencias preliminares», fuera le la audiencia principal o de enjuiciamiento, por su propia naturaleza, ıo se permite su suspensión, aunque es obvio que es posible admitir :xcepciones fundadas en una causa objetiva y razonable-, es inevitable :oncluir que la resolución será oral si se dicta antes de finalizar la ıudiencia. Ésta no puede suspenderse para otro día con el sólo propósito le dictar una resolución oral o de realizar un acto procesal intrascendente ıue muy bien pudo hacerse en el curso de la audiencia; un pronunciamiento diferido exige, entonces, una resolución escrita.

Un punto distinto, aunque vinculado, es el referido a la documentación de la resolución oral, de suerte que sea posible garantizar tanto la seguridad jurídica y la inalterabilidad de la misma, como su revisión en sede de impugnación respecto del cumplimiento de sus presupuestos materiales y formales.

La respuesta, sin duda, desde una perspectiva sistemática, se encuentra en la correcta interpretación de los artículos 120° y 361° NCPP. Los autos, atento a sus exigencias formales, requieren de una documentación -no sucinta- sino integral, y ésta se concreta en el acta. La reproducción audiovisual está referida a las actuaciones procesales, a las diligencias que se realizan en la audiencia. La resolución judicial es un acto procesal sujeto a sus propias regulaciones.

Si se admite, desde la perspectiva del NCCP -principio de legalidad procesal- la primacía del acta (parágrafo 8°) frente a la reproducción audiovisual o al medio técnico o grabación respectiva, es ineludible como pauta general que la resolución oral debe constar en el acta y transcribirse de modo integral. No obstante ello, es evidente asimismo, si se asume criterios razonables de economía y celeridad procesal, que si el auto jurisdiccional no es impugnado, no será necesario que se transcriba integralmente -basta que conste su sentido y, desde luego, lo que decida o resuelva con absoluta claridad-. La reproducción integral de la resolución oral, por consiguiente, sólo será necesaria cuando ésta es recurrida en el modo y forma de ley y sea patente su admisión. Se trata de suprimir tareas inútiles y de la reducción de todo esfuerzo (cualquiera sea su índole) que no guarda adecuada correlación con la necesidad que se pretende satisfacer; y de que el proceso se tramite y logre su objeto en el menor tiempo posible [Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Primera Parte*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1998, p. 265].

11.3. Motivación de las resoluciones

La motivación de las resoluciones es una exigencia constitucional específica reconocida por el artículo 139°.5 de la Ley Fundamental, y a la vez es un derecho que integra el contenido constitucionalmente garantizado de la garantía procesal de tutela jurisdiccional, que impone al juez la obligación de que las decisiones que emita han de ser fundadas en derecho. Las resoluciones judiciales deben ser razonadas y razonables en dos grandes ámbitos: 1) En la apreciación –interpretación y valoración– de los medios de investigación o de prueba, según el caso –se ha de precisar el proceso de convicción judicial en el ámbito fáctico–. 2) En la interpretación y aplicación del derecho objetivo. En este último ámbito, si se trata de una sentencia penal condenatoria –las absolutorias requieren de un menor grado de intensidad–, requerirá de la fundamentación (*i*) de la subsunción de los hechos declarados probados en el tipo legal procedente, con análisis de los elementos descriptivos y normativos, tipo objetivo y subjetivo, además de las circunstancias modificativas; y (*ii*) de las consecuencias penales y civiles derivadas, por tanto, de la individualización de la sanción penal, responsabilidades civiles, costas procesales y de las consecuencias accesorias.

La motivación, por cierto, puede ser escueta, concisa e incluso –en determinados ámbitos– por remisión. La suficiencia de la misma –analizada desde el caso concreto, no apriorísticamente– requerirá que el razonamiento que contenga, constituya lógica y jurídicamente, suficiente explicación que permita conocer, aún de manera implícita, los criterios fácticos y jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión. Basta, entonces, que el órgano jurisdiccional exteriorice su proceso valorativo en términos que permitan conocer las líneas generales que fundamentan su decisión. La extensión de la motivación, en todo caso, está condicionada a la mayor o menor complejidad de las cuestiones objeto de resolución, esto es, a su trascendencia. No hace falta que el órgano jurisdiccional entre a examinar cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, sólo se requiere de una argumentación ajustada al tema en litigio, que proporcione una respuesta al objeto procesal trazado por las partes.

La jurisdicción ordinaria, en vía de impugnación, puede incluso integrar o corregir la falta de motivación de la sentencia recurrida en tanto se trata de un defecto estructural de la propia decisión

impugnada, siempre que aun faltando expresa nominación de la razón, la sentencia contenga, en sus hechos y en sus fundamentos jurídicos, todas las circunstancia acaecidas.

Es palmario, por lo demás, que la nulidad procesal requiere como elemento consustancial que el defecto de motivación genere una indefensión efectiva -no ha tratarse de una mera infracción de las normas y garantías procesales-. Ésta únicamente tendrá virtualidad cuando la vulneración cuestionada lleve aparejada consecuencias prácticas, consistentes en la privación de la garantía de defensa procesal y en un perjuicio real y efectivo de los intereses afectados por ella, lo que ha de apreciarse en función de las circunstancias de cada caso (principio de excepcionalidad de las nulidades de decisiones de mérito en concordancia con el principio de conservación de los actos procesales -artículos 152° y siguientes del NCPP-).

Por otro lado, los errores -básicamente jurídicos- en la motivación, son irrelevantes desde la garantía a la tutela jurisdiccional; sólo tendrán trascendencia cuando sean determinantes de la decisión, es decir, cuando constituyan el soporte único o básico de la resolución, de modo que, constatada su existencia, la fundamentación pierda el sentido y alcance que la justificaba y no puede conocerse cuál hubiese sido el sentido de la resolución de no haber incurrido en el mismo.

En función a lo anterior, es evidente que, la motivación, desde la perspectiva del deber de exhaustividad -decisión razonada del derecho vigente con relación a la pretensión esgrimida, de todos los puntos litigiosos, y en función de los hechos probados en el proceso-, tendrá lugar cuando la resolución judicial: **1.** Carece llanamente de motivación, es decir, omite pronunciarse sobre las pretensiones y resistencias relevantes formuladas por las partes e impide conocer el desarrollo del juicio mental realizado por el juez y cuya conclusión es el fallo que pronuncia. **2.** Es notoriamente insuficiente, vale decir, no se apoya en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales que la fundamentan, cuya apreciación está en función al caso concreto. **3.** Es arbitraria por ilógica, incoherente, incomprensible o contradictoria (supuestos de motivación aparente) -desconexión entre motivación y decisión, o ausencia de coherencia interna de la resolución-.

En vía de impugnación, la sentencia de vista o la de casación exige una contestación individualizada a la motivación del recurso o a la pretensión impugnativa, aunque la motivación por remisión o

implícita es tolerable en la media en que la parte de la decisión objeto de remisión esté razonablemente fundamentada –criterio establecido en la Casación N° 05-2007/Huaura–.

El artículo 139°.5 de la Constitución expresamente menciona que la motivación de las resoluciones se expresa a través de su forma escrita. Empero, la interpretación de esta norma constitucional no puede ser meramente literal, pues de ser así se opondría al principio de oralidad y a la lógica de un enjuiciamiento que hace de las audiencias el eje central de su desarrollo y expresión procesal.

En la medida en que se permita conocer el cumplimiento de los presupuestos materiales y formales de una resolución jurisdiccional, que se impida la manipulación de las decisiones judiciales y que se garantice un mecanismo idóneo y razonable de documentación, las resoluciones orales en modo alguno afectan las finalidades que cumple la motivación: 1. Controlar la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo así con el requisito de publicidad. 2. Hacer patente el sometimiento del juez al imperio de la ley. 3. Lograr el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el porqué concreto de su contenido. 4. Garantizar la posibilidad de control de la resolución judicial por los Tribunales Superiores que conozcan de los correspondientes recursos [PICÓ I JUNOY, Joan, *Las Garantías Constitucionales del Proceso*, Bosh, Barcelona, 1997, p. 64].

En tanto la resolución oral –con las particularidades antes citadas– se documenta en el acta y, adicionalmente, la audiencia en la que se profiere es objeto de una grabación por medio de audio o de video, su reconocimiento no importa vulneración constitución alguna.

12. El Juez predeterminado por la ley

12.1. Concepto

El segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, consagra el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Dicho derecho es una manifestación del derecho al «debido proceso legal» o, lo que con más propiedad, se denomina también «tutela procesal efectiva».

El derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley está expresada en términos dirigidos a evitar que se juzgue a un individuo

por «órganos jurisdiccionales de excepción» o por «comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación». En ese sentido, exige, en primer lugar, que quien juzgue sea un juez o un órgano que tenga potestad jurisdiccional. Se garantiza, así, la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional, o por una comisión especial creada ex profesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales, o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación. De esa manera se impide que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse el conocimiento de asuntos que deban ser ventilados ante el Poder Judicial o ante cualquiera de los órganos jurisdiccionales especializados que la Constitución ha establecido.

En segundo lugar, el derecho en referencia exige que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley. Ello, por un lado, comporta la predeterminación (y no sólo la determinación) del órgano judicial y también la de su competencia. Desde esta última perspectiva, la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez *ex post facto* o por un juez *ad hoc*.

Y por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcionalmente, sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículos 139°, inciso 3), y 106° de la Constitución. «La predeterminación legal del juez significa», como lo ha expuesto el Tribunal Constitucional de España [STC 101/1984], «que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso», según las normas de competencia que se determine en la Ley. Tal derecho, como lo ha recordado la *Corte Constituzionale*, garantiza «una rigurosa imparciabilidad del órgano judicial» (*Ordinanza* N° 521/1991) o, como también lo prescribe el artículo 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos, el juzgamiento por un «tribunal competente, independiente e imparcial».

Por otro lado, la predeterminación del juez por la ley, elemento propio del concepto de juez natural recogido en el artículo 139, inciso 3) de la Constitución Política del Perú, se refiere únicamente al órgano jurisdiccional, y no a la creación anticipada de las salas especializadas

que conocen del proceso. Como afirma Joan PICO I JUNOY, «La predeterminación legal del juez que debe conocer de un asunto está referida al órgano jurisdiccional, y no a las diversas Salas o Secciones de un mismo Tribunal, dotadas *ex lege* de la misma competencia material, en relación con las cuales bastan que existan y se apliquen normas de reparto que establezcan criterios objetivos y de generalidad» [*Las garantías constitucionales del proceso*, José María Bosh editor, Barcelona 1997, p. 99][34].

El derecho al juez predeterminado por ley ya ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional, así, en las sentencias recaídas en los expedientes Nos. 290-2002-HC/TC (Eduardo Martín Calmell del Solar), 1013-2003-HC/TC (Héctor Ricardo Faisal Fracalossi) y 1076-2003-HC/TC (Luis Bedoya de Vivanco), se ha señalado que el derecho a la jurisdicción predeterminada por ley implica, en primer lugar, que la competencia jurisdiccional se halla sujeta a una reserva de ley orgánica, lo cual supone: a) el establecimiento en abstracto de los tipos o clases de órganos a los que se va encomendar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, y b) la institución de los diferentes órdenes jurisdiccionales y la definición genérica de su ámbito de conocimiento litigioso. Asimismo, que dicha predeterminación no impide el establecimiento de subespecializaciones al interior de las especializaciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial, máxime, cuando el artículo 82, inciso 28, de la misma Ley Orgánica del Poder Judicial autoriza a crear y suprimir «Distritos Judiciales, Salas de Cortes Superiores y Juzgados, cuando así se requiera para la más rápida y eficaz administración de justicia». Por tanto, el Tribunal Constitucional considera que la creación de juzgados y salas penales especializados en delitos de terrorismo no vulnera la reserva de ley derivada del derecho a la jurisdicción predeterminada por ley.

Respecto de la alegada creación de los órganos jurisdiccionales con posterioridad a la comisión de los hechos que se le imputan, este Tribunal ha señalado en las ya citadas resoluciones que el derecho al juez predeterminado por ley comporta también la predeterminación (y no solo la determinación) del órgano judicial y también la de su

---

[34] Sentencia del 30 de Junio del 2003, Exp. N° 1013-2003-HC/Tribunal Constitucional.

competencia; la asignación de competencia judicial necesariamente debe haberse establecido con anterioridad al inicio del proceso, garantizándose así que nadie pueda ser juzgado por un juez ex post facto o por un juez ad hoc. Y, por otro, que tales reglas de competencia, objetiva y funcional sean previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de la interpretación sistemática de los artículo 139, inciso 3), y 106 de la Constitución, lo que implica que el órgano judicial haya sido creado por una norma legal que lo haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al inicio de la actuación judicial. Con ello se garantiza la independencia e imparcialidad del juez, que es el interés directo que se protege mediante este derecho constitucional[35].

12.2. Deslinde de la jurisdicción especializada con la noción del juez excepcional

La noción de juez «excepcional», que el derecho en referencia prohíbe, no debe confundirse con la de jurisdicciones especializadas. En efecto, sin perjuicio de reconocerse la unidad de la jurisdicción estatal, nuestro derecho nacional (como el comparado) admite que, además de los jueces ordinarios, puedan haber jueces especiales. Es lo que sucede con el Tribunal Constitucional que, «en contraposición a la magistratura ordinaria, se puede definir como juez especial constitucional» [Verde, Giovanni, *L´ordinamento giudiziario*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 1]. Lo mismo podría decirse en relación con los tribunales militares, dentro del ámbito estricto que la Constitución los ha previsto.

Tampoco la idea de juez «excepcional» debe asociarse a la de jueces «especializados» existentes en el seno del Poder Judicial. Esto es, a la existencia de jueces y salas, al interior del Poder Judicial, cuya competencia venga restringida a un determinado ámbito de materias[36].

12.3. La ratio del derecho al juez predeterminado por ley

De esta manera se garantiza la independencia e imparcialidad del juez, que es el interés directo que se protege mediante este derecho

---

35 Sentencia del 04 de Octubre del 2004, Exp. N° 2468-2004-HC/Tribunal Constitucional.

36 Sentencia del 30 de Junio de 2003, Exp. N° 1013-2003-HC/Tribunal Constitucional.

constitucional. Sin embargo, de ello no puede concluirse que cualquier modificación orgánica o funcional, cualquiera sea su alcance y su contenido, no pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados y que se encuentran pendientes de resolución, pues si la *ratio* del derecho es proteger la imparcialidad del juzgador, es claro que si tales modificaciones se realizan con criterios objetivos y de manera general, dentro de la jurisdicción ordinaria, existe una presunción de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad de los jueces y, por tanto, no resulta contraria *prima facie* al derecho en cuestión[37].

12.4. De la necesidad de contar con una sub especialización en materia de «criminalidad gubernativa»

Aun cuando se pudiera tener la sensación de que los juzgados y Sala Penal Especial se crearon con el objeto de «atender adecuadamente los procesos ya instaurados y los que se instauren como consecuencia de las investigaciones que se están realizando en diversos niveles en torno al ciudadano Vladimiro Montesinos Torres», esto es, como si fueran jueces nombrados para resolver la situación jurídica de una persona y, por tanto, vulnerando el principio de igualdad; sin embargo, de la lectura integral de la normatividad, se colige que se trata de órgano propios de la jurisdicción ordinaria, cuya designación no se sustenta en el criterio de la persona que se va a juzgar, sino en el de la sub-especialización en el seno de la justicia penal, derivado de las particularidades exigencias que se desprenden de un conjunto de ilícitos penales practicados desde las más altas instancias gubernamentales.

Este fenómeno, que en el derecho comparado se denomina «criminalidad gubernativa», si bien no constituye una categoría técnico jurídica, refleja un fenómeno con rasgos propios que, en principio, puede comprender cualquier tipo delictivo y que resulta legítimo, como criterio de racionalización y sub-especialización procesal-penal, en la medida que ellos son cometidos por personas que, por razón del cargo, disfrutan de una especial capacidad de información e influencia. Comprende, como es obvio, no sólo a los titulares de cargos públicos

---

[37] Sentencia del 30 de Junio de 2003, Exp. N° 1013-2003-HC/Tribunal Constitucional.

directamente elegidos o investidos por un órgano representativo, sino también a los titulares de cargos públicos nombrados por estos últimos y funcionarios de confianza, así como a los particulares que se coludan con aquéllos.

Tales rasgos propios de la criminalidad gubernativa se traduce, entre otros aspectos, en la complejidad que supone su investigación judicial. De ahí que, en el caso de autos, la sub-especialización de los jueces penales se haya visto acompañado de la autorización para contratar personal auxiliar, prestación de apoyo técnico y financiero, adopción de medidas de protección de los jueces competentes así como de medidas especiales para la custodia de los medios probatorios, como se precisa en el último de los artículos de la resolución administrativa antes citada.

De esta forma, el Tribunal Constitucional considera legítimo que se puede disponer una sub-especialización en el ámbito de la justicia penal, si es que los motivos que la justifican persiguen garantizar la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes. Por lo demás, su objetividad está fundamentada en consideraciones tales como la complejidad del asunto, la carga procesal y las «particulares exigencias del servicio» (Así, por ejemplo, se ha pronunciado la *Corte Costituzionale*, en la *Sentenza* N° 174/1975)[38].

12.5. Transferencia de competencia

En principio una vez que un juez ordinario predeterminado por ley asume el conocimiento de un proceso de acuerdo con los factores de competencia –por razones objetivas, funcionales y territoriales–, le corresponde el trámite y la decisión del asunto sometido al juzgamiento; que, sin embargo, por circunstancias graves la ley permite apartarse del principio general sobre competencia establecido en el artículo 19 del Código de Procedimientos Penales –aquí se indica que como fuero general se tendrá en cuenta el lugar donde se ha cometido el hecho delictuoso, sin perjuicio que además sean de aplicación los fueron subsidiarios (incisos dos, tres y cuatro) a los que se acudirá en forma escalonada– y cambiar el lugar de radicación del juzgamiento; que, dentro de este contexto jurídico, el artículo 39 del Código Procesal Penal de dos mil cuatro, aprobado por

[38] Sentencia del 30 de Junio de 2003, Exp. N° 1013-2003-HC/Tribunal Constitucional.

Decreto Legislativo numero novecientos cincuenta y siete, establece los presupuestos del instituto de la «transferencia de competencia» circunscritos a la presencia de motivos insalvables que impidan o perturben gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento -imparcialidad o independencia de la administración de justicia-, se ponga en peligro la seguridad del procesado o su salud y cuando sea afectado gravemente el orden público[39].

En efecto, en la Ejecutoria Suprema del 31 de agosto de 2011, recaída en la Ejecutoria Suprema N° 4-2011, La Libertad, donde se declaró infundado el pedido de transferencia de competencia, se recalcó que: el segundo párrafo del numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución, consagra entre otras garantías procesales la del juez legal -denominado por un sector de la doctrina «juez natural»-, bajo el enunciado «ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ...»; que la predeterminación legal del juez no es otro que el juez territorial, objetiva y funcionalmente competente, de modo tal que las normas sobre competencia se erigen en un auténtico presupuesto procesal, aún cuando es de rigor aclarar que no necesariamente, por ejemplo, el incumplimiento de las reglas sobre competencia territorial vulneran esta garantía, salvo -desde luego- que infrinjan la independencia judicial o el derecho al debido proceso y/o entrañen la sustracción indebida o injustificada al órgano judicial al que la Ley le atribuye el conocimiento de un caso, manipulando el texto de las reglas de atribución de competencia con manifiesta arbitrariedad.

A estos efectos el artículo treinta y nueve del Código Procesal Penal, estipula que: «*La transferencia de competencia se dispone únicamente cuando circunstancias insalvables impidan o perturben gravemente el normal desarrollo de la investigación o del juzgamiento, o cuando sea real o inminente el peligro incontrolable contra la seguridad del procesado o su salud, o cuando afecte gravemente el orden público*». De, de esta forma, es claro que bajo supuestos excepcionales -de naturaleza insalvable, real o inminente-, es posible un cambio de radicación de un proceso; sin embargo, puntualiza la máxima instancia, que, de la revisión de la prueba presentada por el recurrente, se concluye que no tiene entidad suficientes

[39] Ejecutoria del 27 de Abril del 2007, Transferencia N° 01-2007-Puno, Sala Penal Transitoria.

para configurar los supuestos excepcionales antes glosados; máxime, si en las publicaciones se reitera la competencia del órgano jurisdiccional de juzgamiento como competente para resolver el *thema decidendi* –«El destino del coronel está en manos de la justicia», ver fojas dos–. Finalmente, subraya el Tribunal Supremo que conforme trasciende de las actas de audiencia de fojas ciento tres y siguientes, el juzgamiento se inició y se desarrolla dentro de los cauces legales, sin la constatación de elementos exógenos que impidan el normal desarrollo del juzgamiento.

12.6. La transferencia de competencia como un mecanismo preponderantemente administrativo

Que aun cuando la «transferencia de competencia» importa una modificación ulterior de las reglas de competencia –en función a evitar que el proceso se vea alterado en su esencia por circunstancias propias del lugar del juzgamiento o de su concreto desenvolvimiento–, sin embargo, el cambio de radicación del proceso no afecta los derechos de los sujetos procesales, ni es contrario a la Constitución Policita del Perú –en cuanto la ley lo permite–, pues mientras el proceso sea dirigido por un funcionario competente –por razones objetivas (referida a la naturaleza de la infracción penal y a la función o cargo público que ocupe el imputado) y funcionales (competencia del Juez en relación a las fases de desarrollo del proceso penal) –, los mismos gozan de todas y cada una de las garantías que les brindan la norma *normarum* y la ley, de no ser así, cuentan con los procedimientos pertinentes que la misma ley consagra para evitar la violación del derecho de defensa, como son la interposición de los recursos contra las providencias que vulneren sus derechos, la recusación del juez que conoce del proceso u otros; que por lo demás la transferencia de competencia es un mecanismo jurídico, mas de carácter administrativo que judicial –pues no implica ninguna valoración del hecho punible que se investiga o la determinación de la autoría o responsabilidad penal de las personas imputadas–, que de manera excepcional permite la variación de radicación de los procesos cuando concurran los presupuestos exigidos por la ley[40].

12.7. Causales para que opere la transferencia de competencia

Que exista un peligro real para la integridad física de los acusados y un sentimiento de rechazo en contra de estos, pues se evidencia un estado

[40] Ejecutoria del 27 de Abril del 2007, Transferencia N° 01-2007-Puno, Sala Penal Transitoria.

de animadversión en el que se ha conducido el pueblo de Puno respecto al hecho; que, dichas circunstancias, perturban la correcta Administración de Justicia en la circunscripción judicial en donde se ventila el juicio en cuestión, pues el acaecimiento de presiones ciudadanas y mediáticas podría influenciar en los magistrados de este lugar al momento de emitir su veredicto; que es de puntualizar que lo que se persigue proteger concretamente, es la psiquis de cada operador de justicia al momento de emitir su decisión, pues la interferencia o manipulación que pueda emitirse a través, tanto de los medio de comunicación, como de los pobladores en la calles, influiría de manera negativa en el sujeto que tiene la función de sentenciar, mediante la existencia de factores externos que van a incidir en su imparcialidad y que van a coadyuvar a que se forme una opinión que va a desfavorecer la transparencia y objetividad con que debe emitir su decisión final, máxime si se trata de un delito de homicidio, el cual por su naturaleza es grave.

Que estos hecho desestabilizan las garantías procesales de los acusados, en la medida de que la situación de orden público del departamento en cuestión hace prever que existe un peligro contra la seguridad de estos y que no será fácil el cumplimiento del debido proceso -previsto en el inciso tres del artículo cuento treinta y ocho de la Constitución Política del Perú, que en su parte pertinente señala que «son principios y derecho de la función jurisdiccional: la observancia del debido proceso», en cuanto, es razonable pensar que si son procesados por una Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Puno, se podría afectar la correcta Administración de Justicia- sobre el merito de los antecedentes glosados-, y quedar fracturada ante la opinión pública la justicia, como fin último del proceso penal[41].

12.8. Acumulación y desacumulación o separación de procesos

El artículo 20 del Código de Procedimientos Penales, inciso 4, modificado por el Decreto Legislativo N° 959, establece que, bajo determinadas condiciones procede tanto la desacumulación o separación de proceso acumulados, como de imputaciones o delitos conexos, lo cual encuentra correlato con el inciso 3 del mismo numeral según el cual procede aplicar la figura de acumulación cuando resulte

[41] Ejecutoria del 27 de Abril del 2007, Transferencia N° 01-2007-Puno, Sala Penal Transitoria.

necesario para garantizar el conocimiento integral de los delitos objeto de instrucción, salvo que la acumulación ocasione grave y fundado retardo en la administración de justicia. Que, en tal sentido la unificación de procesos en una sola investigación o juzgamiento, debe estar orientada a lograr objetivos previstos en las normas antes reseñada, por lo que teniendo en cuanto que ambas causas se encuentran en etapa intermedia o de saneamiento procesal, conforme se aprecia de las copias certificadas de la acusación fiscal, corresponde la acumulación al proceso que contiene el delito más grave[42].

De esta forma se establece que, excepcionalmente, con la exclusiva finalidad de simplificar el procedimiento y decidir con celeridad, siempre que existan elementos suficientes para conocer con independencia, de oficio o a pedido del fiscal o de las demás partes procede tanto la desacumulación o separación de procesos acumulados, como de imputaciones o delito conexos, que requieran diligencias o actuaciones especiales. En el supuesto de una caso complejo, con decenas de acusados, de los cuales unos tienen la condición de reos libres y otros en cárcel, la desacumulación del proceso, debe estar orientada a lograr los objetivos antes reseñada, por lo que, teniendo en cuenta que el proceso se encuentra en etapa intermedia o de saneamiento procesal; para un mejor análisis y celeridad procesal, resulta conveniente la concentración de estos hechos en una sola causa penal, ya que pueden llevarse de manera independiente sin afectar la probanza de los demás, pues el principio de accesoriedad limitada en los casos de complicidad no exige que el actor del hecho principal sea culpable sino que este realice una conducta típicamente antijurídica, la que puede acreditarse siguiéndose un proceso diferente[43].

Por otro lado, el Tribunal Constitucional recalca que la acumulación será indebida si los jueces no siguen las pautas establecidas por las normas que la desarrollen; y será inmotivada si no explican las causas de dicha acumulación. Por ello, es opinión del Tribunal que las expresiones 'indebida' o 'inmotivada' acumulación que se emplean en el inciso 17) del artículo 47 de la Ley cuestionada no transgreden el

---

42 Ejecutoria Suprema del 23 de Noviembre del 2005, R.N. N° 2401-2005, Sala Penal Transitoria.

43 Ejecutoria Suprema del 12 de Enero del 2006, R.N. N° 2307-2005, Primera Sala Penal Transitoria.

principio de tipicidad. Y es que este principio, en el Derecho Administrativo Sancionador, no significa que en la disposición que regula la falta se encuentren prescritos todos los supuestos plausibles de ser sancionados, sino que la disposición que la contempla esté redactada «*(...) con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal*»[44].

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en el fundamento 31 de la sentencia recaída en el expediente N° 3509-2009-PHC/TC, caso Chacón Málaga, precisó que «(...) dicha desacumulación pone de manifiesto que por la naturaleza de las imputaciones ventiladas en el proceso seguido contra el recurrente era posible seguir varios procesos distintos con menos imputados, lo que en definitiva haría menos complejo el proceso penal. Sin embargo, que siendo ello posible, llama la atención que la referida desacumulación se haya dado recién a partir del año 2007, cuando el proceso penal tenía ya seis años de iniciado (...)». Concluye el Tribunal Constitucional señalando que «(...) De modo tal que es posible advertir que en el presente caso, la gran cantidad de imputados, elemento que incidió en gran medida en la complejidad del proceso, en realidad constituye una imputable al propio órgano jurisdiccional». Acorde a ello, el Supremo Intérprete de la Constitución considera que si bien el proceso penal N° 04-2001 se trataba de un proceso complejo por la cantidad de personas involucradas (35), lo que originó que se requiera gran cantidad de información a diferentes instituciones, así como la realización de diferentes diligencias para determinar o desvirtuar la imputación de los delitos investigados, siendo posteriormente desacumulado en dos procesos diferentes; sin embargo, dada la cantidad de personas involucradas era posible que el proceso se desacumulara respecto de grupos de familia para que éste se realice dentro de un plazo razonable y no esperar 7 años para realizar esta desacumulación, siendo por lo tanto esta situación imputable al órgano jurisdiccional[45].

---

[44] STC 2050-2002-AA/TC.

[45] Sentencia del 13 de Mayo de 2011, Exp. N° 02495-2010-PHC/TC, Lima, Blanca Edith Villavicencio Corpacho de Indacochea y otros.

12.9. De la necesidad de conciliar la acumulación con el plazo razonable a la luz de las sentencias del Tribunal Constitucional en el caso Chacón Málaga y Salazar Monroe (Este último, incardinado en el Caso «Grupo Colina»)

12.9.1. Datos fácticos relativos a los casos Chacón Málaga y Grupo Colina:

12.9.1.1. Similitud en la Numerosidad de acusados; empero, naturaleza sustancialmente diferente de los delitos imputados

Ciertamente, en ambos procesos, los acusados han sido numerosos; aunque los delitos imputados de naturaleza absolutamente divergente. Así, si bien son datos que no fluyen de las Sentencias examinadas (STC N° 3509-2009-PHC/TC - Caso Chacón y STC N° 05350-2009-PHC/TC - Caso Salazar Monroe), se cuenta con la información siguiente:

CASO GRUPO COLINA

57 acusados – Delitos de Homicidio Calificado y otros

N°	ACUSADOS	PROCESOS PRIMIGENIOS DONDE FUERON COMPRENDIDOS (Se excluye Caso «La Cantuta» que ya fue objeto de Sentencia). *Proceso 1: Exp. 32-2001 (J) / Exp. 28-2001 (S) [Caso Barrios Altos] *Proceso 2: Exp. 44-2002 (J) / Exp. 45-2002 (S)[Caso Pedro Yauri] *Proceso 3: Exp. 01-2003 (J) / Exp. 28-2001 (S)[Caso Campesinos del Santa] *DELITOS ACUSADOS* *Delito H: Homicidio Calificado *Delito A: Asociación Ilícita *Delito S: Secuestro Agravado *Delito D: Desaparición Forzada de personas		
		Proceso 1	Proceso 2	Proceso 3
1	ALBERT VELASQUEZ ASCENCIO	-	A	-
2	ALBERTO SEGUNDO PINTO CARDENAS	-	H, A, S	H, S
3	ÁNGEL ARTURO PINO DIAZ o MIGUEL o JOSÉ PINO DÍAZ	H, A	H, S	S

4	ANGEL FELIPE SAUÑI POMAYA	-	H, A, S	H, S
5	AQUILINO CARLOS PORTELLA NUÑEZ	-	-	-
6	ARTEMIO VICTOR ARCE JANAMPA	-		-
7	AUGUSTO PASTOR VENEGAS CORNEJO	-	A	-
8	CARLOS ELISEO PICHILINGUE GUEVARA	H, A	H, S	H, S
9	CARLOS INDACOCHEA BALLON	-	A	-
10	CARLOS LUIS CABALLERO ZEGARRA BALLON	-	H, A, S	H, S
11	CARLOS MIRANDA BALAREZO o CARLOS ERNESTO MIRANDA BALAREZO	-	-	-
12	CESAR HECTOR ALVARADO SALINAS	H, A	-	-
13	DOUGLAS HIVER ARTEAGA PASCUAL	H	-	-
14	EDGAR CUBAS ZAPATA	-	A	-
15	ENRIQUE OSWALDO OLIVEROS PEREZ	-	-	-
16	ESTELA CARDENAS DIAZ	-	A	S
17	FEDERICO AUGUSTO NAVARRO PEREZ	H, A	H, S	H, S
18	FERNANDO LECCA ESQUEN	H, A	H, S	-
19	FERNANDO RODRIGUEZ ZABALBEASCOA	H, A	-	-
20	GABRIEL ORLANDO VERA NAVARRETE	H, A	H, S	S
21	HAYDEE MAGDA TERRAZAS ARROYO	-	A	-
22	HECTOR GAMARRA MAMANI	-	H, A, S	-
23	HERCULES GOMEZ CASANOVA	-	H, A, S	H, S
24	HUGO FRANCISCO CORAL GOICOCHEA o HUGO FRANCISCO CORAL GOYCOCHEA	H, A	H, S	S
25	ISAAC PAQUILLAURI HUAYTALLA ***	-	A	-
26	IVAN MUÑOZ SOLANO	-	A	-
27	JORGE BENITES LEON	-	A	-
28	JORGE ENRIQUE ORTIZ MANTAS	H	H, A, S	H, S
29	JOSE CONCEPCIÓN ALARCON GONZALES	-	H, A, S	H, S
30	JOSE WILLIAM TENA JACINTO	-	A	-
31	JUAN NOLBERTO RIVERO LAZO	H, A	H, S	H, S
32	JUAN ORESTES VARGAS OCHOCHOQUE	-	A	-
33	JUAN PAMPA QUILLA	A	-	-
34	JUAN SOSA SAAVEDRA O JESÚS ANTONIO SOSA SAAVEDRA O JUAN SOSA FLORES	H, A	H, S	H, S
35	JULIO ALBERTO RODRÍGUEZ CORDOVA	-	-	-
36	JULIO CHUQUI AGUIRRE**	H, A	H, S	S
37	JULIO RAMOS ALVAREZ (fs. 27742) Aclarado como Julio HERNAN a fojas. 29872.	-	A	-
38	JULIO ROLANDO SALAZAR MONROE	H, A	H, S	H, S
39	JULIO SALAZAR CORREA (Ó CARLOS SALAZAR CORREA Res. 03/02/2003 fojas. 28276)	-	A	-

40	LUIS ALBERTO CUBAS PORTAL	H	A	-
41	LUZ IRIS CHUMPITAZ MENDOZA	-	A	-
42	MARCO FLORES ALVÁN**	A	-	-
43	MAXIMO HUMBERTO CÁCEDA PEDEMONTE	H	A	-
44	NELSÓN ROGELIO CARBAJAL GARCÍA	H, A	H, S	H, S
45	NICOLÁS DE BARI HERMOZA RÍOS	H, A	H, S	H, S
46	PABLO ANDRES ATUNCAR CAMA	-	H, A, S	-
47	PEDRO GUILLERMO SUPPO SANCHEZ	H, A	-	H, S
48	PEDRO SANTILLAN GALDOS O PEDRO MANUEL SANTILLÁN GALDÓS	-	A	-
49	ROLANDO JAVIER MENESES MONTES DE OCA	-	H, A, S	H, S
50	ROSA RUIZ RIOS (Rosa ISABEL Ruíz Ríos según res. 28-11-02 Fs. 27258)	-	A	-
51	SANTIAGO ENRIQUE MARTIN RIVAS	H, A	H, S	H, S
52	SHIRLEY SANDRA ROJAS CASTRO	H, A	-	-
53	VÍCTOR MANUEL HINOJOSA SOPLA	-	A	-
54	VICTOR MANUEL LARA ARIAS	-	A	-
55	VÍCTOR SILVA MENDOZA O VICTOR RAUL SILVA MENDOZA	H	H, A, S	H, S
56	VLADIMIRO MONTESINOS TORRES	H, A	H, S	H, S
57	WILMER YARLEQUE ORDINOLA	H, A	H, S	H, S

** Se les dictó Sentencia Anticipada de acuerdo a Ley N° 28122 (Conclusión anticipada de Procesos).

*** Se acogió a Colaboración Eficaz y dicha sentencia fue homologada.

CASO CHACÓN
(37 acusados)

N°	PROCESADOS	DELITOS ACUSADOS *Delito El: Enriquecimiento Ilícito. La (C) Complicidad de Enriquecimiento Ilícito. *Delito ER: Encubrimiento Real *Delito C: Cohecho.		
1	VLADIMIRO MONTESINOS TORRES		C,ER	
2	SILVANA MONTESINOS BECERRA		C(c),ER	
3	WALTER GASPAR SEGUNDO CHACÓN MÁLAGA		El	
4	AURORA ISABEL DE VETTORI ROJAS DE CHACÓN		El (c)	
5	CECILIA ISABEL CHACÓN DE VETTORI		El (c)	
6	LUIS MIGUEL PORTAL BARRANTES		El (c)	
7	JUAN CARLOS CHACÓN DE VETTORI		El (c)	

8	JUAN YANQUI CERVANTES	EI
9	MARÍA ESTHER YANQUI MARTÍNEZ	EI (c)
10	WALTER RAMÓN JAVE HUANGAL	EI
11	CARMEN RIVAS LUNA DE JAVE	EI (c)
12	RICARDO ALBERTO SOTERO NAVARRO	EI
13	MARINA MERCEDES ARANA GÓMEZ	EI (c)
14	RICARDO RENATO SOTERO ARANA	EI (c)
15	ENRIQUE ARANA ESTABRIDIS	EI (c)
16	ORLANDO MONTESINOS TORRES	EI
17	ESTELA A. F. M. ZIMMERMANN DELGADO DE MONTESINOS	EI (c)
18	LUIS MANUEL DELGADO DE LA PAZ	EI
19	GENOVEVA ESPERANZA MEDINA LEWIS DE DELGADO	EI (c)
20	LUIS MANUEL DELGADO MEDINA	EI (c)
21	JESÚS MANUEL DELGADO MEDINA	EI (c)
22	MILAGROS ISABEL DELGADO MEDINA	EI (c)
23	CARLOS EDUARDO ALEJANDRO INDACOCHEA BALLÓN	EI
24	BLANCA E. VILLAVICENCIO CORVACHO	EI (c)
25	ROSA MARÍA INDACOCHEA VILLAVICENCIO	EI (c)
26	LUIS ALBERTO CUBAS PORTAL	EI
27	KARELIA MONTESINOS TORRES	EI (c)
28	ABRAHAM WALTER CANO ANGULO	EI
29	CARMEN MARÍA GAMARRA GONZALES DE CANO	EI (c)
30	SANDRO YANICK CANO GAMARRA	EI (c)
31	PAOLA JANETH CANO GAMARRA	EI (c)
32	HAROLD WALTER CANO GAMARRA	EI (c)
33	MARIO HUMBERTO DELGADO VÁSQUEZ	ER
34	MIRIAM CHILCÓN SILVA	ER
35	ALEJANDRO AUGUSTO VALIENTE FALLA	ER
36	ROSA JESÚS GAMARRA GONZALES	ER
37	ERICKA DEL CARMEN VALIENTE GAMARRA	ER

1.1. Thema probandum Único en Caso Grupo Colina y Thema Probandum múltiple en Caso Chacón

En efecto, conforme trasciende del detalle antes precisado en torno al Caso Grupo Colina, en dicho proceso, el *thema probandum* es uno: La operatividad sistemática del grupo paramilitar así denominado.

Contrariamente, en el Caso Chacón, el *thema probandum* era múltiple, toda vez que existían tantas imputaciones de enriquecimiento ilícito como número de grupos familiares procesados (en total, **10 grupos**).

1 2 3 4 5	WALTER GASPAR SEGUNDO CHACÓN MÁLAGA AURORA ISABEL DE VETTORI ROJAS DE CHACÓN CECILIA ISABEL CHACÓN DE VETTORI LUIS MIGUEL PORTAL BARRANTES JUAN CARLOS CHACÓN DE VETTORI	**Grupo 01** **Familia Chacón** **Enriquecimiento Ilícito**
6 7	JUAN YANQUI CERVANTES MARÍA ESTHER YANQUI MARTÍNEZ	**Grupo 02** **Familia Yanqui** **Enriquecimiento Ilícito**
8 9	WALTER RAMÓN JAVE HUANGAL CARMEN RIVAS LUNA DE JAVE	**Grupo 03** **Familia Jave** **Enriquecimiento Ilícito**
10 11 12 13	RICARDO ALBERTO SOTERO NAVARRO MARINA MERCEDES ARANA GÓMEZ RICARDO RENATO SOTERO ARANA ENRIQUE ARANA ESTABRIDIS	**Grupo 04** **Familia Sotero** **Enriquecimiento Ilícito**
14 15	ORLANDO MONTESINOS TORRES ESTELA A.F. ZIMMERMANN DELGADO DE MONTESINOS	**Grupo 05** **Familia Montesinos** **Enriquecimiento Ilícito**
16 17 18 19 20	LUIS MANUEL DELGADO DE LA PAZ GENOVEVA ESPERANZA MEDINA LEWIS DE DELGADO LUIS MANUEL DELGADO MEDINA JESÚS MANUEL DELGADO MEDINA MILAGROS ISABEL DELGADO MEDINA	**Grupo 06** **Familia Delgado** **Enriquecimiento Ilícito**
21 22 23	CARLOS EDUARDO ALEJANDRO INDACOCHEA BALLÓN BLANCA EDITH VILLAVICENCIO CORPACHO ROSA MARÍA INDACOCHEA VILLAVICENCIO	**Grupo 07** **Familia Indacochea** **Enriquecimiento Ilícito**
24 25	LUIS ALBERTO CUBAS PORTAL KARELIA MONTESINOS TORRES	**Grupo 08** **Familia Cubas** **Enriquecimiento Ilícito**
26 27 28 29 30	ABRAHAM WALTER CANO ANGULO CARMEN MARÍA GAMARRA GONZALES DE CANO SANDRO YANICK CANO GAMARRA PAOLA JANETH (YANETH) CANO GAMARRA HAROLD WALTER CANO GAMARRA	**Grupo 09** **Familia Cano** **Enriquecimiento Ilícito**
31 32 33 34 35	MARIO HUMBERTO DELGADO VASQUEZ MIRIAM CHILCÓN SILVA ALEJANDRO AUGUSTO VALIENTE FALLA ROSA JESÚS GAMARRA GONZALES ERICKA DEL CARMEN VALIENTE GAMARRA	**Grupo** **Presuntos Encubridores**

A propósito de esta particularidad en cuanto al *thema probandum* múltiple del caso Chacón, la propia Sentencia del TC (STC N° 3509-2009-PHC/TC) precisa el dato que fue la defensa de la familia Chacón la que en su debida oportunidad solicitó al órgano juzgador de que desacumulara las imputaciones, puesto que era evidente que las diligencias correspondientes a uno y otro grupo familiar eran sustancialmente diferentes, y retrasaba la definición de la situación jurídica de cada uno ellos; no obstante lo cual obtuvieron respuesta negativa a dicho pedido.

1.2. Similar antigüedad y duración del proceso tanto en el Caso Grupo Colina como en el Caso Chacón

CASO GRUPO COLINA

Actos Procesales	
07.04.2001	Auto de apertura
15-09-2003	Avocamiento de la Sala
13-07-2005	**Auto de Enjuiciamiento Señalando Fecha de Inicio de Juicio Oral el 17-08-2005**

Luego, a la fecha de expedición de la Sentencia del TC a favor de Salazar Monroe (10.08.2010) el proceso penal, desde su apertura, llevaba algo más de 09 años de trámite total y casi 05 de Juicio Oral.

CASO CHACÓN

Actos Procesales	
19.01.2001	Auto de apertura
09-09-2003	Avocamiento de la Sala
17-08-2004	**Auto de EnjuiciamientoSeñalando Fecha de Inicio de Juicio Oral el 09.09.2004**

De similar modo, a la fecha de expedición de la Sentencia del TC a favor de Walter Chacón Málaga (19.10.2009) el proceso penal, desde su apertura, llevaba casi 09 años de trámite total y más de 05 de Juicio Oral.

A la luz de estos resultados es necesario efectuar un análisis ponderativo entre la necesidad de mantener la unidad de los *factum*, algunos autónomos, con el plazo razonable, esto es, efectuar un análisis prospectivo de desarrollo del juicio oral.

13. El Juez Imparcial

13.1. Concepto

La imparcialidad debe ser, sin duda, un valor dominante e imprescindible en la actividad de nuestros tribunales, pues cualquier menoscabo afecta de lleno a la legitimidad institucional del poder judicial y al propio corazón del Estado de Derecho. La sociedad debe ser cada vez más exigente con los estándares de imparcialidad de nuestros tribunales, es pues, una posición orgánica o estructural de un juez o tribunal, pero sobre todo la imparcialidad es una imagen y un estado de ánimo del juzgador, una actitud, que nos muestra que este juzga sin interferencias ni concesiones arbitrarias a una parte[46].

La imparcialidad del juez no puede ponerse en duda de ninguna forma, menos aún a través de una actitud negligente por parte del propio juez. En esa perspectiva se ha desarrollado la teoría de las apariencias, que previene que debe comprobarse si la actuación del juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima sobre su imparcialidad, frente a lo cual se observará qué opiniones pueden revestir importancia [STC N° 2465-2004-AA/TC, siguiendo argumentos de Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 1 de octubre de 1982, Caso *Piersack* y Sentencia de 26 de octubre de 1984, Caso *De Cubber*]. Romper el deber de reserva, para tal caso, sería una violación flagrante de la imparcialidad exigida.

Una de las aristas del la imparcialidad está referida al mandato de autocontrol y la necesidad de evitar que el juez incurra en prejuicios. Todo juez individualmente considerado debe estar en condiciones de garantizar que no sustanciará asuntos en los que pueda verse influenciado por consideraciones distintas que las de una índole estrictamente jurídica.

El Código Adjetivo ha impuesto a los jueces un deber legal de abstención respecto de asuntos en los que su imparcialidad pueda verse cuestionada. Los jueces tienen el deber positivo de investigar y averiguar si tanto ellos como sus familiares tienen algún interés económico o de otra índole en el asunto que sustancien. Todo juez deberá abstenerse si ha estado afectado por un determinado asunto,

---

[46] JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael, *Imparcialidad Judicial y Derecho al Juez Imparcial*, Aranzadi, Navarra 2002, pp. 64 y 71.

bien por tener conocimiento privado de los hechos, bien por haber actuado como abogado litigante, bien por haberse desempeñado como testigo material del caso.

Como ayuda de este proceso de reflexión y abstención, y a modo de base para el control de las decisiones que al respecto adoptan los jueces, se ha configurado los supuestos de recusación e inhibición, por otro lado, los Jueces tienen el deber de efectuar sus declaraciones económicas ajenas a la función judicial. Estas instituciones y exigencias facilitan tanto la consciencia como la responsabilidad de los jueces respecto de la posibilidad de incurrir en conflictos de intereses, y el grado en que los jueces las instrumentalizan, resultan capitales para asegurar la imparcialidad.

Acorde a ello en inciso primero del artículo 34 de la Ley de la Carrera Judicial, establece como deberes de los jueces, impartir justicia con independencia e imparcialidad.

En efecto, entre las garantías que se exige para que una persona pueda ser sometida a un debido proceso penal se encuentra la del tribunal imparcial[47].

La garantía del tribunal imparcial tiene singular importancia en el proceso penal; sin ella el efectivo respeto del resto de garantías se torna ilusorio[48].

El autor argentino Alberto BOVINO establece que la imparcialidad judicial es considerada principio de principios, identificable con la esencia de juez en un Estado de Derecho. No es una garantía más, constituye un principio básico del proceso penal, pues su inobservancia impide que se tenga un juicio penal justo[49].

El derecho al tribunal imparcial garantiza que en el proceso penal se juzgue al acusado sin contaminación procesal; eso es, sin consideraciones personales, sentimientos, pasiones, prejuicios, etc., que pueden, incluso inconscientemente, impedir o dificultar al magistrado tomar decisiones con serenidad de juicio, objetividad y neutralidad; solamente condicionado por la ley[50].

---

47 GOZAÍNI, Oswaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Amparo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2002, pp. 198 y 199.

48 BOVINO, Alberto, «Proceso Penal y Derechos Humanos», en *Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 16 y 17.

49 *Ibidem*, p. 17.

50 RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, *La Contaminación Procesal*, Comares, Granada, España, 2000, pp. 1 y 2.

El autor español Joan PICO I JUNOY señala que la imparcialidad judicial consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juez, a fin de garantizar que se encuentre en la mejor condición psicológica y anímica para emitir un juicio objetivo sobre el caso concreto ante él planteado[51].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el famoso Caso Piersack definió la imparcialidad como la ausencia de prejuicios o parcialidades en el juzgador que deben ser consideradas objetiva y subjetivamente[52].

La imparcialidad judicial en el aspecto subjetivo exige la averiguación sobre la convicción personal de un juez respecto al caso o a las partes, a fin de controlar la posible formación de prejuicio que lesione el derecho del imputado al juez imparcial. En cuanto al aspecto subjetivo se presume la imparcialidad hasta que no se demuestre lo contrario[53] [54] [55].

La imparcialidad judicial en el aspecto objetivo exige que al comprobarse la existencia de razones legítimas para tener temor de parcialización del juez, éste deba ser apartado del proceso, ya que está en juego la confianza que la sociedad debe tener en los magistrados en una sociedad democrática. Respecto al aspecto objetivo se presume la falta de imparcialidad[56] [57].

Entre los cuestionamiento de la imparcialidad se tiene el supuesto de contaminación del tribunal derivada de un prejuzgamiento. El Tribunal Constitucional español, de gran influencia en el Derecho Constitucional peruano por la frecuente recepción del Tribunal Constitucional del Perú, en la Sentencia 157/1993 establece el sentido constitucional de la imparcialidad objetiva: «el asegurar que los jueces y magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin

---

51 PICO I JUNOY, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: La abstención y la recusación*, p. 23, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1998.

52 BOVINO, Alberto, *op. cit.*, p. 17.

53 *Ibidem*, p. 17.

54 BOVINO, Alberto, «Imparcialidad y causales de recusación en el nuevo Código Procesal de la Nación», en *Problemas de Derecho Procesal Penal Contemporáneo*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998, p. 55.

55 PICO I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 24.

56 BOVINO, Alberto, *op. cit.*, p. 17.

57 PICO I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 24.

prevenciones ni perjuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso»[58].

La autora española María Isabel VALLDECRABRES ORTIZ señala que por la garantía de la imparcialidad objetiva, a través de la ley, se quiere evitar que influya en la resolución de un juez la convicción previa que se hubiese formado sobre el fondo del asunto al emitir un anterior fallo[59].

El autor argentino Carlos RIOS precisa que uno de los requisitos básicos para el ejercicio imparcial de la jurisdicción, es que el juez conozca y decida en determinada etapa del proceso sin que su tarea se encuentre condicionada por actuaciones u opiniones dadas con anterioridad a la sentencia definitiva. El prejuzgamiento justifica el apartamiento del juez del proceso penal pues constituye un anticipo de criterio sobre el fondo de la cuestión a resolver[60].

Si el prejuicio que se forma el juez instructor sobre la base de la investigación que realiza o de las resoluciones instructorias que adopta, le impiden participar en el juicio oral y sentenciar, con mayor razón no puede juzgar y emitir sentencia un Tribunal que ya ha juzgado y sentenciado por el mismo hecho con anterioridad.

El autor español Joan PICÓ I JUNOY explica que en los supuestos de coimputados en un proceso penal en el que al existir rebeldía de uno de los acusados no se dicta sentencia respecto de él, si la pluralidad de imputados es respecto de un mismo delito, el Tribunal al juzgar y sentenciar a los acusados presenten va a tener un pleno conocimiento de los hechos sometidos al posterior enjuiciamiento del rebelde, por lo que difícilmente podría garantizarle un juicio imparcial[61].

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia del 7 de agosto de 1996 dada en el «Caso Ferrantelli y Santangelo», estableció que se justificaba el temor de falta de imparcialidad judicial del Tribunal que condenó a unas personas por los mismos hechos delictivos que ya había conocido anteriormente respecto de otros imputados[62].

---

58 VALLDECABRES ORTIZ, María Isabel, *Imparcialidad del juez y medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 154.

59 *Ibidem*.

60 RÍOS, Carlos, *Inhibición y recusación*, Mediterránea, Córdoba, República Argentina, 2005, p. 66.

61 PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, pp. 117 y 118.

62 *Ibidem*, p. 118.

Juan MONTERO AROCA frente al mismo caso de un proceso penal contra dos acusados, en el que la rebeldía de uno exige la realización de dos juicios, se pregunta si el tribunal que juzga y sentencia en el primer caso, puede hacerlo en el segundo; llegando a la conclusión que no, por ser incompatible para el tribunal del primer juicio conocer el segundo juicio[63]. Explica el maestro español que si la regla general es que el tribunal se forme convicción con lo producido en el juicio oral, existe el peligro que de intervenir en el segundo juicio, ésta se forme con el conocimiento adquirido en el primer juicio[64].

13.2. De las cautelas para salvaguardar la imparcialidad: La recusación y la inhibición

13.2.1. La Recusación

La recusación es concebida como un derecho de las partes procesales para interesar el apartamiento del conocimiento o intervención en un determinado proceso de los Jueces en quienes concurra alguna circunstancia que afecte su necesaria imparcialidad u objetividad, cuyo fundamento radica en la necesidad de asegurar un juicio con todas las garantías, en consecuencia, constituye un elemento esencial del derecho al debido proceso que exige la concurrencia de dos elementos conexos y coexistentes: por una parte, la justicia ha de ser impartida por jueces imparciales y, por otra parte, además, la sociedad ha de constatar que así es[65].

El Acuerdo Plenario Nº 3- 2007/CJ-116, del 16 de noviembre del 2007, subraya que la recusación es una institución procesal de relevancia constitucional. Garantiza, al igual que la abstención o inhibición, la imparcialidad judicial, esto es, la ausencia de prejuicio; y, como tal, es una garantía específica que integra el debido proceso penal -numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución-.

Persigue alejar del proceso a un juez que, aún revistiendo las características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla incurso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con

---

63 MONTERO AROCA, Juan, *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 277 y 278.

64 *Ibidem*.

65 Ejecutoria del 8 de Febrero del 2007, R.N. Nº 5561-2006, Sala Penal Permanente.

el objeto del proceso –el *thema decidendi*– que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad.

La imparcialidad, como ha quedado consagrada por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, seguida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos –así Sentencia Piersack contra Bélgica, del uno de octubre de mil novecientos ochenta y dos; y, Sentencia Herrera Ulloa contra Costa Rica, del dos de julio de dos mil cuatro, párrafo ciento setenta– tiene, aunque la doctrina procesalista tiende a relativizarla, dos dimensiones, una de carácter subjetivo y vinculada con las circunstancias del juzgador, con la formación de su convicción personal en su fuero interno en un caso concreto –test subjetiva–; y otra objetiva, predicable de las garantías que debe ofrecer el órgano jurisdiccional y que se establece desde consideraciones orgánicas y funcionales [la primera debe ser presumida mientras no se demuestre lo contrario; y la segunda reclama garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su imparcialidad] –test objetivo–.

Las circunstancias antes mencionadas, denominadas causas de recusación, están legalmente tasadas y son las previstas en los artículos 29° y 31° del Código de Procedimientos Penales. Para acreditar si existe o no vulneración del derecho al Juez Imparcial no sirve un análisis abstracto y *a priori* y, en definitiva, general, sino que es menester examinar cada caso concreto para determinar que el juez, de uno u otro modo, no es ajeno a la causa –opción por el criterio material o sustancial en vez del criterio meramente formal–. Como precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, lo relevante es que los temores estén objetivamente justificados, deben alcanzar una cierta consistencia –no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante–; y la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el Juez.

Es recurrente en nuestra práctica forense que con motivo de una demanda de hábeas corpus o de amparo interpuesta contra una concreta decisión o actuación del juez de la causa y también cuando se ha interpuesto una queja ante el órgano disciplinario judicial, paralelamente se recuse al magistrado al amparo de la causal genérica de temor de parcialidad prevista en el artículo 31° del Código de

Procedimientos Penales. Se cuestiona en esos casos que el juez, como consecuencia de esas acciones legales, no ofrecería garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima a este respecto. En estos supuestos se está ante una causal de imparcialidad subjetiva, en cuya virtud se entiende que la convicción personal del juez como consecuencia de la aludida acción legal le restaría apariencia de imparcialidad. Pero, como ya se anotó, la imparcialidad subjetiva se presume salvo prueba en contrario; en consecuencia, no basta la sola afirmación de la interposición de la demanda o queja ni la presentación del documento en cuestión para estimar lesionada la imparcialidad judicial. Se requiere, por consiguiente, indicios objetivos y razonables que permitan sostener con rigor la existencia de una falta de imparcialidad. El Tribunal, en este caso, debe realizar una valoración propia del específico motivo invocado y decidir en función a la exigencia de la necesaria confianza del sistema judicial si el juez recusado carece de imparcialidad; debe examinar, en consecuencia, la naturaleza de los hechos que se le atribuyen como violatenos de la Constitución o del ordenamiento judicial, y si su realización, en tanto tenga visos de verosimilitud, pudo o no comprometer su imparcialidad.

Lo expuesto es determinante y justifica, de un lado, que la ley exija que el recusante explique con la mayor calidad posible el motivo que invoca (así, artículo 31° del Código de Procedimientos Penales); y, de otro lado, que se ofrezcan los medios probatorios necesarios para acreditar la causal (así, artículo 34°-A del citado Código). Se está ante un incidente que requiere de un procedimiento debido y, específicamente, de la acreditación de los motivos que se aleguen, para lo cual es aplicable, en lo pertinente, el artículo 90° del Código de Procedimientos Penales -en especial, el último extremo del apartado uno-.

13.2.2. De las causales de recusación

La Ley Procesal establece un elenco de causas de recusación -vinculadas a la ausencia de vinculación o de relación del Juez con las partes o con el objeto procesal- que importan circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad [la Ley excluye al juez no porque sea parcial, sino porque puede temerse que lo sea -*ius suspectus*- en virtud de determinadas relaciones extraprocesales taxativa y legalmente enumeradas]; que es así que los artículos 29 y 31 del Código de

Procedimientos Penales regulan con vocación de generalidad los supuestos en los que concurre razonadamente una apariencia de parcialidad o que hacen prever fundadamente un deterioro de su imparcialidad [al respecto, si bien es cierto, como recuerda por ejemplo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia recaída en el Asunto Fey contra Austria del 24 de Febrero de 1993, para pronunciarse sobre la imparcialidad hay que tener en cuenta el punto de vista del justiciable, pero este no juega un papel decisivo, pues el elemento determinante consiste en saber si se pueden considerar las aprehensiones del interesado como objetivamente justificadas][66].

13.2.3. Clausula general de recusación

13.2.4. Situaciones concretas que desmerecen la confianza de los jueces: Adelanto de opinión

Mediante Ejecutoria del 15 de diciembre del 2011, R.N. N° 3483-2011, se formuló recusación bajo el argumento de la existencia de fundados motivos para dudar de la imparcialidad y objetividad de la señora Juez recusada, toda vez que actuó como jueza sentenciadora en un proceso anterior que se sustentó en los mismos hechos, ahora denunciados contra el recurrente Vidalon Orellana, y en el que expresó su pleno convencimiento de que éste tendría participación y responsabilidad penal en dichos hechos; por lo tanto, ya tiene un juicio de valor negativo sobre la situación jurídica del precitado accionante.

Ante dicho *factum* la Corte Suprema recalcó que: la posibilidad de recusar a un juez o a un magistrado responde a la necesaria imparcialidad que debe regir en toda actuación jurisdiccional. Para ello la recusación se constituye como una excepción al juez predeterminado por la Ley, el cual si se dan los requisitos legales para que la recusación prospere, será substituido por otro, de acuerdo con el procedimiento que también está establecido en la Ley. En la medida que la recusación es un instrumento excepcional para garantizar la independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional -porque el instrumento ordinario que garantiza tales cualidades es la predeterminación legal del Juez-, y para evitar que sea utilizado por las partes procesales como instrumento para alterar cuál haya de ser el juez predeterminado por la Ley, la norma adjetiva establece una lista taxativa de causas

[66] Ejecutoria del 8 de Febrero del 2007, R.N. N° 5561-2006, Sala Penal Permanente.

para recusar y exige un conjunto de requisitos de carácter formal, que garanticen que la recusación no sea una arma procesal en la disputa entre las partes, porque, tal como manifestó los integrantes de esta Suprema Instancia en el Acuerdo Plenario número tres - dos mil siete/ CJ-ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil siete, Asunto: «Pérdida de imparcialidad y proceso de hábeas corpus o de amparo», establece que: La recusación es una institución procesal de relevancia constitucional. Garantiza, al igual que la abstención o inhibición, la imparcialidad judicial, esto es, la ausencia de prejuicio; y, como tal, es una garantía específica que integra el debido proceso penal -numeral tres del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución-. Persigue alejar del proceso a un juez que, aún revistiendo las características de ordinario y predeterminado por la ley, se halla incurso en ciertas circunstancias en orden a su vinculación con las partes o con el objeto del proceso -el *thema decidendi*- que hacen prever razonablemente un deterioro de su imparcialidad.

Continúa señalando que las circunstancias antes mencionadas, denominadas causas de recusación, están legalmente tasadas y son las previstas en los artículos veintinueve y treinta y uno del Código de Procedimientos Penales. Para acreditar si existe o no vulneración del derecho al Juez Imparcial no sirve un análisis abstracto y *a priori* y, en definitiva, general, sino que es menester examinar cada caso concreto para determinar que el juez, de uno u otro modo, no es ajeno a la causa -opción por el criterio material o sustancial en vez del criterio meramente formal-. Como precisa el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la sentencia Hauschildt contra Dinamarca del veinticuatro de mayo de mil novecientos ochenta y nueve, lo relevante es que los temores estén objetivamente justificados, deben alcanzar una cierta consistencia -no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante-; y la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el Juez. De esta forma, la imparcialidad del juez puede quebrarse tanto por motivos subjetivos, aquéllos que nacen de la relación que tiene con las partes del proceso, como por motivos objetivos que surgen del contacto del juez con el objeto del proceso.

Fijado lo anterior, de la revisión y análisis de los actuados, se aprecia que la señora Jueza Superior recusada formó parte del

Colegiado que en un proceso anterior por los mismos hechos ahora denunciados contra Vidalón Orellana, condenó a los procesados Pedro Guillermo Morales Zapata y José Luís Naveda Tuesta por delito de Cohecho Pasivo Propio y Cohecho Activo Específico, respectivamente, en agravio del Estado-Poder Judicial (Expediente número treinta y siete - dos mil seis); disponiendo en la sentencia de fojas ciento tres, del veintiuno de julio de dos mil siete, la remisión de copias certificadas al Ministerio Público por la presunta comisión del delito de Cohecho Activo por parte de Vidalón. En efecto, del décimo quinto considerando de la precitada sentencia se aprecia que el Colegiado señaló haberse formado convicción con la prueba examinada de *«la existencia de un acuerdo ilícito: entre el procesado ausente Naveda Tuesta, abogado del estudio Vidalón y Vedrò Guillermo Morales Zapata para ingresar indebidamente como «prevenida» y por una ventanilla que no correspondía la demanda de Ejecución de Laudo Arbitral en la que debía solicitarse, como se hizo una medida cautelar para impedir la ejecución del proceso que se había tramitado entre las mismas partes: CASAPALCA y la Sociedad Conyugal CABUBSI ante el 38 JG. Que conocieron de estos hechos los abogados que conjuntamente con el antes nombrado tenían la defensa de CASAPALCA. Que sobre el beneficio que se otorgó al trabajador corrupto Pedro Guillermo Morales Zapata, existen indicios que fue proporcionado por el Gerente General de la persona jurídica. El interés en que la demanda y medida cautelar llegara al 49 J.C, hace fundadamente presumir que se había coordinado con ese despacho la obtención de la medida cautelar»*. Que, del mismo modo, en el literal a) del vigésimo primer considerando de la mencionada sentencia, el citado Colegiado también precisó que las declaraciones del condenado Morales Zapata analizadas conjuntamente con las otras pruebas actuadas, ha permitido concluir que *«fue el acusado Morales Zapata, quien coordinó con el Estudio Vidalón, el ingreso indebido de la demanda de Ejecución de Laudo Arbitral presentada por CAS AP ALCA con las irregularidades. ...y burlando el sistema aleatorio la derivó hacia el 49 Jugado Civil, pues así convenía a los intereses de la demandante»*.

Que, por otro lado, en la sentencia de fojas ciento ochenta y seis, del once de febrero de dos mil diez, que condenó a José Luis Naveda Tuesta por el delito de Cohecho Activo Específico (también por los hechos ahora denunciados contra Vidalón Orellana), se señaló en el Décimo Sexto considerando (literal b), que la prueba actuada permite

formar convicción que *«el Estudio Vidalón diseñó y propuso las «estrategias» a seguir: elaborar una demanda orientada a un juzgado elegido, donde obtendrían una medida cautelar que impediría a los Carlessi cobrar lo ordenado por el órgano jurisdiccional...* «.

De lo expuesto, se colige que la señora Jueza Superior recusada al haber formado parte integrante de la Sala Penal que emitió sentencia en un proceso penal anterior sobre los mismos hechos que ahora sirven de sustento de la denuncia fiscal contra Vidalón Orellana, debe apartarse de conocer y resolver como órgano de instancia, los recursos de apelación interpuestos contra el auto que dispone. «No ha Lugar a Abrir Instrucción» contra el citado Vidalón Orellana, pues como se señaló ut supra ya emitió un juicio de valor al respecto y dispuso la remisión de las copias para su investigación fiscal por existir indicios de la participación de éste último (como representante legal del Estudio Vidalón & Vidalón), en el hecho investigado; en consecuencia, para erradicar cualquier duda sobre la imparcialidad y objetividad de la citada Magistrada, debe apartarse del conocimiento del aludido incidente de apelación.

13.2.5. Los especiales deberes de los jueces en razón a su estatuto

Como se aprecia, el juez debe ser un sujeto que goce de credibilidad social debido a la importante labor que realiza como garante de la aplicación de las leyes y la Constitución, lo cual implica, obviamente, despojarse de cualquier interés particular o influencia externa.

Por ello, su propio estatuto le exige la observación de una serie de deberes y responsabilidades en el ejercicio de sus funciones. Esto, a su vez, justifica la existencia de un poder disciplinario interno para el logro de la mayor eficacia en el ejercicio de las funciones que constitucionalmente le han sido encomendadas. En este orden de ideas, debemos relievar que no puede equipararse a un juez con cualquier ciudadano, puesto que, como ya lo hemos señalado, algunas personas –como jueces y magistrados–, en razón de su cargo o posición, tienen específicos deberes y responsabilidades que importan el cumplimiento y la protección de bienes constitucionales, como la correcta administración de justicia, en función de lo cual pueden justificarse limitaciones a sus derechos.

Claro está que tales limitaciones deberán necesariamente respetar el contenido esencial de los derechos en conflicto y ser congruentes

con la finalidad y las necesidades argumentadas en la justificación de tales restricciones[67].

13.2.6. Duda de la imparcialidad del Juez

El artículo treinta y uno del Código de Procedimientos Penales establece que los magistrados también pueden ser recusados aún cuando no se den los presupuestos previstos en el artículo veintinueve del citado cuerpo legal, si es que existe un motivo fundado para que pueda dudarse de su imparcialidad, el mismo que deberá ser explicado con la mayor claridad en el escrito de recusación»[68].

En este orden de ideas, debemos subrayar que una ilimitada iniciativa probatoria del juez penal puede comprometer la debida imparcialidad judicial si la actividad probatoria va más allá de las fuentes de prueba que ya le constan en el acto de juicio, pues es lógico pensar que, en este caso, estará actuando inquisitivamente, al utilizar fuentes de prueba que no debería conocer al margen de lo practicado en el acto del juicio[69].

13.2.7. Argumentos inidóneos para cuestionar la imparcialidad del Juez

Si bien el artículo treinta y uno del Código de Procedimientos Penales, establece como causal genérica de recusación de un magistrado, el que «exista un motivo fundado para que pueda dudarse de su imparcialidad», los hechos alegados por la procesada Laura Cecilia Bozzo Rotondo en contra de la Vocal Superior recusada, no resultan adecuados a la causal que se invoca, ya que su argumento se refiere fundamentalmente a un acto jurisdiccional de la magistrado, en su calidad de Presidenta de la Sala Penal especial de Lima y vocal Ponente en el Incidente de Apelación por el que se confirmó el arresto domiciliario dictado en su contra por el Juzgado Penal, no pudiendo argumentarse duda de imparcialidad respecto a la actuación de un magistrado cuando éste resuelve en contra de los intereses de las partes, máxime si en este caso se ha resuelto en forma colegiada, y más aún que la resolución (...), se encuentra debida y ampliamente

---

[67] Sentencia del 11 de Octubre del 2004, Exp. N° 2465-2004-AA, Tribunal Constitucional.

[68] Ejecutoria Suprema del 29 de Noviembre del 2002, Exp. N° 3095-2002, Sala Penal Transitoria.

[69] PICO I JUNOY, Joan, *El Juez y la Prueba*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 155.

fundamentada; y asimismo, respecto a la denuncia formulada por el abogado de tres empleados del juzgado que dictó el arresto domiciliario contra la recusante, la doctora Villa Bonilla cumplió con ponerlo en conocimiento del órgano competente para la investigación que corresponda, (...) ; en tal virtud, al no existir ninguna irregularidad en la conducta funcional de la recusada, no existe motivo alguno para apartarla del conocimiento del presente proceso»[70].

Procede la recusación contra los miembros de la Sala Superior, además de las señaladas por el artículo veintinueve del mencionado Código, cuando exista un motivo fundado, cuando exista un motivo fundado para que pueda dudarse de su imparcialidad, causal que puede abarcar dos supuestos, el primero por vínculos legales, intereses o relaciones no contempladas expresamente en la Ley, pero por su entidad pueden poner en tela de juicio la imparcialidad del juez y el segundo por temor de parcialidad fundada en actitudes personales del juez durante la práctica de actos procesales; que de la revisión de autos, se tiene que el procesado Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, fundamentó su pedido de recusación, contra los integrantes de la Sala Penal Especial, doctores Inés Villa Bonilla, Roberto Barandiarán Dempwold e Inés Tello de Ñecco, en el artículo treinta y uno del Código de Procedimientos Penales, al considerar que existe motivo fundado para dudar de su imparcialidad, por cuanto les ha interpuesto una «demanda de Habeas Corpus», cuestionando que no constituyen el Juez natural previamente determinado por Ley y por ende se ha violado los principios del debido proceso, tutela jurisdiccional, legalidad e igualdad; que sin embargo, tal argumento no constituye motivo fundado para dudar respecto a la imparcialidad de los magistrados, como tampoco se encuentra dentro de los supuestos señalados»[71].

La casuística no aporta otros supuestos, como la vulneración de los principios constitucionales del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva, el derecho de toda persona de igualdad ante la ley y el principio del Juez Natural que garantiza la imparcialidad del funcionario estatal encargado de administrar justicia; que los argumentos constituyen apreciaciones subjetivas y generalizadas que

---

70 Ejecutoria Suprema del 22 de Abril del 2003, R.N. Nº 631-2003, Sala Penal Transitoria.

71 Ejecutoria Suprema del 11 de Marzo del 2003, R.N. Nº 401-2003, Sala Penal Transitoria.

no permiten ampararla, por cuanto los Magistrados recusados se han avocado al conocimiento de la presente causa al haber sido designados atendiendo a la normatividad vigente y en virtud a lo previsto en el artículo ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el numeral ciento cuarenta y tres del mismo cuerpo de leyes, teniendo en cuenta además que el artículo ochenta y dos del texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, modificado por la ley veintisiete mil cuatrocientos sesenta y cinco señala que son funciones y atribuciones del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial proponer la creación de las Salas Especializadas cuando el caso requiera, máxime que en el caso concreto la presunción de imparcialidad de todo Magistrado no ha sido desvirtuado con prueba en contrario, consecuentemente la resolución recurrida se encuentra arreglada a ley»[72].

13.2.8. Trámite de la inhibición y de la recusación

El referido artículo 33° 2 del CPP, en la parte citada por la Corte Suprema de la República, concretiza el derecho fundamental a un juez imparcial, como manifestación del derecho fundamental al debido proceso, contenido en el artículo 139° 3 de la Constitución, y reconocido en el artículo 8° 1 de la Convención Americana. En efecto, las causales de recusación previstas en el artículo 29° del CPP aluden a factores que ponen en tela de juicio la imparcialidad del juez con relación a la causa, por lo que, deducida alguna de ellas por parte de los justiciables, el juez se encuentra impedido, cuando menos, de emitir resoluciones que pongan fin a la instancia o al proceso. Incluso, tal como lo ha previsto el artículo 33° 3 del CCP, la Sala Penal Superior, a instancia de parte, por razones fundadas, puede disponer por medio de un auto y en supuestos razonablemente graves, que el juez recusado suspenda temporalmente toda actividad procesal o se limite al cumplimiento de actos urgentes.

En consecuencia, un juez recusado no puede expedir una sentencia penal condenatoria mientras no se haya resuelto el incidente de recusación en forma definitiva, so pena de vulnerar el derecho fundamental a un juez imparcial. Así lo advirtió la Corte Suprema en el caso de autos. No lo hizo, sin embargo, el JNE. De haberlo hecho,

---

[72] Ejecutoria Suprema del 29 Enero del 2003, R.N. N° 112-2003, Sala Penal Transitoria.

no sólo habría reconocido como legítimo el hecho de que la Corte Suprema haya ordenado la tramitación del recurso de queja planteado por el recurrente, sino que habría podido vislumbrar la declaración de nulidad de la que iba a ser objeto la sentencia penal dictada en su contra[73].

13.2.9. Prueba de la recusación

Existen motivos fundados para dudar de la imparcialidad de la Juez, lo que se advierte de las decisiones que ha venido dictando en el desarrollo del procedimiento; que en efecto, sin previo requerimiento fiscal, motu propio, amplió el autoapertorio de instrucción contra la recurrente por delito contra la Fe Pública en la modalidad de Falsificación de Documentos Públicos arrogándose una función persecutoria que corresponde con exclusividad al Ministerio Público y, por tanto, el deber que le asiste de garantizar a las partes una decisión con absoluta independencia e imparcialidad; que, por lo demás, dicha decisión se declaró nula por la Quinta y Sexta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, la primera al declarar fundada en parte la acción de Habeas Corpus interpuesta por la recurrente y la segunda al declarar fundada la nulidad deducida por la misma; que la afectación al deber de imparcialidad de la Juez recusada también se advierte de la decisión de impedir que el defensor de la recurrente se encuentre presente en la declaración de la testigos de cargo y bajo el sustento de influencia en este órgano de prueba, no obstante que por resolución de fecha 25 de abril del 2006 había autorizado la presencia de los abogados defensores en la declaraciones testimoniales programadas -es de destacar que la posibilidad de exclusión de un sujeto procesal de una diligencia de instrucción por influencia negativa de su presencia en su actuación se circunscribe a la persona del imputado, nunca al abogado defensor-; que de este modo afecto además el derecho de defensa de la justiciable, decisión judicial que además fue motivo de nulidad y que fue amparada por la Sexta Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima al declarar nula la diligencia de declaración de la citada testigo; que, por consiguiente, no solo se trata de resoluciones que ha contravenido el ordenamiento procesal, y que fueron oportunamente corregidas,

---

[73] Sentencia del 21 de Julio del 2006, Exp. N° 2730-2006-PA/Tribunal Constitucional.

sino que ellas por su especial relevancia procesal permiten -con independencia de su conducta personal- poner en duda la imparcialidad objetiva de la Jueza recusada, por lo que es razonable apartarla del conocimiento de este proceso penal[74].

13.2.10. Recusación contra Jueces Superiores

13.2.11. Inadmisibilidad de la recusación

Conforme a lo establecido por el artículo cuarenta del Código de Procedimientos, la recusación contra miembros del tribunal correccional (ahora sala Penal), no sólo debe interponerse hasta tres días antes del fijado para la audiencia, sino que además, al escrito pertinente debe acompañarse las pruebas instrumentales que la sustentan, «requisito sin el cual no será admitida»; que, como se aprecia de autos, ninguno de estos requisitos ha sido cumplido por el recurrente, por lo que debe procederse con arreglo a la norma procesal antes citada; que, asimismo, según expresamente lo dispone el último párrafo del referido numeral, el recurso impugnatorio que se resuelve por este Colegiado es el de nulidad y no de apelación, como erróneamente lo ha entendido el inferior jerárquico[75].

13.2.12. Improcedencia de la recusación al no haberse emitido pronunciamiento o juicio de valor alguno que implique un adelanto de opinión acerca de la participación del solicitante

Si bien nuestra normatividad permite la posibilidad que tanto el inculpado como la parte civil puedan invocar causales para apartar a un magistrado del conocimiento de una determinada causa, expresamente prevista en el artículo veintinueve del Código de Procedimientos Penales o cuando existan motivos fundados para dudar de su imparcialidad según lo dispone el artículo treinta y uno del mismo cuerpo legal, debe tenerse en cuenta que en el presente caso no se dan los supuestos de hecho contemplados en dichas disposiciones legales, pues de autos no se verifica que existan motivos suficientes para dudar de la imparcialidad de los citados Magistrados, toda vez que de la revisión de la resolución de fecha ocho de junio del dos mil seis, se aprecia que estos únicamente han procedido a verificar si los cargos incriminatorios que fueron objeto del

---

[74] Ejecutoria del 8 de Febrero del 2007, R.N. N° 5561-2006, Sala Penal Permanente.

[75] Ejecutoria Suprema del 6 de Febrero del 2003, R.N. N° 3717-2002, Sala Penal Transitoria.

procedimiento y acuerdo de colaboración eficaz a favor del encausado Muñoz Najar, se encontraban comprendidas en los que fueron materia del proceso principal, no apreciándose que en la resolución en referencia hubiesen emitido pronunciamiento o juicio de valor alguno que implique un adelanto de opinión acerca de la participación del procesado Jaime Reynaldo Iberio Ibérico en los hechos materia de juzgamiento de la mencionada causa penal[76].

Que, si bien los hechos que motivan el presente proceso se encuentran referidos a la operación financiera de salvataje del Banco Wiese Limitado y la presunta actuación ilícita de diversos funcionarios públicos y personas relacionadas a la entidad financiera a fin de favorecerla, los cuales, en efecto, guardan relación con el proceso antes reseñado –en tanto ello fue materia de denuncia por Mur Campoverde–, es cierto, también, que el pronunciamiento del magistrado recusado en su voto discordante se dirigió a cuestionar la actividad probatoria y valoración de los elementos objetivos y subjetivos del delito que en ese proceso fue juzgado –pánico financiero–, sin que profundizara respecto a la culpabilidad o inocencia de Mur Campoverde, y menos aun se emitió opinión relacionada a la corrección o no del objeto del presente proceso: la operación de salvataje financiero del Banco Wiese Limitado, así como tampoco se evaluó la participación ilegal de funcionarios públicos y agentes de dicha entidad. Que, a lo expuesto, se suma el hecho que la sola relación colateral que pudiera existir entre dos proceso en los que participa un mismo magistrado, no puede per se generar dudas respecto de su correcto desempeño funcional, siempre y cuando el pronunciamiento jurisdiccional que emita, responda al ejercicio del criterio de conciencia que la Constitución Política del Estado le confiere, sobre la base de una valoración de los hechos acorde con los medios de prueba asimilados a un proceso correctamente tramitado[77].

13.2.13. Inimpugnabilidad de la resolución que declara infundada la recusación de los señores Jueces Supremos

El Tribunal Constitucional recalca que no se vulnera el derecho a la pluralidad de instancia al pertenecer al ámbito de lo «constitucio-

---

[76] Ejecutoria Suprema del 6 de Febrero del 2003, R.N. N° 3717-2002, Sala Penal Transitoria.

[77] Ejecutoria Suprema del 24 de Mayo del 2007, R.N. N° 1291-2007, Sala Penal Transitoria.

nalmente posible» para el legislador, la inimpugnabilidad de la resolución que declara infundada la recusación de los Jueces Supremos, en efecto, en la resolución del 11 de agosto del 2011, Exp. N° 4235-2010-PHC/TC, arriba a la anotada conclusión, siguiendo el siguiente razonamiento[78]:.

13.2.14. El derecho fundamental a la pluralidad de la instancia

Lo que concretamente alega el recurrente es que el criterio de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, conforme al cual los autos emitidos por la propia Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados, son inimpugnables, resulta inconstitucional, por violar el derecho a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución.

Así las cosas, la determinación de si corresponde o no estimar la pretensión, requiere, ante todo, analizar los alcances constitucionales del derecho que se acusa como violado.

---

[78] El recurrente refiere que en el proceso penal N° 19-2001-AV (Caso Barrios Altos, Cantuta y los secuestros de Gustavo Gorriti y Samuel Dyer) seguido contra el favorecido presentó tres incidentes de recusación: 1) N° 19-2001-«A», contra el vocal supremo Duberlí Apolinar Rodríguez Tineo; 2) N° 19-2001-»B», contra los vocales supremos Elvia Barrios Alvarado, Roberto Barandiarán Dempwolf y José Neyra Flores; y, 3) N° 19-2001-«C», contra el vocal supremo Julio Biaggi Gómez.
Sostiene que para el conocimiento de las recusaciones se recompuso la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, quedando integrada por los vocales Héctor Rojas Maraví, Héctor Ponce de Mier, Julia Arellano Serquen, Jorge Bayardo Calderón Castillo y Sócrates Zevallos Soto. Las recusaciones fueron declaradas infundadas por autos de fecha 26 de junio del 2009, contra los que se interpuso sendos recursos de nulidad. Los referidos recursos de nulidad fueron desestimados mediante autos de fecha 4 de setiembre del 2009, en los que se declaró que la Sala Suprema en aplicación del artículo 150° de la Ley Orgánica del Poder Judicial era incompetente para conocer en grado de revisión los incidentes derivados en procesos penales que en revisión y última instancia se vienen tramitando ante otra Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República; en consecuencia, se declaró nula la vista de la causa y nulo todo lo actuado ante esa Sala. Añade el recurrente que para el trámite de la recusación se debió aplicar el artículo 40° del Código de Procedimientos Penales, pues si en el proceso principal, dos salas supremas actúan como primera y segunda instancia igual correspondería para la resolución de los incidentes de recusación.

El Tribunal Constitucional tiene expuesto, en uniforme y reiterada jurisprudencia, que el derecho de acceso a los recursos o a recurrir las resoluciones judiciales, es una manifestación implícita del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución, el cual, a su vez, forma parte del derecho fundamental al debido proceso, reconocido en el artículo 139°, inciso 3, de la Norma Fundamental (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 2; 5019-2009-PHC, F. J. 2; 2596-2010-PA; F. J. 4).

Con relación al contenido del derecho a la pluralidad de la instancia, este Colegiado tiene establecido que se trata de un derecho fundamental que «tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas, que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal» (Cfr. RRTC 3261-2005-PA, F. J. 3; 5108-2008-PA, F. J. 5; 5415-2008-PA, F. J. 6; y STC 0607-2009-PA, F. J. 51). En esa medida, el derecho a la pluralidad de la instancia guarda también conexión estrecha con el derecho fundamental a la defensa, reconocido en el artículo 139°, inciso 14, de la Constitución.

Desde luego, cual sea la denominación del medio jurídicamente previsto para el acceso al órgano de segunda instancia revisora es un asunto constitucionalmente irrelevante. Sea que se lo denomine recurso de apelación, recurso de nulidad, recurso de revisión, o llanamente medio impugnatorio, lo importante constitucionalmente es que permita un control eficaz de la resolución judicial primigenia.

13.2.14.1. El derecho fundamental a la pluralidad de la instancia como derecho de configuración legal

Ahora bien, inmediatamente este Tribunal ha advertido que el derecho *sub examine*, también denominado derecho a los medios impugnatorios, es uno de configuración legal: «...el derecho a los medios impugnatorios es un derecho de configuración legal, mediante el cual se posibilita que lo resuelto por un órgano jurisdiccional pueda ser revisado por un órgano jurisdiccional superior» (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 4; 10490-2006-PA, F. J. 11; 6476-2008-PA, F. J. 7).

Que el derecho a los medios impugnatorios sea un derecho fundamental de configuración legal, implica que «corresponde al

legislador crearlos, establecer los requisitos que se debe cumplir para que estos sean admitidos, además de prefigurar el procedimiento que se deba seguir» (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 5; 0962-2007-PA, F. J. 4; 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 6036-2009-PA, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 5).

Ello, desde luego, no significa que la configuración *in toto* del contenido del derecho fundamental queda librada a la discrecionalidad del legislador, sino tan solo que –existiendo un contenido esencial del derecho que, por estar garantizado por la propia Norma Fundamental, resulta indisponible para el legislador– es necesaria también la acción del órgano Legislativo para culminar la delimitación del contenido del derecho. Dicha delimitación legislativa, en la medida de que sea realizada sin violar el contenido esencial del propio derecho u otros derechos o valores constitucionales reconocidos, forma, junto al contenido esencial del derecho concernido, el parámetro de juicio para controlar la validez constitucional de los actos de los poderes públicos o privados. Este criterio ha sido sostenido antes por el Tribunal Constitucional:

> «Los derechos fundamentales cuya configuración requiera de la asistencia de la ley no carecen de un contenido *per se* inmediatamente exigible a los poderes públicos, pues una interpretación en ese sentido sería contraria al principio de fuerza normativa de la Constitución. Lo único que ello implica es que, en tales supuestos, la ley se convierte en un requisito *sine qua non* para la culminación de la delimitación concreta del contenido directamente atribuible al derecho fundamental.
>
> Y es que si bien algunos derechos fundamentales pueden tener un carácter jurídico abierto, ello no significa que se traten de derechos 'en blanco', es decir, expuestos a la discrecional regulación del legislador, pues el constituyente ha planteado un grado de certeza interpretativa en su reconocimiento constitucional directo.
>
> Aquí se encuentra de por medio el principio de 'libre configuración de la ley por el legislador', conforme al cual debe entenderse que es el legislador el llamado a definir la política social del Estado social y democrático de derecho. En tal sentido, éste goza de una amplia reserva legal como instrumento de la formación de la voluntad política en materia social. Sin embargo, dicha capacidad configuradora se encuentra limitada por el contenido esencial de

los derechos fundamentales, de manera tal que la voluntad política expresada en la ley debe desenvolverse dentro de las fronteras jurídicas de los derechos, principios y valores constitucionales» (Cfr. STC 1417-2005-PA, F. J. 12).

El hecho de que el derecho a la pluralidad de la instancia ostente un contenido esencial, y, a su vez –en tanto derecho fundamental de configuración legal–, un contenido delimitable por el legislador democrático, genera, entre otras, una consecuencia inevitable, a saber, que el referido derecho «no implica un derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso» (Cfr. SSTC 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 2596-2010-PA; F. J. 5). Y es que, si así fuese, no solo resultaría que el legislador carecería de margen de acción en la delimitación del derecho (lo que, en este caso, sería contrario al principio democrático –artículos 43° y 93° de la Constitución–), sino que, además, incluso en aquellos ámbitos ajenos al contenido esencial del derecho, éste resultaría oponible, exista o no previsión legal del recurso impugnatorio, lo cual resultaría violatorio del derecho fundamental en virtud del cual «[n]inguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos» (artículo 139°, inciso 3, de la Constitución).

13.2.14.2. Delimitación *prima facie* del contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia

Por lo expuesto, es de recibo que este Tribunal determine el contenido esencial, *prima facie*, del derecho a la pluralidad de la instancia, es decir, el núcleo mínimo que resulta indisponible para el legislador, y, por consiguiente, proyectado como vinculante, directamente, desde el propio artículo 139°, inciso 6, de la Constitución. Dicha determinación implica responder a la pregunta acerca de qué resoluciones judiciales son las necesariamente impugnables, así como a la pregunta acerca de cuántas veces tales resoluciones son susceptibles de impugnación.

En realidad la segunda interrogante ya ha sido abordada por este Tribunal. Es claro que la instancia *plural* –sin perjuicio de lo que más adelante se precise en relación con la incidencia del derecho a la pluralidad de la instancia en las decisiones de órganos jurisdiccionales colegiados no penales– queda satisfecha con la duplicidad de la

instancia, sin necesidad de que sean más de dos las instancias procesales reguladas (Cfr. RTC 3261-2005-PA, F. J. 3; STC 6149-2006-PA, FF. JJ. 26-27). Es, pues, la primera interrogante (¿qué resoluciones judiciales son las necesariamente impugnables?) la que requiere analizarse detenidamente.

Con tal finalidad, por mandato de la Cuarta Disposición Final de la Constitución, así como del artículo V del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, es imperativo acudir a los tratados sobre derechos humanos ratificados por el Estado peruano, y a la interpretación que de éstos realizan los tribunales internacionales competentes. Sobre el particular, el artículo 8°, inciso 2, literal h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), establece que «[d]urante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad», como garantía mínima, «a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior». Por su parte, el artículo 14°, inciso 5, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), «[t]oda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

Los dispositivos reseñados permiten sostener, en primer término, que pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a recurrir las sentencias que le impongan una condena penal. Asimismo, este Tribunal interpreta que, siendo subyacente a dicha previsión fundamental, entre otras cosas, el proteger directa y debidamente el derecho fundamental a la libertad personal, también pertenece al contenido esencial del derecho, el tener oportunidad de recurrir toda resolución judicial que imponga directamente a la persona una medida seria de coerción personal (*vg.* una medida de detención judicial preventiva).

Aunque éste es un contenido vinculante del derecho que se proyecta desde la propia Constitución, las condiciones para la procedencia del recurso pueden ser objeto de regulación legal, sin perjuicio de lo cual, debe precisarse que tales condiciones no pueden representar obstáculos irrazonables para el acceso al recurso y para su debida eficacia. En ese sentido, tal como ha sostenido este Tribunal, no cabe que legalmente «se establezca y aplique condiciones de acceso que tengan el propósito de disuadir, entorpecer o impedir irrazonable

y desproporcionadamente su ejercicio» (Cfr. SSTC 5194-2005-PA, F. J. 5; 0962-2007-PA, F. J. 4; 1243-2008-PHC, F. J. 3; 5019-2009-PHC, F. J. 3; 6036-2009-PA, F. J. 2; 2596-2010-PA, F. J. 5). En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «[s]i bien los Estados tienen un margen de apreciación para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho de recurrir del fallo. Al respecto, la Corte ha establecido que 'no basta con la existencia formal de los recursos sino que éstos deben ser eficaces', es decir, deben dar resultados o respuestas al fin para el cual fueron concebidos» (Cfr. Caso Herrera Ulloa *vs.* Costa Rica, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 2 de julio de 2004, párrafo 161).

Asimismo, la necesidad de eficacia del recurso exige que el tribunal ante el que se recurra ejerza un control razonablemente amplio de los factores que pudieron determinar la sentencia condenatoria, de forma tal que el derecho a la *valoración plural* alcance real virtualidad tanto en un sentido formal como material. En esta línea, la Comisión Interamericana del Derechos Humanos tiene expuesto que «el artículo 8.2.h [de la CADH] se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo tanto material como formal. En este sentido, desde un punto de vista formal, el derecho de recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, a que se refiere la Convención Americana, debe en primer lugar proceder contra toda sentencia de primera instancia, con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o errónea interpretación, de normas de Derecho que determinen la parte resolutiva de la sentencia. La Comisión considera, además, que para garantizar el pleno derecho de defensa, dicho recurso debe incluir una revisión material en relación a la interpretación de las normas procesales que hubieran influido en la decisión de la causa, cuando hayan producido nulidad insanable o provocado indefensión, así como la interpretación de las normas referentes a la valoración de las pruebas, siempre que hayan conducido a una equivocada aplicación o a la no aplicación de las mismas» (Cfr. Abella y otros *vs.* Argentina, Caso 11.137, Informe 55/97, CIDH, OEA/Ser/L/V/II.97, del 18 de noviembre de 1997, párrafo 261).

De otra parte, si bien una interpretación aislada del artículo 14°, inciso 5, del PIDCP, puede llevar a la conclusión de que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia se agota en la

posibilidad de recurrir los fallos condenatorios emitidos en los procesos penales, el Tribunal Constitucional aprecia que no es ése un criterio acertado. No solo porque, según se ha sostenido *supra*, él cobija también el derecho de impugnación de otras resoluciones judiciales, como aquéllas que limitan seriamente la libertad personal, sino también porque, a diferencia del PIDCP, la CADH no es tan exigua al delimitar los alcances del derecho. En efecto, según quedó expuesto, su artículo 8°, inciso 2, literal h), expresa que «[d]urante el proceso» (sin precisar cuál), «toda persona tiene derecho, en plena igualdad», como garantía mínima, «a recurrir del fallo ante juez o tribunal superior» (sin aludir a un fallo condenatorio). Es en dicha línea que la Corte Interamericana, se ha preocupado en precisar «que a pesar de que el [artículo 8° de la CADH] no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal» (Cfr. Caso Tribunal Constitucional *vs.* Perú, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 31 de enero de 2001, párrafo 70).

A la luz de estos criterios, el Tribunal Constitucional considera que el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, comprende el derecho a recurrir la sentencia emitida en procesos distintos del penal, entendida como la resolución judicial que, por vía heterocompositiva, resuelve el fondo del litigio planteado, así como toda resolución judicial que, sin pronunciamiento sobre el fondo del asunto, tiene vocación de poner fin al proceso.

Ahora bien, tanto el artículo 14°, inciso 5, del PIDCP, como el artículo 8°, inciso 2, literal h), de la CADH, señalan que el derecho al recurso debe ejercerse ante un juez o tribunal «superior». A juicio del Tribunal Constitucional, esta exigencia guarda relación con una característica del *telos* del derecho a la pluralidad de instancia, cual es el acceso, a través del recurso, a una *razón más experimentada* en comparación con aquélla que emitió la primera resolución. Dado que en abstracto no es posible garantizar subjetivamente dicha mayor cualificación, los sistemas jurídicos buscan garantizarla, usualmente, a través de presunciones sustentadas en criterios objetivos tales como la mayor jerarquía, rango o grado del tribunal revisor, y la presencia

de exigencias para el nombramiento más rigurosas en función de la jerarquía del cargo judicial en el que se pretende ser nombrado.

En el caso peruano, el artículo 138° de la Constitución, establece que «[l]a potestad de administrar justicia (...) se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos *jerarquizados* con arreglo a la Constitución y a las leyes» (cursiva agregada); mientras que el 26° de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) -Decreto Legislativo N° 767-, distribuye a los órganos judiciales, jerárquicamente, en este orden: «1. La Corte Suprema de Justicia de la República; 2. Las Cortes Superiores de Justicias, en los respectivos distritos judiciales; 3. Los Juzgados Especializados y Mixtos, en las provincias respectivas; 4. Los Juzgados de Paz Letrados, en la ciudad o población de su sede; y 5. Los Juzgados de Paz». Solo la Corte Suprema y las Cortes Superiores son órganos jurisdiccionales colegiados (artículos 29°, 30° y 38° de la LOPJ).

Así las cosas, si es finalidad del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el acceso a una razón *experimentada y plural*, cabe interrogarse si el legislador está obligado a regular un recurso contra las sentencias emitidas por órganos jurisdiccionales colegiados, toda vez que éstos son por definición *instancias plurales*, y guardan, presumidamente, cierta cualificación por ostentar una jerarquía, cuando menos, de mediano rango. A juicio del Tribunal Constitucional, dicha obligación, por pertenecer al contenido esencial del derecho, existe inequívocamente con relación a sentencias penales condenatorias y con relación, en general, a resoluciones judiciales que limiten el contenido esencial del derecho fundamental a la libertad personal o de algún otro derecho fundamental. No obstante, en relación con asuntos distintos de éstos, la determinación de recursos contra resoluciones judiciales emitidas por tribunales colegiados pertenece al ámbito de configuración legal del derecho fundamental a la pluralidad de instancia, más no a su contenido constitucional esencial o indisponible.

En resumen, a criterio del Tribunal Constitucional, *prima facie* y sin perjuicio de ulteriores precisiones jurisprudenciales que pueda ser de recibo realizar, pertenece al contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el derecho de toda persona a un recurso *eficaz* contra:

a) La sentencia que le imponga una condena penal.
b) La resolución judicial que le imponga directamente una medida seria de coerción personal.

c) La sentencia emitida en un proceso distinto del penal, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.
d) La resolución judicial emitida en un proceso distinto del penal, con vocación de poner fin al proceso, a menos que haya sido emitida por un órgano jurisdiccional colegiado y no limite el contenido esencial de algún derecho fundamental.

Acaso sea de recibo resaltar que a la luz de las consideraciones expuestas, el contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución peruana, es más exigente que el que es reconocido en ordenamientos comparados. Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español, tempranamente, en criterio reiterado que suele ser compartido por otros tribunales constitucionales de Europa, no considera que la doble instancia sea exigible en todo proceso o incidente, sino solo en el caso de sentencias penales condenatorias. En efecto, expresamente refiere que el derecho de acceso a la tutela judicial «no comprende con carácter general el doble pronunciamiento judicial, es decir, la existencia de una doble instancia, pero cuando la Ley la establece, el derecho fundamental se extiende a la misma en los términos y con el alcance previsto por el Ordenamiento Jurídico. Todo ello sin perjuicio de las peculiaridades existentes en materia penal, puestas de relieve en la Sentencia 76/1982, de 14 de diciembre» (Cfr. STC español 4/1984, F. J. 1).

Por su parte, la Corte Constitucional colombiana, tomando en consideración que el artículo 31° de la Constitución de Colombia prevé que «[t]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley», ha considerado compatible con su Norma Fundamental y con los tratados internacionales de derechos humanos, que en los procesos penales contra los altos funcionarios estatales no se establezca una segunda instancia penal, siempre que éstos se desarrollen ante la Corte Suprema. En efecto, la referida Corte ha sostenido lo siguiente: «(...) encuentra la Corte que la interpretación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 8.2 del Pacto de San José que han efectuado los órganos internacionales competentes, resulta armónica con la interpretación que se ha hecho de los artículos 29 y 31 Carta Política en materia de juzgamiento de los altos funcionarios del Estado, en la medida en que

de dichos pronunciamientos no se deriva una regla según la cual en los juzgamientos de altos funcionarios con fuero penal ante el órgano de cierre de la jurisdicción penal, deba establecerse una segunda instancia semejante a la que existe para otros juicios penales. Es decir, cada Estado goza de un amplio margen para configurar los procedimientos y para diseñar los mecanismos eficaces de protección de los derechos, sin que esté ordenado, según la jurisprudencia vigente, que en los casos de altos funcionarios aforados se prevea siempre la segunda instancia» (Cfr. Sentencia C-934/06).

No obstante, a juicio del Tribunal Constitucional, como ha quedado dicho, en el caso del ordenamiento jurídico peruano, el contenido indisponible para el legislador del derecho a la pluralidad de la instancia, está conformado por los ámbitos desarrollados en el F. J. 25 *supra*.

La configuración legal del derecho fundamental a la pluralidad de instancia como parámetro de constitucionalidad.

Ahora bien, desde luego, como ha quedado dicho, la delimitación realizada en el F. J. 25 *supra*, no agota el contenido del derecho fundamental a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho a la pluralidad de instancia. Tan solo es una delimitación de su contenido esencial, es decir, del contenido que se proyecta como vinculante desde la regulación de la propia Norma Fundamental y que, en tal medida, resulta indisponible para el legislador. Se trata de un contenido que, en consecuencia, lejos de pretender ser restringido por el legislador, éste tiene la obligación de concretizar legalmente. A partir de ello, el legislador tiene un margen para delimitar, adicionalmente, con un razonable margen de libertad, la configuración legal del referido derecho fundamental.

La configuración legal del derecho fundamental que no afecte su contenido esencial o el de otros derechos fundamentales, y resulte relevante constitucionalmente, forma también parte del parámetro de constitucionalidad de los actos que sean acusados de violar el derecho fundamental a la pluralidad de la instancia. En estos casos, acreditada la constitucionalidad de la ley configuradora, la jurisdicción constitucional tiene la obligación de interpretar la disposición constitucional que reconoce el derecho a la pluralidad de la instancia, de conformidad con aquélla, reconociendo como perteneciente al contenido del derecho aquel ámbito establecido por el legislador que

resulte constitucionalmente relevante. Se trata de un supuesto de aplicación de lo que Konrad Hesse denominaba «principio de interpretación de la Constitución de conformidad con la ley» (*gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung*) (Cfr. HESSE, Konrad, *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1983, p. 57).

En consecuencia, regulado por el legislador, constitucionalmente, el acceso a un recurso para que una segunda instancia controle la validez de una resolución judicial, la afectación del derecho de acceso a dicho recurso o medio impugnatorio, *prima facie*, constituirá una violación del contenido del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución. De hecho, en nuestro ordenamiento jurídico, el legislador ha optado por regular una segunda instancia para la revisión de toda sentencia o resolución judicial que tenga pretensión de poner fin al proceso, con prescindencia del tipo de proceso del que emane y del grado o composición del órgano que la emita. Dicha regulación, pertenece al contenido del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia.

13.2.14.3. Derechos fundamentales de configuración legal y lo «constitucionalmente posible» como marco de acción válida de los órganos constitucionales

Ahora bien, habiéndose reconocido al derecho fundamental a la pluralidad de la instancia como un derecho de configuración legal, es evidente que en este ámbito, en observancia del principio de interpretación constitucional de *corrección funcional* –el cual «exige al juez constitucional que, al realizar su labor de interpretación, no desvirtúe las funciones y competencias que el Constituyente ha asignado a cada uno de los órganos constitucionales, de modo tal que el equilibrio inherente al Estado Constitucional, como presupuesto del respeto de los derechos fundamentales, se encuentre plenamente garantizado» (Cfr. STC 5854-2005-PA, F. J. 12, literal c)–, el Tribunal Constitucional tiene la obligación de respetar un libre y razonable margen de apreciación por parte del legislador democrático. Es decir, el Tribunal Constitucional tiene el deber de reconocer que, mientras no resulte violado el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, el legislador democrático tiene muchas posibilidades, todas ellas «constitucionalmente posibles», de configurar su contenido legal de relevancia constitucional.

En este orden de ideas, Robert ALEXY refiere, con atino que «[l]o que está ordenado por la Constitución es constitucionalmente necesario; lo que está prohibido por la Constitución es constitucionalmente imposible y lo que la Constitución confía a la discrecionalidad del legislador es tan sólo constitucionalmente posible, porque para la Constitución no es necesario ni imposible» (Cfr. ALEXY, Robert, «Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales», en *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de C. Bernal, 2ª ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 519). Ello permite sostener que, si bien el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de lo constitucionalmente prohibido y de lo constitucionalmente obligatorio, mientras el legislador actúe respetando márgenes suficientes de razonabilidad y los criterios vinculantes de este Colegiado, tal legislador tiene la calidad de supremo intérprete en el marco (amplio, por cierto) de lo constitucionalmente posible.

Pero no solo ello. De lo expuesto resulta, además, que las dudas atinentes a cuál deba ser la interpretación adecuada de la ley, desenvueltas en el ámbito de todo aquello que la Constitución permite, no es algo que este Tribunal pueda imponer si es que de por medio existe ya una posición de la Corte Suprema de Justicia de la República. En otras palabras, si entre muchas interpretaciones de la ley, todas ellas constitucionalmente válidas, la Corte Suprema opta por una, ¿puede este Colegiado obligarle a optar por otra? A juicio de este Tribunal, la respuesta a tal interrogante es manifiestamente negativa, pues ello supondría afectar injustificadamente las competencias de los otros órganos constitucionales, allí donde la Constitución les ha reservado un margen de razonable apreciación. Tal como se ha referido antes, «si el Tribunal Constitucional se juzgase competente para dilucidar tales cuestionamientos, pasaría de ser el supremo intérprete de la Constitución a ser el supremo intérprete de la ley, función, ésta última, que ciertamente no le ha confiado el Poder Constituyente» (Cfr. RTC 1949-2010-PA, F. J. 4). Y es bajo este presupuesto que este Tribunal le ha reconocido a la Corte Suprema la condición de «suprem[a] intérprete de la ley» (Cfr. STC 2730-2006-PA, F. J. 56).

Este criterio, desde luego, no denota una renuncia por parte de este Tribunal a las competencias que la Constitución le ha confiado, pues manteniéndose como supremo interprete de la Constitución, por

imperio de la propia Norma Fundamental, es su deber también reconocer y respetar las competencias de los otros órganos del Estado en el desarrollo legal y jurisprudencial de la Constitución, mientras lo hagan sin afectar el contenido de ésta. En todo caso, el Tribunal Constitucional mantiene siempre la competencia última en la definición de cuándo ello se haya o no producido.

13.2.14.4. Análisis constitucional del caso concreto

A juicio del recurrente, el derecho a impugnar los autos emitidos por la Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados, pertenece al contenido del derecho fundamental a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia. Desde luego, a la luz de lo expuesto en el F. J. 25 *supra*, tal derecho no pertenece al contenido esencial del derecho a la pluralidad de la instancia, pues con su ejercicio no solo no se pretende cuestionar una sentencia condenatoria, alguna medida que restrinja la libertad personal o alguna resolución que pretenda poner fin a un proceso, sino que, además, las resoluciones que se alegan como recurribles, han sido emitidas por un órgano jurisdiccional colegiado, conformado por magistrados que ostentan la máxima jerarquía en el Poder Judicial.

Queda por analizar, en consecuencia, si la referida posibilidad de impugnación, ha sido regulada por el legislador como una segunda instancia susceptible de incorporarse en el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pluralidad de la instancia.

Es en este punto donde se presenta el centro de la discrepancia entre las partes del presente proceso. El recurrente, a pesar de reconocer que dicha impugnación, no se encuentra expresamente regulada, sostiene que resultaba de aplicación el artículo 40° del Código de Procedimiento Penales, que establece que «contra la resolución de la Sala Superior en la que se pronuncia sobre la recusación procede recurso de nulidad», siendo que, a su juicio, «no es posible interpretar literalmente el artículo 40 para sostener que al referirse a la 'Sala Superior' no se considera al caso de la Sala Suprema, por dos razones: En primer lugar la interpretación sistemática de la norma procesal, exige concordarla con el artículo 34 inciso 2 que claramente diferencia los plazos para formular recusación contra los miembros de una Sala Superior y de una Sala Suprema. En segundo lugar, al ser el derecho

a recurrir una garantía procesal constitucional, las normas que regulan el recurso tienen que interpretarse en el sentido más favorable a fin de facilitar al justiciable el acceso al recurso» (a fojas 32; la negrita es del original).

Sin perjuicio de que este Tribunal analizará si el artículo 40° es aplicable para impugnar los autos emitidos por la Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados, cabe enfatizar, desde ahora, que ninguna de las dos razones sostenidas por el recurrente, por sí misma, abona en esta tesis. En efecto, el artículo 34°, inciso 2, del Código de Procedimientos Penales, establece lo siguiente: «Si la causa se encuentra en la Corte Superior o en la Corte Suprema, la recusación igualmente deberá interponerse hasta tres días hábiles antes de haberse citado a las partes para la celebración de la audiencia o vista de la causa». En consecuencia, este precepto se limita a establecer el plazo para la interposición de la recusación, y permite interpretar que tanto los jueces superiores como los supremos son recusables. Pero ello no permite concluir en modo alguno (ni siquiera bajo el criterio de la interpretación sistemática traído a colación por el recurrente) que se encuentra legalmente prevista la impugnación de un auto supremo que resuelve una recusación.

De otra parte, si bien es correcto afirmar que las normas tienen que interpretarse en el sentido más favorable a la eficacia del contenido de los derechos fundamentales, ello, justamente, requiere como presupuesto determinar razonablemente cuál es el contenido del concernido derecho. Si la tesis de la interpretación más favorable fuese aplicada con prescindencia de una determinación previa, siquiera *prima facie*, del contenido del derecho, los derechos podrían aplicarse a situaciones insospechadas, más allá de toda compatibilidad con su contenido constitucionalmente protegido. En suma, pretender determinar el contenido de un derecho fundamental bajo el auspicio de la tesis de la interpretación más favorable, supone incurrir en una petición de principio, pues la aplicación de ésta requiere de una previa determinación *prima facie* de aquél. Tal determinación es, justamente, la que se encuentra en entredicho en este proceso.

Por su parte, los vocales supremos emplazados han sostenido en las resoluciones judiciales que son objeto de impugnación que «no es posible en vía de hecho establecer procedimientos no previstos legalmente, como sucede en el caso de recurrir vía recurso de nulidad

la decisión que desestima recusaciones contra miembros de la última instancia de fallo de este Poder del Estado. Asimismo, cabe precisar [que] bajo el manto de la pluralidad de instancias -el cual se circunscribe principalmente [a] las decisiones de fondo-, no es posible crear procedimientos o competencias no preestablecidas por incidentes surgidos dentro de la propia Corte Suprema» (a fojas 63, 73 y 83).

Verdad es que el recurrente ha concentrado también parte de su alegato argumentando que tratándose de un proceso penal al que resultaban de aplicación las reglas previstas en los artículos 100° de la Constitución y 17° del Código de Procedimientos Penales, en tal proceso penal existía una distribución funcional de competencias en la propia Corte Suprema, lo que, a su juicio, hacía funcionalmente competente a su Sala Penal Permanente para conocer del recurso de nulidad planteado contra la resolución de su Sala Penal Transitoria que declaró infundado el recurso de recusación interpuesto contra determinados jueces supremos. Ello sería así en contraposición a la tesis de los emplazados que, según el recurrente, en el séptimo considerando de las resoluciones judiciales cuya nulidad se solicita en el presente proceso constitucional, se han juzgado incompetentes para efectuar la revisión, entre otras cosas, no utilizando un criterio funcional, sino de grado o jerarquía.

En cualquier caso, y sin perjuicio de lo interesante que pueda resultar en el marco de la teoría general del proceso, la separación conceptual y práctica entre la competencia funcional y la competencia por el grado de los jueces, en el marco de este proceso constitucional, tal discusión resulta inocua. Lo relevante constitucionalmente en esta causa es si el derecho a impugnar los autos emitidos por la Corte Suprema que resuelven solicitudes de recusación de magistrados -con prescindencia de la estructuración o clase del proceso penal de que se trate- pertenece o no al contenido del derecho fundamental a recurrir las resoluciones judiciales como manifestación del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, lo cual exige despejar las dudas con relación a si el legislador, dentro de sus facultades para culminar la delimitación de contenido constitucional del referido derecho, la ha previsto legislativamente.

Resulta meridianamente claro que el ordenamiento jurídico no tiene previsto expresamente ningún recurso para impugnar las resoluciones judiciales de la Corte Suprema que resuelven los recursos

de recusación contra magistrados supremos. Y aunque ello permitiría sostener que el legislador no ha tenido intención de configurar dicho recurso como perteneciente al contenido protegido del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, no es irrazonable sostener que el criterio analógico permitiría aplicar para estos supuestos el artículo 40° del Código de Procedimientos Penales. Se trataría de una interpretación constitucionalmente posible.

No obstante, tampoco es irrazonable sostener que aquí no cabe la aplicación del criterio analógico, pues dado que las Salas Superiores y las Salas Supremas ostentan distinta jerarquía en nuestro ordenamiento jurídico, no todo recurso susceptible de aplicarse a las primeras es extensible a las segundas, por el sencillo motivo de que mientras que con relación a las Salas Superiores existe un «tribunal superior» (exigencia prevista en el artículo 8°, inciso 2, literal h, de la CADH, y artículo 14°, inciso 5, del PIDCP) al cual recurrir, en el caso de las Salas Supremas no.

Pero no solo ello. Siendo ambas interpretaciones constitucionalmente posibles, la recién reseñada, a diferencia de la primera, no se opone al derecho fundamental a la jurisdicción y al procedimiento predeterminados por la ley (artículo 139°, inciso 2, de la Constitución), ni tampoco al derecho fundamental a la duración razonable del proceso (artículo 139°, inciso 3, de la Constitución), en tanto derechos subjetivos y valores objetivos del sistema jurídico. Se trata, además, de una interpretación que se condice en mayor medida con la finalidad del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, manifestada en el acceso a una razón *experimentada y plural*, lo que exige asumir que el derecho se relativiza significativamente (sin que ello suponga poder violar su contenido esencial) cuando la resolución judicial que pretende impugnarse, además de no versar sobre el fondo del asunto, es emitida por el órgano colegiado supremo de la jurisdicción ordinaria; *máxime* si dicha resolución judicial deriva, tal como ocurre en el caso de autos, de un proceso penal cuya totalidad de instancias e incidentes son resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la República, y que ha estado sometido a un nivel de escrutinio institucional y público sin parangón en la historia de la República.

La interpretación a la que se ha aludido en el F. J. precedente, es aquélla por la que, a través de una motivación *expresa* y *suficiente*, ha optado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República:

«...la recusación de un Juez Supremo tiene su propio procedimiento preestablecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuya decisión no es susceptible de impugnación, por cuanto la Corte Suprema es última instancia de fallo. (...). [N]o es posible en vía de hecho establecer procedimientos no previstos legalmente, como sucede en el caso de recurrir vía recurso de nulidad la decisión que desestima recusaciones contra miembros de la última instancia de fallo de este Poder del Estado. Asimismo, cabe precisar [que] bajo el manto de la pluralidad de instancias –el cual se circunscribe principalmente [a] las decisiones de fondo–, no es posible crear procedimientos o competencias no preestablecidas por incidentes surgidos dentro de la propia Corte Suprema. (...). En tal sentido es de concluir que la Sala Penal Permanente no viene a ser un órgano jurisdiccional habilitado para conocer del proceso ni de los incidentes derivados de éste, ni mucho menos es un órgano jerárquicamente superior con relación a la Primera Sala Penal Transitoria, por lo que carece de competencia (funcional) para conocer en grado del recurso del nulidad del incidente de recusación contra los Jueces Supremos de la Primera Sala Penal Transitoria. (...). [P]odría decirse que con la decisión que emita este Colegiado se estaría vulnerando el principio de pluralidad de instancia. Sin embargo, ello no resultaría certero, pues (...) el derecho a la pluralidad de instancias no implica el derecho del justiciable de recurrir todas y cada una de las resoluciones que se emitan al interior de un proceso, se trata de un derecho de configuración legal, correspondiendo al legislador determinar en qué casos, aparte de la resolución que pone fin a la instancia, cabe la impugnación. (...). En tal sentido (...), [impugnar una resolución] será posible cuando la impugnación se encuentre expresamente prevista, exista normatividad que lo permita y exista una instancia funcionalmente superior a la que recurrir; por ello se concluye que la decisión que se pretende recurrir resulta inimpugnable» (a fojas 62, 63 y 64; 72, 73 y 74; 82, 83 y 84).

Es preciso enfatizar que la interpretación adoptada por la Corte Suprema resulta meridianamente compatible con el Principio 20 de los Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre

Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985. En efecto, dicho precepto reconoce que el derecho a un recurso de revisión no es exigible en materia de recusación cuando la decisión ha sido adoptada por el tribunal supremo del respectivo Estado. Concretamente el referido principio reza así: «Las decisiones que se adopten en los procedimientos disciplinarios, de suspensión o de separación del cargo [de jueces] estarán sujetas a una revisión independiente. *Podrá no aplicarse este principio a las decisiones del tribunal supremo (...) en los procedimientos de recusación* o similares» (énfasis agregado). Por lo demás, ésta, implícitamente, es la tesis acogida por el artículo 41° del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, al no prever recurso alguno contra la resolución que resuelve los recursos de recusación contra sus magistrados.

Asimismo, puede asumirse razonablemente que esta interpretación de la Corte Suprema en el sentido de que contra las resoluciones judiciales supremas que resuelven recusaciones planteadas contra otros magistrados supremos no cabe recurso alguno, deriva implícitamente del artículo 150° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS, el cual al aludir al caso de recusaciones contra vocales de una Sala Suprema, no prevé expresamente recurso alguno contra las resoluciones judiciales que las resuelven. En efecto, dicho precepto se limita a señalar lo siguiente: «La recusación o inhibición de un Vocal se tramita y resuelve por los otros miembros de la Sala. Dos votos conformes hacen resolución en las Cortes Superiores y tres en la Corte Suprema. Para completar Sala, si fuera necesario, se procede conforme al trámite establecido para la resolución de las causas en discordia».

Se trata, además, de una interpretación que se condice con la manera cómo es regulado el incidente de recusación por otros Códigos adjetivos. Así, el artículo 310° del Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, dispone lo siguiente: «La recusación se formulará ante el Juez o la Sala que conoce el proceso (...). Cuando el Juez recusado (...) no acepta la recusación, emitirá informe motivado y formará cuaderno enviándolo al Juez que corresponda conocer, con citación a las partes. (...) El Juez a quien se remite el cuaderno tramitará y

resolverá la recusación conforme a lo previsto en el Artículo 754 en lo que corresponda. *Su decisión es inimpugnable.* Interpuesta recusación contra un Juez de órgano jurisdiccional colegiado, se procede en la forma descrita en el párrafo anterior. Sin embargo, la recusación será resuelta por los otros integrantes de la Sala, sin necesidad de integración, debiéndose llamar a otro Juez sólo en caso de discordia» (énfasis agregado). En consecuencia, en lo que ahora resulta pertinente, de acuerdo con este precepto, la decisión recaída sobre un recurso de recusación planteado contra un juez o jueces que conforman un órgano jurisdiccional colegiado es inimpugnable.

En sentido sustancialmente análogo, los artículos 203°, 204° y 205° del Código de Justicia Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 961, establecen lo siguiente:

«Artículo 203.- Reemplazo del inhibido o recusado

1. Producida la inhibición o recusación, el inhibido o recusado será reemplazado de acuerdo a Ley, con conocimiento de las partes.

2. Si las partes no están conformes con la inhibición o aceptación de la recusación, podrán interponer apelación ante el Magistrado de quien se trate, a fin de que el superior inmediato decida el incidente dentro del tercer día.

Contra lo resuelto por dicho órgano jurisdiccional no procede ningún recurso.

Artículo 204.- Trámite cuando el Juez no conviene en la recusación

Si el Juez recusado rechaza de plano la recusación o no conviene con ésta, formará incidente y elevará las copias pertinentes en el plazo de un día hábil a la Sala Penal competente. La Sala dictará la resolución que corresponda siguiendo el trámite previsto en el artículo anterior.

Artículo 205.- Trámites especiales

1. Cuando se trata de miembros de órganos jurisdiccionales colegiados, se seguirá el mismo procedimiento prescrito en los artículos anteriores, pero corresponderá decidir al mismo órgano colegiado integrándose por otro magistrado. *Contra lo decidido no procede ningún recurso.*

2. Si la recusación es contra todos los integrantes de la Sala, conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por la Ley» (énfasis agregado).

En consecuencia, conforme a lo señalado por estos preceptos las resoluciones que resuelven los recursos de recusación y que son emitidas por jueces distintos del recusado –tal como sucede con las resoluciones judiciales cuestionadas en esta causa–, en todos los casos, son inimpugnables. Idéntica es la fórmula adoptada por los artículos 194°, 195° y 196° del Código Penal Militar Policial, aprobado mediante Decreto Legislativo N° 1094.

Finalmente, cabe tener en cuenta que se trata de una interpretación que se condice plenamente con lo que actualmente dispone el artículo 57° del Nuevo Código Procesal Penal, el cual señala que en caso de recusación a jueces, «[c]uando se trata de miembros de órganos jurisdiccionales colegiados (...) corresponderá decidir al mismo órgano colegiado integrándose por otro magistrado. *Contra lo decidido no procede ningún recurso.* [] Si la recusación es contra todos los integrantes del órgano judicial colegiado, conocerá de la misma el órgano jurisdiccional llamado por la Ley» (énfasis agregado).

Conviene enfatizar que el Tribunal Constitucional no pierde de vista que ninguno de los Códigos adjetivos citados en el F. J. precedente era directamente aplicable en el proceso penal seguido contra el beneficiario de esta acción. La referencia a ellos tiene únicamente por objeto solventar la razonabilidad de la tesis interpretativa por la que han optado los jueces supremos emplazados en esta causa, en el sentido de considerar inimpugnables las resoluciones supremas que resuelven recursos de recusación planteados contra jueces supremos.

En definitiva, a la luz de las consideraciones expuestas, dentro del marco de las interpretaciones que el Tribunal Constitucional considera constitucionalmente posibles, aquélla en virtud de la cual las resoluciones judiciales supremas que desestiman un recurso de recusación son inimpugnables, es la que, en este caso, en última instancia, ha sido considerada como más razonable por la Corte Suprema de Justicia de la República, máxima intérprete en dicho marco de posibilidades. Por ende, al no haberse violado el contenido esencial del derecho fundamental a la pluralidad de la instancia, ni tampoco ningún ámbito de este derecho que haya sido configurado por el legislador democrático,

las resoluciones judiciales cuya declaración de nulidad se solicita en este proceso, no resultan violatorias del referido derecho fundamental reconocido en el artículo 139°, inciso 6, de la Constitución. La demanda, en consecuencia, debe ser desestimada.

Por último, el demandante ha dejado entrever que se habría vulnerado el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley, ya que pese a denegarse en el presente caso la interposición del recurso de nulidad contra la resolución de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema –que declaró infundadas las recusaciones interpuestas–, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema habría actuado de manera distinta en casos similares, en los que habría admitido la interposición del recurso de nulidad.

Al respecto, tiene dicho el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia que el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley exige que un mismo órgano jurisdiccional, al aplicar una ley, o una disposición de una ley, no lo haga de manera diferenciada, o basándose en condiciones personales o sociales de los justiciables. Se prohíbe, así, la expedición por un mismo órgano de resoluciones que puedan considerarse arbitrarias, caprichosas y subjetivas; es decir, que carezcan de justificación que las legitime. Como hemos declarado en la STC 0016-2002-AI/TC «Ningún particular puede ser discriminado o tratado diferenciadamente por los órganos –judiciales o administrativos– llamados a aplicar las leyes» (FJ. 4; RTC 1755-2006-PA/TC, F.J 3; STC 02593-2006-PHC/TC, F.J 5 y 6).

Pues bien, a fin de que se genere una violación de este derecho, no solo deba tratarse de un mismo órgano jurisdiccional el que haya expedido las resoluciones y que dicho órgano tenga la misma composición, sino se exige, además, que exista una identidad sustancial entre los supuestos de hecho resueltos por el órgano jurisdiccional. Por ello, debe ofrecerse un *tertium comparationis* que evidencie tal situación, sin que el órgano jurisdiccional cuestionado expusiera las razones de su apartamiento.

En el presente caso, sin embargo, observa el Tribunal que el término de comparación ofrecido por el recurrente para alegar la supuesta infracción del derecho a la igualdad en la aplicación de la ley no es válido, pues no existe identidad sustancial entre aquel y el caso *sub litis*. En efecto, en el propuesto como término de comparación

las recusaciones fueron interpuestas contra diversos miembros de la Sala Penal Especial, por lo que la Sala Penal Transitoria era competente, vía recurso de nulidad, para conocer del referido medio impugnatorio. En este proceso constitucional se cuestiona que no exista un recurso para interponer frente a la resolución adoptada por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, esto es, frente a una decisión expedida por un órgano jurisdiccional que constituye la última instancia. Por lo demás, en términos similares a los expresados antes, el Tribunal considera que la recusación planteada fue revisada por una instancia *experimentada y plural*, lo que conlleva a deducir que la no existencia de un recurso que cuestione la resolución que resuelve la recusación no vulnera el derecho a la pluralidad de instancia al pertenecer al ámbito de lo «constitucionalmente posible» para el legislador. Así debe declararse.

13.3. Inhibición

13.3.1. Concepto

La inhibición constituye el apartamiento voluntario que realiza el Juez del proceso al conocimiento de una causa, cuando advierte que está incurso en alguna de las causales de recusación previstas en el artículo veintinueve del Código de Procedimientos Penales; que planteada esa excusa por un vocal, son los demás miembros del Colegiado quienes deben emitir un pronunciamiento al respecto, cuya decisión no puede ser cuestionada por aquel; en tanto que, la interposición de cualquier impugnación constituye un acto voluntario del justiciable (entiéndase todas las partes procesales) conforme lo prescribe el artículo once de la Ley Orgánica anotada[79].

La inhibición tiene su fundamento en la garantía de imparcialidad u objetividad –inherente a todo proceso justo y equitativo, esto es, al principio general del debido proceso– a la que específicamente hace referencia el artículo 8, numeral uno, de la Convención Americana de Derecho Humanos, en cuya virtud el Juez debe ser ajeno a toda vinculación relevante con las partes o con el hecho objeto del proceso. Que, en ese sentido, en el caso de autos, analizados los argu-

---

[79] Voto de los Señores Vocales Supremos Cesar Eugenio San Martín Castro, Eduardo Alberto Palacios Villar y Hugo Molina Ordóñez, del 28 de Junio del 2004, R.N. N° 708-2004-Arequipa, Sala Penal Permanente.

mentos vertidos por la parte impugnante, los mismos sirvieron para la inhibición del Magistrado Neyra Flores, se concluye que estos no pueden ser considerados como fundamento válido para excluir a un magistrado del conocimiento de un proceso, habida cuenta que no constituye causal de inhibición, a tenor de lo dispuesto en el artículo 29 y 31 del Código de Procedimientos Penales[80].

La inhibición es un acto procesal mediante el cual el Magistrado se aparta voluntariamente del conocimiento de la causa, cuando existen razones objetivas y subjetivas que atenten contra el derecho fundamental que tiene todo justiciable a que su causa sea tramitada y resuelta por un Juez competente e imparcial, como así lo tiene establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en diversas sentencias, entre ellas la del 31 de enero del 2001 - Caso del Tribunal Constitucional contra Perú. Criterio que nos vincula en aplicación a lo dispuesto en la IV Disposición y Transitoria de nuestra Norma Fundamental[81].

13.3.2. Impugnación de la resolución que declara improcedente la inhibición no impide que el Magistrado siga conocimiento la causa

Ante la inhibición planteada por el doctor José Neyra Flores, Presidente de este Colegiado, se declaró improcedente lo solicitado, decisión que ha sido impugnada por la Parte Civil, considerando los dos vocales que emitieron la presente resolución que el recurso interpuesto, cuya concesión está condicionada a la fundamentación respectiva, no constituye impedimento para que el citado magistrado se abstenga de participar en el presente proceso y sus incidencias. Conclusión que se basa en que tanto la inhibición como la recusación, son instituciones procesales que tienen por finalidad garantizar que el proceso sea dirigido y resuelto por un juez predeterminado e imparcial; es por ello que las mismas causales rigen para ambas (artículos 29 y 30 del Código de Procedimientos Penales). Por otro lado, el inciso 2 del artículo 33 del citado Código establece «el trámite de inhibición o recusación no suspende el proceso principal ni la realización de diligencias o actos procesales, las cuales se realizarán

---

80 Ejecutoria suprema del 18 de Julio del 2007, R.N. N° 785-2007, Primera Sala Penal Transitoria.

81 Auto del 17 de Enero del 2007, Exp. N° 022-2005, Tercera Sala Penal Especial.

ecesariamente con la concurrencia del Ministerio Público y otificación a las partes. En todo caso, el Juez deberá abstenerse de xpedir cualquier resolución que ponga fin a la instancia o proceso». Disposición que ha sido complementada por el Acuerdo Plenario N° -2006/CJ-116, párrafos 13 y 14 , publicado en el Diario Oficial el eruano el 29 de diciembre del 2006, en el sentido de que un Juez ecusado o con pedido de inhibición del Ministerio Público, una vez ue se acepta iniciar el trámite respectivo no puede dictar una medida imitativa de la libertad como consecuencia de un auto de contumacia, n tanto las dudas sobre la imparcialidad judicial no se deslinden definitivamente conforme a sus trámites regulares. Asimismo, el artículo 40 del Texto acotado si bien regula el trámite de recusación de los Vocales, en su último párrafo establece: «Los Vocales solo podrán inhibirse en los casos expresamente señalados en el artículo 29». En tal sentido, en una interpretación sistemática de las disposiciones del título II del Libro I del Código adjetivo que comprende a las dos instituciones ya referidas, el proceso no puede suspenderse por la impugnación planteada, por lo que debe integrar el Colegiado el Magistrado José Neyra Flores, a fin de continuar con su trámite. Interpretación sistemática que encuentra fundamento en el principio de interpretación de la ley de conformidad con la Constitución, recurriendo al principio de que el juez no puede dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, conforme lo establece su artículo 139 inciso 8; y teniendo en cuenta además que es derecho de los justiciables que su proceso se desarrolle en un plazo razonable, derecho implícito del debido proceso que corresponde a los jueces tutelar[82].

14. El Principio de Independencia Judicial

14.1. Concepto

Una precondición esencial para la protección de la Constitución dentro del marco de una democracia es que el Juez y el Poder Judicial sean independientes, el juez puede cumplir su papel efectivamente solo si el público confía en que las Cortes, aunque a veces actúan de forma equivocada, actúan de manera absoluta independiente. La independencia del Judicial significa primero y antes que nada, que al juzgar, el Juez no

[82] Auto del 26 de Enero del 2007, Exp. N° 022-2005, Tercera Sala Penal Especial.

está sujeto a nada más que al derecho. El derecho es el único amo del Juez. Desde el momento en el que se le asigna a una persona un juez, el debe actuar de manera independiente a todo lo demás[83].

La independencia, en su acepción constitucional clásica, no es sino la ausencia de vinculación del funcionario jurisdiccional con la orden de otro cualquiera en el ejercicio de su función jurisdiccional. Asimismo, se expresa también como la imposibilidad de que las decisiones judiciales sean revisadas, a excepción de que lo sean por otro juez o Tribunal mediante los medios que legalmente se hayan podido prever. En ese sentido, el Tribunal ha declarado que: La independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley (...). El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños [otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial] a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso.

La independencia judicial debe, pues, percibirse como la ausencia de vínculos de sujeción política (imposición de directivas por parte de los órganos políticos) o de procedencia jerárquica al interior de la organización judicial, en lo concerniente a la actuación judicial per se, salvo el caso de los recursos impugnativos, aunque sujetos a las reglas de competencia[84].

La independencia de los jueces es de carácter orgánico-funcional cuando se refiere a la relación con el resto de los poderes estatales, y de carácter personal cuando se refiere a la falta de vinculación con las partes del proceso a su cargo. Este tema se analiza cuando existe *pérdida* de independencia que habilita, por esas circuntancias de hecho, la eventual remoción del magistrado[85].

---

83 BARAK, Aharon, *Un juez reflexiona sobre su labor: el papel de un Tribunal Constitucional en una democracia*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2008, p. 39.

84 Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

85 ECHEVESTI, Carlos, *Responsabilidad de los funcionarios públicos*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 285. Autor que recalca que en jurisprudencia del Consejo

14.2. Las dimensiones del Principio de Independencia Judicial

El Tribunal Constitucional ha destacado la necesidad de individualizar dos dimensiones en el principio de independencia jurisdiccional, y cuyos alcances han sido últimamente sido expuestos en la STC 0004-2006-AI/TC, de la siguiente manera: (...) que el principio de independencia de la función jurisdiccional tiene dos dimensiones: a) Independencia externa. Según esta dimensión, la autoridad judicial, en el desarrollo de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a ningún interés que provenga de fuera de la organización judicial en conjunto, ni admitir presiones para resolver un caso en un determinado sentido. Las decisiones de la autoridad judicial, ya sea que ésta se desempeñe en la especialidad constitucional, civil, penal, penal militar, laboral, entre otras, no pueden depender de la voluntad de otros poderes públicos (Poder Ejecutivo o Poder Legislativo, por ejemplo), partidos políticos, medios de comunicación o particulares en general, sino tan solo de la Constitución y de la ley que sea acorde con ésta.

En el caso de los poderes públicos, estos se encuentran prohibidos por la Constitución de ejercer influencias sobre las decisiones judiciales, ya sea estableciendo órganos especiales que pretendan suplantar a los órganos de gobierno de la organización jurisdiccional, o creando estatutos jurídicos básicos distintos para los jueces que pertenecen a una misma institución y se encuentran en similar nivel y jerarquía, entre otros casos.

b) Independencia interna. De acuerdo con esta dimensión, la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la

---

de la Magistratura, al tratarse una denuncia contra un juez federal, uno de los consejeros fundó su voto a favor de la acusación, pero con el siguiente fundamento: «Acompaño la acusación porque los gruesos errores cometidos y la gravedad institucional de su decisión constituyen elementos de convicción suficientes para sospechar que el magistrado actuó bajo influencias políticas extrañas al ejercicio de la jurisdicción, configurativas de la causal de mal desempeño. La acusación, por lo tanto, lejos de agraviar la independencia de los jueces en sus decisiones, tiene por objeto preservarla, promoviendo la remoción de un magistrado sobre el cual pesa la grave sospecha de haber actuado con falta de aquélla. Por otra parte, no debe olvidarse que si la función del Consejo de la Magistratura es acusatoria, es asimilable al rol de fiscal, cuya actuación no exige una prueba total y acabada de culpabilidad, sino tan sólo una grave sospecha de ella. Y, desde ese punto de vista, si bien la presunción constitucional es la inocencia, esto no impide la sustanciación de un juicio de pleno conocimiento para acreditar la culpabilidad.

función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial.

En cuanto al primero de los puntos mencionados, cabe mencionar que el principio de independencia judicial prohíbe que los órganos jurisdiccionales superiores obliguen a los órganos de instancias inferiores a decidir de una determinada manera, si es que no existe un medio impugnatorio que de mérito a tal pronunciamiento. De este modo, siempre que medie un medio impugnatorio, las instancias superiores podrán corregir a las inferiores respecto de cuestiones de hecho, o de derecho sometidas a su conocimiento, según sea el caso.

En aquella ocasión el Tribunal circunscribió la posibilidad de que una instancia judicial superior revise lo decidido por un órgano inferior, al hecho de que su competencia se habilite por la interposición de un medio impugnatorio.

Tal declaración, sin embargo, no puede entenderse como que, fuera de los medios impugnatorios, el legislador procesal no pueda propiciar la revisión de una decisión judicial a través de otros instrumentos procesales. Desde que la Constitución no establece cuáles puedan ser los medios para propiciar la revisión por una instancia superior de la decisión efectuada por una inferior, el Tribunal considera que el legislador tiene libertad para configurar los instrumentos procesales que estime pertinente para ello, sin más límite que el respeto de otros derechos fundamentales.

El principio de independencia judicial prohíbe, sí, que esos otros medios puedan constituir instrumentos de sometimiento de los jueces inferiores. El instituto de la consulta, previsto en los artículos 5° y 6° del Decreto Legislativo 922, no tiene esa finalidad encubierta. Su objeto es permitir que el órgano jurisdiccional superior revise si el derecho fue debidamente interpretado y aplicado por las instancias de menor grado, y que, en aquellos casos en los que considere que no se ha obrado correctamente, disponer que se rectifique sobre la base de estrictas consideraciones jurídicas[86].

[86] Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 0003-2005-AI, Tribunal Constitucional.

1.3. El Principio de Independencia y el Desacato

Una discusión interesante donde se enarbola el Principio de ıdependencia a fin de relativizar el grado de vinculación vertical de ɔs pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la República, stá contenido en la sentencia de fecha 21 de marzo de 2011, Demanda .e Inconstitucionalidad, Exp. N° 0019-2009-PI/TC, Lima, Ilustre :olegio de Abogados del Callao:

14.3.1. El desacato de las resoluciones de la Corte Suprema

En efecto, se cuestiona la constitucionalidad del artículo 47, nciso 8), de la Ley de la Carrera Judicial. Según esta disposición, :s falta grave «*Desacatar las disposiciones contenidas en reglamentos, ıcuerdos y resoluciones que dicte la Corte Suprema de Justicia en materia urisdiccional*». A juicio del demandante, una disposición como ésta ıtenta directamente contra el principio de independencia del Poder udicial, pues impide que los jueces ejerzan el denominado control difuso. Para el apoderado del Congreso de la República, por el :ontrario, los jueces siguen manteniendo su capacidad para apartarse de las decisiones de la Corte Suprema cuando corresponda, y siguen teniendo la capacidad de realizar control difuso.

El Tribunal Constitucional observó que la falta grave por desacato contemplada en la disposición impugnada comprende a decisiones o mandatos que la Corte Suprema pueda dictar en el ejercicio de funciones administrativas (v.gr. reglamentos), pero también en el ejercicio de funciones jurisdiccionales (v.gr. resoluciones). Toma nota, igualmente, de que la objeción de constitucionalidad no gira en torno a los efectos de incumplirse disposiciones reglamentarias ni tampoco sobre los efectos de no acatarse los acuerdos administrativos que la Corte Suprema pueda adoptar. Como se ha expuesto en el fundamento precedente, esencialmente el cuestionamiento se ha centrado en los efectos administrativos disciplinarios de no cumplirse con las «resoluciones» de la Corte Suprema.

Por otro lado, el Tribunal llama la atención sobre el carácter polisémico de la expresión «resoluciones» en el contexto en el que se utiliza en el inciso 8) del artículo 47 de la Ley de la Carrera Judicial. Ésta puede hacer referencia tanto a una «resolución administrativa»

adoptada por la Corte Suprema, como a una decisión tomada al resolver un caso o controversia de su competencia. En los términos en que se ha expuesto la *causa petendi*, el Tribunal nuevamente vuelve a observar que la objeción de constitucionalidad planteada no está dirigida a cuestionar los efectos del incumplimiento de las resoluciones de la Corte Suprema en el primero de los sentidos antes acotados, sino relacionada a decisiones de carácter jurisdiccional.

A su vez, la expresión «resoluciones» en el contexto del ejercicio de la función jurisdiccional puede (y debe) contextualizarse, cuando menos, en tres escenarios no necesariamente semejantes. Por un lado, como el incumplimiento de una resolución de la Corte Suprema en la etapa de ejecución de sentencia; y, por el otro, como el incumplimiento de una resolución judicial que si bien ha sido dictada en un caso concreto, tiene la vocación de expandir sus efectos más allá de éste, sea porque contiene principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento (v.gr. artículos 22 y 80.4 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial) o, a su turno, un precedente vinculante (v.gr. art. 40 de Ley 29497; art. 433 del Decreto Legislativo N° 957 o el art. 400 del Código Procesal Civil, modificado por la Ley 29364).

14.3.2. Incumplimiento de resoluciones judiciales y derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales

Ningún reparo encuentra el Tribunal Constitucional a que la disposición impugnada considere falta grave el que los jueces y magistrados del Poder Judicial eventualmente desacaten resoluciones, que han pasado en autoridad de cosa juzgada, dictadas por la Corte Suprema de Justicia. Ello no sólo se justifica por la posición y el estatus institucional de la Corte Suprema como órgano de clausura de la jurisdicción ordinaria sino, sobre todo, por los efectos negativos de conductas de esa naturaleza sobre el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Ya en las SSTC 0015-2001-AI/TC, 0016-2001-AI/TC y 004-2002-AI/TC, este Tribunal advirtió que «[e]l derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales no es sino una concreción específica de la exigencia de efectividad que garantiza el derecho a la tutela jurisdic-

cional, y que no se agota allí, ya que, por su propio carácter, tiene una *vis* expansiva que se refleja en otros Derechos Constitucionales de orden procesal (...). El derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales garantiza que lo decidido en una sentencia se cumpla, y que la parte que obtuvo un pronunciamiento de tutela, a través de la sentencia favorable, sea repuesta en su derecho y compensada, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido» [F.J. N° 11].

Por tal función, en reiteradas ocasiones hemos insistido sobre la especial importancia del respeto de este derecho fundamental en una sociedad democrática, así como su intrínseca relación con las exigencias de efectividad de la impartición de tutela jurisdiccional. Así, por ejemplo, en la STC 4119-2005-AA/TC [Fund. Jur. 64], no tuvimos ningún reparo en afirmar que «la tutela jurisdiccional que no es efectiva no es tutela» y, por ello, que este derecho garantizaba el «cumplimiento efectivo y, en sus propios términos, de aquello que ha sido decidido en el proceso».

En tanto que en la RTC 1103-2010-PA/TC destacamos que «la actuación de la autoridad jurisdiccional en la etapa de ejecución de sentencias constituye un elemento fundamental e imprescindible en el logro de una efectiva tutela jurisdiccional, siendo de especial relevancia para el interés público, dado que el Estado de derecho no puede existir cuando no es posible alcanzar la justicia a través de los órganos establecidos para tal efecto. Para ello, la autoridad jurisdiccional deberá realizar todas aquellas acciones que tiendan a que los justiciables sean repuestos en sus derechos reaccionando frente a posteriores actuaciones o comportamientos que debiliten el contenido material de sus decisiones, pues sólo así se podrán satisfacer los derechos de quienes han vencido en juicio, sin obligarles a asumir la carga de nuevos procesos» [F.J. N° 5].

14.3.3. Incumplimiento de resoluciones judiciales que contengan principios jurisprudenciales de obligatorio cumplimiento

El Tribunal Constitucional toma nota de que en los términos de los artículos 22 y 80, inciso 4), del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en el ejercicio de su función jurisdiccional, la Corte Suprema tiene competencia para fijar principios jurisprudenciales. Sin embargo, el Tribunal advierte que si bien estos

son de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales, por excepción, los jueces y magistrados pueden apartarse de dicho criterio, para lo cual están obligados a «motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan».

A juicio del Tribunal, la aplicación del inciso 8) del artículo 47 de la Ley de la Carrera Judicial, para el caso de incumplimiento de las resoluciones con el contenido al que se refieren los artículos 22 y 80.4 de la LOPJ, sólo puede darse en el caso de que un juez se aparte de un principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento, sin motivar o expresar los fundamentos que la sustentan.

Por lo demás, el Tribunal no observa que la aplicación del inciso 8) del artículo 47 de la Ley de la Carrera Judicial a este supuesto de incumplimiento de resoluciones judiciales afecte el poder-deber de los jueces de realizar, en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, el control judicial de constitucionalidad de las leyes como «*mecanismo para preservar el principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas enunciado en el artículo 51 de nuestra norma fundamental*» [Cfr. STC 1383-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 16].

14.3.4. Incumplimiento de resoluciones judiciales que contengan precedentes obligatorios

La cuestión de si el establecimiento como falta grave del incumplimiento de una resolución judicial que contenga un precedente de obligatorio cumplimiento impide (o no) a los jueces aplicar el control difuso o viola el principio de independencia judicial, el Tribunal ha de absolverlas negativamente.

El principio de independencia judicial se encuentra establecido en el inciso 2) del artículo 139 de la Constitución, según el cual «*(...) Ninguna autoridad puede (...) interferir en el ejercicio de sus funciones (...)*». E igualmente, en el inciso 1) del artículo 146 de la Ley Fundamental, por cuya virtud «*(...) El Estado garantiza a los magistrados judiciales: 1. Su independencia. Sólo están sometidos a la Constitución y la ley (...)*».

En la STC 2465-2004-AA/TC el Tribunal precisó que el principio de independencia judicial «*(...) supone un mandato para que en todos los poderes públicos, los particulares, e incluso, al interior del propio órgano, se garantice el*

respeto de la autonomía del Poder Judicial en el desarrollo de sus funciones (...)». En tal sentido, sostuvimos que «*[l]a independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley» [STC 023-2003-AI/TC].* Por su parte, en la STC 0004-2006-PI/TC, el Tribunal precisó las dos dimensiones de la independencia judicial: la externa (frente a otros poderes, públicos o privados) y la interna, según la cual «*(...) la independencia judicial implica, entre otros aspectos, que, dentro de la organización judicial: 1) la autoridad judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, no puede sujetarse a la voluntad de otros órganos judiciales, salvo que medie un medio impugnatorio; y 2) que la autoridad judicial, en el desempeño de la función jurisdiccional, no pueda sujetarse a los intereses de órganos administrativos de gobierno que existan dentro de la organización judicial».*

No obstante ello, como sucede con toda garantía institucional, en diversas oportunidades, este Tribunal ha recordado que su ámbito protegido y las condiciones de su ejercicio no pueden entenderse de manera aislada, sino en armonía con la totalidad del ordenamiento constitucional. Uno de esos principios-derechos que lo condicionan es, precisamente, la igualdad y, en particular, el derecho de igualdad en la aplicación de la ley [artículo 2, inciso 2 de la Constitución], que no tolera que una misma disposición legislativa pueda ser irrazonablemente interpretada y aplicada de modo diferente a casos sustancialmente análogos. El Tribunal aprecia que, precisamente, la finalidad de una disposición como la que aquí se está analizando radica en que ella busca alcanzar ciertos niveles de predictibilidad de las decisiones judiciales y, de esa manera, garantizar los derechos de los justiciables, que requieren criterios resolutivos claros, pacíficos y predictibles de la institución a la cual confían la solución de sus conflictos o controversias.

De ahí que al igual que lo que sucede con las sentencias de este Tribunal en materia de justicia constitucional, consideremos que la Corte Suprema, como órgano de clausura de la jurisdicción ordinaria, es la constitucionalmente llamada a garantizar la uniformidad de los criterios de interpretación de la ley y, al mismo tiempo, a quien se encargue la promoción de la predictibilidad de la Administración de Justicia. En ese contexto, es opinión de este Tribunal que la competencia

legal para dictar precedentes obligatorios no viola el principio de independencia judicial. Y, por las mismas razones, considera que la disposición cuestionada tampoco impide irrazonablemente que los jueces puedan aplicar el control difuso.

14.4. La independencia judicial y su reconocimiento por parte del Consejo Nacional de la Magistratura

El inciso 2) del artículo 139° de la Constitución consagra el principio de independencia en la función jurisdiccional en los siguientes términos: «ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite. Por su parte el artículo 146°.1 de la Constitución establece como una de las garantías de los jueces: «Su independencia. Solo están sometidos a la Constitución y la ley». En tanto que, el artículo 34°. 1 de la Ley 29277 Ley de la Carrera Judicial dispone que es un deber de todo juez impartir justicia con independencia. Por lo que cabe concluir que en nuestro ordenamiento jurídico la independencia judicial es un principio constitucional, una garantía y un deber de los jueces.

Desde su sentencia Exp. N° 0023-2003-AI/TC el Tribunal Constitucional ha sostenido que «la independencia judicial debe ser entendida como aquella capacidad autodeterminativa para proceder a la declaración del derecho, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, dentro de los marcos que fijan la Constitución y la Ley. En puridad, se trata de una condición de albedrío funcional. El principio de independencia judicial exige que el legislador adopte las medidas necesarias y oportunas a fin de que el órgano y sus miembros administren justicia con estricta sujeción al Derecho y a la Constitución, sin que sea posible la injerencia de extraños (otros poderes públicos o sociales, e incluso órganos del mismo ente judicial) a la hora de delimitar e interpretar el sector del ordenamiento jurídico que ha de aplicarse en cada caso» [parr. 28 y 29].

Para el Tribunal Constitucional el Principio de Independencia judicial debe entenderse desde tres perspectivas:

a) Como garantía del órgano que administra justicia (independencia orgánica).

b) Como garantía operativa para la actuación del juez (independencia funcional), por conexión con los principios de reserva y exclusividad de la jurisdicción.

Como capacidad subjetiva, con sujeción a la propia voluntad de ejercer y defender dicha independencia. Cabe precisar que en este ámbito radica uno de los mayores males de la justicia ordinaria nacional, en gran medida por la falta de convicción y energía para hacer cumplir la garantía de independencia que desde la primera Constitución republicana se consagra y reconoce».

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Reverón Trujillo vs. Venezuela ha sostenido que «los jueces a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías reforzadas debido a la independencia necesaria del Poder Judicial, lo cual la Corte ha entendido como esencial para el ejercicio de la función judicial»[87]. Ha señalado también que el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. La Corte ha considerado que el principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción»[88].

Que, la relevancia y esencialidad de la independencia judicial la ha colocado como el eje fundamental por el que discurren las principales disposiciones de la Ley de la Carrera Judicial[89]. Así, se

---

87 Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, sentencia de fondo del 30 de junio de 2009, párr. 67.

88 Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela, sentencia de fondo del 30 de junio de 2009, párr. 68.

89 En el mismo sentido también la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene disposiciones orientadas a preservar la independencia judicial, entre las que podemos citar: «Artículo 16.- Los Magistrados son independientes en su actuación jurisdiccional dentro de su competencia. Ninguna autoridad, ni siquiera los Magistrados de instancia superior, pueden interferir en su

prescribe que los jueces ejercen sus funciones jurisdiccionales con independencia e imparcialidad, sujetos únicamente a la Constitución y a la ley (art. I T.P.), que la carrera judicial tiene como uno de sus objetivos garantizar la independencia de los jueces (art. 1.1), que constituye base del perfil del juez su independencia en el ejercicio de la función (art. 2.5), que el juez debe impartir justicia con independencia (art. 34.1), que es un derecho de los jueces: la independencia en el desempeño de la función jurisdiccional (art. 35.1), que constituye una falta muy grave interferir en el criterio de los jueces de grado inferior por razón de competencia en la interpretación o aplicación de la ley, salvo cuando se halle en conocimiento de la causa a través de los recursos legalmente establecidos, entre otras disposiciones de la citada ley.

El juez es independiente en su actividad jurisdiccional y muy particularmente en lo atinente a la decisión judicial, esto es, como ha dicho el Tribunal Constitucional, que tal actividad constituye un espacio de albedrío funcional, con la única obligación de estar sometido a la Constitución y la ley. El juez respetando la Constitución y la ley tiene libertad para la selección de las fuentes (salvo en materia penal en el cual hay reserva de ley), para la elección de la disposición o disposiciones que se emplearan para resolver el caso sometido a su conocimiento, para valorar las pruebas (siguiendo los criterios de racionalidad), para efectuar la interpretación de los textos legales, siempre que el método o criterio elegido sea uno de los que el Derecho admite, y para la aplicación del Derecho (subsunción normativa).

Que, actualmente se reconoce en el ámbito de la teoría del Derecho, la filosofía del Derecho y la argumentación jurídica que no existe la unidad de solución correcta, en la medida que existe una indeterminación del lenguaje empleado por los textos legales, lo que produce problemas de ambigüedad o vaguedad, que corresponde al juez libremente determinarlos o precisarlos para aplicar la norma al caso concreto. A lo que debe sumarse la perspectiva ideológica y el

---

actuación. Están obligados a preservar esta garantía, bajo responsabilidad, pudiendo dirigirse al Ministerio Público, con conocimiento del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, sin perjuicio de ejercer directamente los derechos que les faculta la ley».

posicionamiento o adscripción del juez a corrientes del pensamiento jurídico, así, no se podrá dar la misma respuesta o solución si se adopta un criterio formalista, positivista normativo o post-positivista, ni tampoco si se es un juez que sigue un modelo técnico burocrático, que uno activista e incluso protagonista, orientado a judicializarlo todo. Todo ello influye en ese albedrío funcional del ejercicio de la función jurisdiccional, en la valoración de las pruebas, en la interpretación y aplicación de las normas.

Que, sin embargo, la independencia judicial no está exenta de límites, es por ello que como contrapartida existen controles de la actividad o decisión jurisdiccional. No todos los controles llevan a la responsabilidad de los jueces. El principal y hasta natural control es el tradicional de los recursos impugnatorios o recursos intraproceso, por medio del cual el superior en grado revoca o anula por considerar que la decisión del inferior no es la más correcta o porque se ha expedido con inobservancia o defectos de las formas esenciales del proceso legalmente establecido. Por principio, la revocación o anulación de una decisión jurisdiccional, que puede fundarse incluso en error o trasgresión del ordenamiento jurídico, puede no acarrear responsabilidad del juez, eso dependerá de la gravedad del caso y siempre que se encuentre prevista taxativamente.

Que existen también otros controles jurisdiccionales de la actividad o decisión judicial, es el caso de los procesos constitucionales de amparo y habeas corpus -fundamentalmente- en los que se revisan las decisiones jurisdiccionales de cara a verificar si se ha vulnerado o no derechos fundamentales o la tutela procesal efectiva, dicho de otro modo si es compatible con la Constitución. El juez constitucional, entonces, es el llamado a efectuar un control constitucional de la decisión jurisdiccional de un juez ordinario e incluso de otro juez constitucional. Que, aun cuando el juez constitucional declare fundada una demanda de amparo o de habeas corpus contra una resolución judicial, no necesariamente el juez que la expidió terminará siendo sancionado penal o disciplinariamente, ello dependerá en primer lugar, si el propio juez constitucional dispone que el agresor sea encausado penalmente o que se remitan copias a la Oficina de Control de la Magistratura o al Consejo Nacional de la Magistratura para su procesamiento disciplinario, y en otros casos se tendrá que evaluar si

la conducta del juez es de tal entidad como para estimar su responsabilidad disciplinaria, conforme a los parámetros previstos en la Ley de la Carrera Judicial.

Que, en la práctica, el Consejo Nacional de la Magistratura ha ratificado a jueces supremos, jueces superiores y de otras instancias a los cuales se les había declarado fundadas demandas de amparo o de habeas corpus, los cuales fueron apreciados de acuerdo a cada caso en concreto, ponderando el tema en controversia, si existía indeterminación jurídica, si fue un error o descuido, si el Tribunal Constitucional establecía nuevas interpretaciones o doctrina a partir del caso resuelto, si había votos discordantes de los magistrados del Tribunal Constitucional, así como teniendo en cuenta los demás factores propios de la Evaluación Integral y Ratificación. En otros casos, la ponderación fue negativa, pues se tomó en cuenta lo decidido en sede constitucional y otros factores que determinaron la falta de idoneidad del magistrado evaluado.

Otro control jurisdiccional de las decisiones judiciales viene dado por las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a cuya jurisdicción contenciosa el Perú se encuentra vinculado, que puede revisar las resoluciones judiciales expedidas por jueces y tribunales peruanos, dentro del marco de la responsabilidad internacional del Estado, si las mismas son compatibles o no con la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte Interamericana ha establecido en la sentencia del caso Palma Mendoza y otros vs. Ecuador[90] «que la jurisdicción internacional tiene carácter subsidiario, coadyuvante y complementario, por lo que no desempeña funciones de tribunal de «cuarta instancia». A la Corte le corresponde decidir si, en el caso de que se trate, el Estado violó un derecho protegido en la Convención, incurriendo consecuentemente, en responsabilidad internacional. La Corte no es, por tanto, un tribunal de alzada o de apelación para dirimir los desacuerdos que tengan las partes sobre determinados alcances de la aplicación del derecho interno en aspectos que no estén directamente relacionados con el cumplimiento de obligaciones internacionales en

[90] Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palma Mendoza y otros *vs.* Ecuador, sentencia de 3 de septiembre de 2012, excepción preliminar y fondo.

derechos humanos» [párr. 16]. La Corte también ha señalado que «la determinación de si las actuaciones de órganos judiciales constituyen o no una violación de las obligaciones internacionales del Estado, puede conducir a que la Corte deba ocuparse de examinar los respectivos procesos internos para establecer su compatibilidad con la Convención Americana [párr. 18].

Que, una decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que resuelve sobre la violación de alguna de las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al examinar resoluciones judiciales de jueces o tribunales peruanos, no genera *per se* una posibilidad de aplicación de la sanción de destitución a un magistrado, en la medida que lo que se declara es la responsabilidad internacional del Estado y no de los individuos, a lo que cabe agregar que al tratarse de la revisión del contenido de una resolución judicial se deberá estar a los mismos parámetros de respeto a la independencia de criterio jurisdiccional, del control disciplinario nacional y particularmente sujetos a los principios de legalidad y tipicidad de las faltas y las sanciones.

Que la responsabilidad penal y civil de los jueces por sus decisiones también se ventilan en sede judicial, lo que a juicio del Colegiado se erige como un elemento de garantía de la independencia judicial. El tipo legal de prevaricato previsto en el artículo 418° del Código Penal reprime al juez que dicta resolución manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley, o cita pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya e leyes supuestas o derogadas. El juez penal que conoce de un caso de prevaricato se encuentra legalmente autorizado -entre otros- a revisar el contenido del criterio jurisdiccional de aplicación de una disposición normativa, siempre que se contravenga el texto expreso y claro de una ley, lo que excluye de la represión los casos en las que el texto de la ley no sea ni expreso ni claro, esto es, que exista por el contrario una evidente indeterminación, que lleve a varias posibilidades u opciones de interpretación según los métodos o criterios de interpretación admitidos por el Derecho, y siempre también que en materia penal no se rebase el tenor literal de la ley. La responsabilidad civil de los jueces se halla contemplada en los artículos 509° y 510° del Código Procesal Civil.

Que el control disciplinario de las decisiones jurisdiccionales es limitado, precisamente en respeto y armonía con el principio constitucional de independencia judicial. El control disciplinario debe observar los principios constitucionales de legalidad y tipicidad conforme lo establece el artículo VII de la Ley 29277 Ley de la Carrera Judicial. En tal sentido, de una revisión exhaustiva de la citada ley, la responsabilidad disciplinaria de los jueces no se refiere o incide en el qué de una decisión, sino en el cómo y en el cuándo.

Que, la responsabilidad o control disciplinario no incide en el qué, en la medida que el artículo 44° in fine de la Ley 29277 establece de manera enfática que «No da lugar a sanción la discrepancia de opinión ni de criterio en la resolución de los procesos». De modo tal que, a los órganos de control disciplinario les está vedado ingresar al ámbito del criterio jurisdiccional relativo a la valoración de las pruebas, interpretación y aplicación de las disposiciones normativas al caso concreto.

Al respeto al criterio jurisdiccional no solo se presenta en el ámbito disciplinario, sino también en la configuración de los procesos judiciales. Así, por ejemplo, el artículo 425°.2 del Código Procesal Penal prohíbe a la Sala Penal Superior otorgar un valor probatorio diferente a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia. La discrepancia de criterio se encuentra reconocida expresamente en el artículo 301°.A del Código de Procedimientos Penales cuando estatuye la necesidad de una convocatoria a Pleno de los señores jueces supremos penales si se advierte que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la respectiva Sala Penal en sus decisiones sostuvieran criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma. El mismo criterio se aplica frente a la discrepancia sobre la interpretación o aplicación de una determinada norma en sede de casación penal, conforme lo dispone el artículo 433°.4 del Código Procesal Penal de 2004. Finalmente, el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial contempla la posibilidad de que un órgano jurisdiccional discrepe con un precedente obligatorio, en cuyo caso solo le impone una carga argumentativa.

Que, es evidente que, la discrepancia de criterios jurisdiccionales no es lo deseado para el sistema de justicia, en la medida que pueden verse afectados derechos como el de la igualdad o el principio de

seguridad jurídica o la predictibilidad de las decisiones judiciales, ello en razón que distintos o diversos modos de interpretación o aplicación de las disposiciones normativas, llevan a consecuencias distintas que producen efectos sobre el objeto del proceso y las partes, dicho de otro modo, producen descontento. Por tal motivo, se debe propender a la uniformización de la jurisprudencia, en lugar de pretender reprimir por la vía del control disciplinario a los jueces que no se someten a los criterios del órgano encargado del control.

Que, al respecto es ilustrativo lo que sostiene MARTÍNEZ ALARCÓN sobre el particular: «En definitiva, las actividades de valoración de la prueba y de interpretación y aplicación del Derecho no deben permanecer accesibles a los mecanismos para la exigencia de la responsabilidad disciplinaria porque si las autoridades disciplinarias tuvieran la posibilidad de revisar este contenido y sancionar al juzgador, en caso de no considerarlo correcto, estarían realizando una valoración de los hechos y/o una interpretación y aplicación de la norma, una función que compete, exclusivamente, a jueces y magistrados, los cuales perderían así la cualidad de estar sometidos solo al ordenamiento jurídico para pasar a estarlo a las autoridades disciplinarias»[91].

Que, si bien, no está sujeto a control disciplinario el qué de la decisión, si lo está el cómo de la actividad jurisdiccional de emitir resoluciones. En efecto, la Ley 29277 Ley de la Carrera Judicial señala que constituyen faltas disciplinarias graves: art. 47.16.- Utilizar en resoluciones judiciales expresiones improcedentes o manifiestamente ofensivas; art. 47.18.- Adoptar medidas disímiles, sin la debida motivación, respecto de partes procesales que se encuentran en la misma situación o condición jurídica. Incurren los jueces en faltas muy graves: art. 48.3.- Actuar en un proceso o procedimiento sabiendas de estar legalmente impedido de hacerlo; y art. 48.13.- No motivar las resoluciones e inobservar inexcusablemente el cumplimiento de los deberes judiciales. Sobre esta última falta, se debe precisar que los deberes judiciales son muchos, la mayoría de los cuales se encuentran tipificados en cuanto a su quebrantamiento (faltas disciplinarias) por

---

[91] MARTÍNEZ ALARCÓN, María Luz, *La independencia judicial*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, p. 348.

los artículos 46°, 47° y 48° de la Ley de la Carrera Judicial. Así por ejemplo, el deber de imparcialidad, se haya protegido al tipificarse como falta muy grave actuar en un proceso a sabiendas de estar legalmente impedido, como es el caso de un juez que se encuentra incurso en causal prevista en el artículo 29° del Código de Procedimientos Penales. El deber de impartir justicia con razonabilidad se haya protegido por la represión de la «no motivación de las resoluciones», pues, como se ha dicho, el control disciplinario no puede invadir el ámbito de decisión judicial en cuanto a la interpretación y aplicación de las normas al caso concreto, pero si verificar si se han dado razones mínimas para justificar las mismas, y por otro lado, también sería irrazonable una decisión judicial manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico (p. ej. una resolución judicial que ordene la libertad de un sentenciado cuando la ley prohíbe conceder beneficio penitenciario, entre otros casos que ha resuelto el Consejo Nacional de la Magistratura).

Que, ahora bien, perfilado el concepto y alcance de la independencia de los jueces con relación a sus decisiones jurisdiccionales, precisado los controles jurisdiccionales y el control disciplinario sobre las resoluciones judiciales, así como el respeto a la independencia de criterio jurisdiccional, corresponde establecer cuál es la competencia el Consejo Nacional de la Magistratura en la materia. Que, el Consejo Nacional de la Magistratura es un órgano constitucionalmente autónomo e independiente (art. 150° Constitución), y que entre otras funciones le compete aplicar la sanción de destitución a los jueces de la Corte Suprema y Fiscales Supremos y, a solicitud de la Corte Suprema o de la Junta de Fiscales Supremos, respectivamente, a los jueces y fiscales de todas las instancias (art. 154°.3).

Que, como no puede ser de otra manera, el Consejo Nacional de la Magistratura tiene la obligación de preservar la independencia judicial, respetando los principios constitucionales de legalidad, tipicidad y proporcionalidad en los procesos disciplinarios que lleva adelante, y particularmente la independencia de criterio de cada uno de los jueces en la valoración de las pruebas, la interpretación y la aplicación de las normas a los casos concretos. Tanto más cuando se trata de jueces de la Corte Suprema, que por encontrarse en la cúspide del Poder Judicial tienen la alta responsabilidad de ser última instancia

jurisdiccional y dirigir la política de ese poder del Estado, parto que somos conscientes que a través de los procesos disciplinarios vinculados a decisiones jurisdiccionales se podría estar poniendo de algún modo en riesgo su independencia. El control importaría revisar las decisiones jurídicas del más alto tribunal de justicia, y si son sancionados en esos procedimientos por no estimar correctas sus interpretaciones o aplicaciones de la ley, se podría generar una suerte de sumisión, ya no a la Constitución y la Ley, sino al órgano de control disciplinario, con la consiguiente asunción -no constitucional- de «Cuarta Instancia» por parte del Consejo Nacional de la Magistratura. La mayor garantía para que ello no suceda es ejercer un control disciplinario interpretando estrictamente las faltas disciplinarias previstas en la Ley de la Carrera Judicial relacionadas con las resoluciones judiciales.

Que, lo puntualizado no hace sino seguir la línea trazada por el Tribunal Constitucional en sus sentencias recaídas en el Expediente N° 4596-2006-PA/TC (caso José Vicente Loza Zea), Expediente N° 5156-2006-PA/TC (caso Vicente Walde Júregui) y Expediente N° 5765-2007-PA/TC (caso Rosario Alfaro Lanchipa), al establecer dicho tribunal que se vulnera el derecho a la motivación de las resoluciones cuando se emite una resolución que impone una medida disciplinaria sustentada en argumentos de carácter jurisdiccional, es decir, cuando los fundamentos no se encuentran dirigidos a sustentar la sanción impuesta sino orientados a zanjar cuestiones de interpretación jurídica o cuestiones de hecho relacionadas con el proceso judicial, omitiendo examinar los presupuestos de hecho que motivan la imposición de la medida disciplinaria. Que, con la puesta en vigencia de la Ley 29277 Ley de la Carrera Judicial, el Consejo Nacional de la Magistratura solo tiene competencia en materia disciplinaria para procesar -lo que jurídicamente es distinto a investigar preliminarmente- a los Jueces de la Corte Suprema por la comisión de faltas muy graves. A diferencia de la Ley Orgánica del Poder Judicial que no establecía una gradación de las faltas que acarreaban responsabilidad disciplinaria, la Ley de la Carrera Judicial si lo hace, de modo tal que se puede hablar de una tipicidad o taxatividad de las infracciones. Ello nos lleva a una relectura del artículo 32° de la Ley Orgánica del Consejo Nacional de la Magistratura, en cuanto a que al Consejo le corresponde realizar investigaciones preliminares para calificar y determinar si hay mérito para abrir un proceso disciplinario por una falta muy grave de las

previstas en el artículo 48° de la Ley 29277. Dicho de otro modo, si al final de la investigación preliminar el Consejo llega a la conclusión de que los hechos denunciados solo califican como una falta leve o grave, entonces, no podrá abrirse proceso disciplinario y deberá remitirse lo actuado a la Corte Suprema para los fines consiguientes. Abrir proceso disciplinario por una falta disciplinaria tipificada como leve o grave contra un juez de la Corte Suprema importaría una violación de la competencia constitucional y legal atribuida al Consejo, pues tales faltas no están orientadas a la imposición de la sanción de destitución, se estaría desnaturalizando a nuestro juicio el procedimiento preestablecido por la ley. El Consejo investiga -preliminarmente- por cualquier hecho de carácter disciplinario a un juez de la Corte Suprema y, si, al calificar el mismo al término de tal investigación considera que no se tipifica como falta muy grave, debe proceder a remitir los actuados a la Sala Plena de la Corte Suprema para que proceda conforme a sus atribuciones[92].

[92] Resolución del 1 de febrero del 2013, N° 105-2013-PCNM, investigación preliminar seguida a los Jueces Supremos integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, doctores Javier VILLA STEIN, Josué PARIONA PASTRANA, Jorge Luis SALAS ARENAS, Francisco MIRANDA MOLINA y Segundo Baltazar MORALES PARRAGUEZ.

III

¿En qué consiste un caso penal por delitos contra la Administración Pública o criminalidad gubernativa?

Es un fenómeno, que en el derecho comparado se denomina «criminalidad gubernativa», si bien no constituye una categoría técnico jurídica, refleja un fenómeno con rasgos propios que, en principio, puede comprender cualquier tipo delictivo y que resulta legítimo, como criterio de racionalización y sub-especialización procesal-penal, en la medida que ellos son cometidos por personas que, por razón del cargo, disfrutan de una especial capacidad de información e influencia. Comprende, como es obvio, no sólo a los titulares de cargos públicos directamente elegidos o investidos por un órgano representativo, sino también a los titulares de cargos públicos nombrados por estos últimos y funcionarios de confianza, así como a los particulares que se coluden con aquéllos.

El catedrático universitario y Juez Supremo PRADO SALDARRIAGA destaca que para los expertos una persona expuesta políticamente (PEP) es aquella que por su cargo o función adquiere y ejerce poder e influencia determinantes en un entorno social, económico y político concreto. En la década pasada el Estado peruano, así como la comunidad nacional, sufrieron una concertada agresión criminal de parte de este tipo de personalidades. Efectivamente, las investigaciones y procesos han demostrado, que el modus operandi que caracterizó su accionar delictivo fue, justamente, el de construir células o puntos nodales alrededor de una constelación de funcionarios, personalidades, y actividades del ámbito político, económico, financiero, así como de los principales medios de comunicación social. A todos ellos Montesinos los fue sometiendo y vinculando a su proyecto criminal en diferentes oportunidades y con distintos medios. A demás, todo ello se hacía abajo el objetivo aparente de consolidar en el poder al gobierno de aquel entonces, como condición indispensable para la estabilidad y desarrollo sostenido del país. Sin embargo, las actuaciones judiciales han ido demostrando que se aspiraba, en realidad, a mantener diferentes fuentes de enriquecimiento ilícito y a asegurar, a

la vez, eficientes mecanismos de impunidad. Para poder entender la complejidad de dicha red criminal y su negativa proyección sobre las instancias decisionales del Estado, basta con mencionar que ella logró consolidar núcleos activos en las siguientes instituciones públicas[93][94]:

1.- Congreso de la República	2.- Poder Judicial
3.- Ministerio Público	4.- Consejo Nacional de la Magistratura
5.- Jurado Nacional de Elecciones	6.- Contraloría General de la República
7.- Superintendencia Nacional de Administración Tributaria	8.- Fuerzas Armadas
9.- Policía Nacional	10.- Medios de comunicación social

Tales rasgos propios de los delitos contra la Administración Pública se traducen, entre otros aspectos, en la complejidad que supone su investigación judicial. De ahí que, la subespecialización de los jueces penales se ve acompañado de la autorización para contratar personal auxiliar, prestación de apoyo técnico y financiero, adopción de medidas de protección de los jueces competentes así como de medidas especiales para la custodia de los medios probatorios. Por todo ello, el Tribunal Constitucional consideró legítimo que se puede disponer una sub-especialización en el ámbito de la justicia penal, si es que los motivos que la justifican persiguen garantizar la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes. Por lo demás, su objetividad está fundamentada en consideraciones tales como la complejidad del asunto, la carga procesal y las «particulares exigencias del servicio» (Así, por ejemplo, se ha pronunciado la *Corte Costituzionale*, en la *Sentenza* N° 174/1975). [Sentencia del 30 de Junio de 2003, Exp. N° 1013-2003-HC/Tribunal Constitucional]. Consideraciones por las que, el Tribunal Constitucional acentúa la necesidad de contar con una sub especialización en materia de «criminalidad gubernativa».

---

[93] PRADO SALDARRIAGA, Víctor, «Personas expuesta políticamente y corrupción», en *Revista de Derecho - APECC*, Lima, 2008, p. 79.

[94] Como principales procesados por el subsistema anticorrupción ver el Balance: *Lucha anticorrupción: urgente necesidad de enmienda*, Justicia Viva, Lima, 2005, p. 85.

IV

De las tipificaciones más frecuentes de la *notitia criminis* derivadas de la esfera gubernamental

<table>
<tr><td colspan="2">1.- Asociación Ilícita para Delinquir (Art.317 del C.P):
Este ilícito penal ha sido instrumentalizado indiscriminadamente como envoltorio y de clausura de los demás delitos, desechándose recién en la etapa resolutiva del proceso penal.(Cuenta con Acuerdo Plenario N° 4- 2006/CJ-116, del 13.10.06, rotulado: Cosa Juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir).</td></tr>
<tr><td>2.- Colusión desleal
(Art.384 del C.P):
(No cuenta con Acuerdo Plenario, en el 2009 no se arribó a un consenso)</td><td>3.- Peculado (Art.387 del C.P):
(Cuenta con: i.- Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116, del 30.09.05, rotulado: Definición y estructura típica del delito de peculado; ii.- R.N.N°2212-2004-Lambayeque, del 13.01.06, rotulado: Diferencias entre los delitos de rehusamiento a la entrega de bienes a la autoridad y peculado por extensión; y iii.- R.N.N°4500-2005-Junín, del 06.09.07, rotulado: Estructura típica del delito de peculado culposo)</td></tr>
<tr><td>4.- Tráfico de Influencias
(Art. 400 del C.P):
(No cuenta con Acuerdo Plenario)</td><td>5.- Negociación Incompatible
(Art. 399 del C.P):
(No cuenta con Acuerdo Plenario)</td></tr>
<tr><td>6.- Encubrimiento Personal y Real
(Arts. 404 y 405 del C.P):
(No cuenta con Acuerdo Plenario)</td><td>7.- Malversación de fondos
(Art. 389 del C.P):
(No cuenta con Acuerdo Plenario)</td></tr>
<tr><td>8.- Corrupción de funcionarios
(Art. 393 del C.P):
(Cuenta con el Precedente Vinculante R.N.N° 1091-2004-Lima, del 22.03.05, rotulado: Corrupción funcionarios. Conducta típica.</td><td>9.- Enriquecimiento Ilícito
(Art. 401 del C.P):
(No cuenta con Acuerdo Plenario)</td></tr>
</table>

Vista la casuística que ha sido materia de abordaje en el sub sistema judicial anticorrupción durante el periodo 2001-2010, se constata que en materia de delitos funcionales, sólo excepcionalmente los procesos penales imputan exclusivamente delitos Contra la Administración Pública. En efecto, conforme así lo ha relievado el propio Tribunal Constitucional, al legitimar la existencia de una justicia sub especializada en esta materia de delitos, la problemática nuclear -y que fue precisamente lo que justificó la implementación de un circuito judicial especial (a partir del 2001) con competencia penal circunscrita a este género delictivo- es el de la Criminalidad Organizada Gubernamental, lo cual tiene su reflejo en que es muy significativo el número de casos en que constituye un denominador común el delito de asociación ilícita. Ello, habida cuenta que en estos casos, lo que subyace es la existencia de organizaciones superpuestas al aparato estatal, en la medida que sus integrantes formalmente tienen condición de funcionarios públicos, empero, operan bajo programas delictivos que rigen un actuar sistemático y permanente al interior del Estado, con aprovechamiento de la infraestructura, contactos y medios que aseguran la impunidad de sus actos. A ello se suma, muchas veces, el acoplamiento de otros sujetos que bajo determinados roles contribuyen a retroalimentar ese estado de cosas.

Así, siendo común estos contextos fácticos de concurso entre Asociación Ilícita y otros delitos de corrupción funcional en específico, aquello tiene su correlato en que el procesamiento judicial de estos casos evidencia, por lo general, un elevado número de imputados (son comunes las causas con 30 procesados a más).

Es también común que muchos de los funcionarios que incurren en este tipo de ilícitos implementen artificios de encubrimiento o disimulación del patrimonio ilegítimamente acumulado, máxime si se tiene en cuenta que están sujetos a declaraciones juradas y otros mecanismos de control que deben sortear. Para tal efectos recurren a los denominados testaferros, quienes como personas naturales o como personas jurídicas contribuyen al ocultamiento o a facilitar la consumación de los mismos. Así, regularmente, echan mano de cadenas de transferentes o de personas jurídicas destinados a dar visos de legalidad al mero ocultamiento (encubrimiento) y/o aprovechamiento de los bienes ilícitos (lavado de activos). Luego, esta conexión entre los delitos funcionales y los delitos antes precisados, hace también recurrente las causas judiciales con un elevado número de imputados.

Tal es el caso por ejemplo del delito de Colusión Desleal, el mismo que por su propia naturaleza es un delito plurisubjetivo, un delito de convergencia de funcionarios y de sujetos particulares con quienes se conciertan de cara a defraudar patrimonialmente al Estado en el contexto de determinadas licitaciones o contrataciones estatales. Es común constatar en estos casos que la imputación abarca a todos los funcionarios pertenecientes a los distintos órganos colegiados encargados de decidir o supervisar la contratación y/o de dirigir el procedimiento licitario respectivo; lo mismo que a todos los sujetos representantes de las personas jurídicas beneficiadas.

Así, dada la particularidad de este tipo de ilícitos, deviene también en recurrente ver que sus respectivas causas judiciales tienen un elevado número de imputados y exigencias probatorias, conforme exponemos a continuación:

DELITOS CONEXOS:	DELITOS FUNCIONALES RECURRENTES: (Autoría / Complicidad)	DELITOS CONEXOS:
Asociación Ilícita para delinquir	Colusión Desleal	Encubrimiento Real, Encubrimiento Personal y Lavado de Activos.
	Peculado / Peculado para Terceros	
	Tráfico de Influencias	
	Negociación Incompatible	
	Cohecho	
	Enriquecimiento Ilícito	

Lo precedentemente descrito respecto a la casuística abordada por el sub-sistema judicial anticorrupción a partir del año 2001 se corresponde con las modificaciones normativas que tuvieron que ser introducidas precisamente en dicho año en los siguientes ámbitos: (i) en el **ámbito de la duración de la instrucción,** introduciendo el concepto de **«proceso complejo»**; (ii) en el ámbito de los plazos de la detención; entre otros (ámbito de la prueba). Así se tiene:

a) En efecto, conforme a la Ley N° 27,553, recién publicada el 13 de noviembre del 2001 pasa a considerarse como **proceso complejo**, aquellos procesos que merezcan dicha connotación **«... por la materia, por la cantidad de medios de prueba, por actuar o recabar, por el concurso de hechos; por pluralidad de procesados o agraviados; por tratarse de bandas u organizaciones vinculadas al crimen; por la necesidad de pericias documentales exhaustivas en revisión de documentos; por gestiones de carácter procesal a tramitarse fuera del país o en los que sea necesario revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado ...»** (sic).

b) Luego, fue recién a través de la Ley N° 27,553 (artículo 2°), publicada el 13 de noviembre del 2001, que el plazo de la instrucción (artículo 202° del Código de Procedimientos Penales) fue modificado. En efecto, siendo el plazo para dicho estadio – hasta antes de la modificación– de 04 meses más una prorroga de 60 días adicionales (plazo máximo = 06 meses); el citado dispositivo introdujo el supuesto de los **«procesos complejos» para los cuales estableció lo siguiente: «... en el caso de los procesos complejos (...) el Juez de oficio mediante auto motivado podrá ampliar el plazo a que se refiere el párrafo anterior hasta por 08 meses adicionales improrrogables...». (nuevo plazo máximo = 14 meses).**

c) Que, de igual modo, fue también a través de la Ley N° 27,553 (artículo 1°), publicada el 13 de noviembre del 2001, que el plazo de la detención (artículo 137° del Código Procesal de 1991) fue modificado. El citado dispositivo introdujo un nuevo plazo para el supuesto de los «procesos complejos», señalando: **«... La detención no durará más de 09 meses en el procedimiento ordinario y de 18 meses en el procedimiento especial (...). Tratándose de procedimientos por delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, espionaje y otros de naturaleza compleja seguidos contra más de 10 imputados en agravio de igual número de personas, o del Estado, el plazo límite de detención se duplicará ...» (nuevo plazo máximo = 36 meses).**

Lo relievado demuestra que existió un antes y un después a la casuística judicial abordada por el subsistema judicial anticorrupción en materia de **tipos de procesos, plazo de investigación** y de plazo de detención. En adelante, quedó absolutamente reconocido por el

ordenamiento procesal la existencia de un tipo de **proceso complejo** que se correspondían plenamente con las particularidades procesales antes precisadas relacionadas a los delitos por corrupción funcional y conexos; lo que evidentemente requería un tratamiento diferenciado de otros procesos no complejos, particularmente en lo relativo a sus **plazos de investigación. (nuevo plazo máximo = 14 meses).**

Revisado el nuevo Código Procesal Penal, lejos de apreciarse una regulación ajena al tratamiento diferenciado que merecen en la actualidad estos procesos complejos, lo que se advierte que en el **artículo 342°** de dicho Código se establece: «...1. El plazo de la Investigación Preparatoria es de 120 días naturales [04 meses]. Sólo por causas justificadas, dictando la Disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de 60 días naturales (plazo máximo total = 06 meses) [...]

> «...2. Tratándose de investigaciones complejas, el plazo de la Investigación Preparatoria es de 08 meses. La prórroga por igual plazo debe concederla el Juez de la Investigación Preparatoria ...» (plazo máximo total = 16 meses).
>
> «...3. Se considera proceso complejo cuando: (a). requiera la actuación de un cantidad significativa de actos de investigación; (b). comprenda la investigación de numerosos delitos; (c). involucra una cantidad importante de imputados o agraviados; (d). investiga delitos perpetrados por imputados integrantes o colaboradores de bandas u organizaciones delictivas; (e). demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; (f). necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; o (g). debe revisar la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado ...».

Independientemente del modelo procesal, tanto en el antiguo como en el nuevo Código Procesal subyace el reconocimiento de un género delictivo que demanda un tratamiento procesal especial, fundamentalmente, en términos de plazo de investigación. Luego, resulta por demás revelador el dato que el actual Código dispensa incluso un plazo máximo mayor **(16 meses - Investigación Preparatoria)** que el del Código actual **(14 meses - Instrucción) enumerando como consideraciones procesales del proceso complejo que merece dicho plazo exactamente las mismas que se precisan en el actual Código. Surge así la interrogante: ¿Cómo puede**

asegurarse, en términos absolutos, mayor celeridad a través del nuevo Código si en ambos hay un reconocimiento que una investigación relacionada a procesos por este tipo de ilícitos pueden demandar el plazo que se indica?

En el Informe que fuera elaborado algunos años por el Instituto de Defensa Legal - Justicia Viva denominado «**Balance del Sub-Sistema Judicial Anticorrupción a 06 años de su creación (2001-2006)**» se concluyó: «... **3. La actuación de los magistrados [...]** En el presente balance se ha medido la actuación de los magistrados anticorrupción, mediante un análisis cuantitativo y cualitativo. Dentro del primero, se encuentran las estadísticas de avance de los procesos, mientras que en el segundo se pueden apreciar: el impulso que las autoridades judiciales han dado a las medidas que buscaban fortalecer el subsistema desde dentro, y algunas de las sentencias expedidas en la materia. **Si bien los números pueden ser un cruel indicador, en tanto invisibiliza problemas como el nivel de complejidad y las dificultades materiales en los juicios o el apoyo de las autoridades judiciales y políticas, es innegable su valor a la hora de hacer un balance. Y tal como se ha visto a lo largo de este documento, las estadísticas (el dato objetivo) no hablan bien del resultado final del subsistema. En seis años de labor sólo se han terminado 40 (cuarenta) casos (número de sentencias firmes) de un total de 246 (doscientos cuarenta y seis) procesos. Mientras que el proceso de duración promedio de los mismos fue de: dos años y diez meses (casi tres años). La labor de las Salas Superiores Anticorrupción ha sido lenta: 14 (catorce) casos concluidos (con sentencia firme) con un promedio de duración de tres años y ocho meses ...**». A tal diagnóstico hecho en aquella oportunidad, no se opone uno último diferente o inverso. Consiguientemente, a lo señalado en el acápite precedente, debe añadirse que si ya de por sí no es satisfactorio el performance de los actuales operadores (dedicado con exclusividad a este género delictivo) en términos estadísticos de manejo de carga procesal, evidentemente, son menores las posibilidades de que **-en este momento-** con escasa experiencia del Ministerio Público en la aplicación del nuevo Código Procesal los resultados puedan ser mejores tratándose de procesos de la envergadura y complejidad de las causas por delitos de corrupción funcional.

V

Perfilamiento de un programa básico del abogado litigante para afrontar el juicio oral

Conforme se destaca con el rótulo «proceso penal», el juicio penal es todo un proceso en el que se debe desplegar una actividad estratégica concatenada y explicables por la idea de hacer prevalecer los intereses del patrocinado, salvo que estemos ante la asunción de la defensa de un proceso ya avanzado, donde nos corresponde optar por estrategias de emergencia e improvisar soluciones de retracción para ganar tiempo para la preparación del caso; acorde a ello, los alegatos finales, aisladamente, tienen relativamente un pequeño impacto en como el órgano decisor deciden los casos, ya que la mayoría ha tomado ya su decisión consciente o subconscientemente antes de este tiempo, y no influyen en sus posiciones los alegatos finales del abogado, es más la praxis nos enseña que previamente al estadío de los alegatos o informes orales se cuenta con un proyecto al ochenta por ciento de la sentencia[95]. Sin embargo, ello no implica que dicho estadio final de alegaciones no resulte relevante, toda vez, que dado un informe oral que esboce una lectura de los hechos diferente a la incorporada al expediente por el fiscal o que enfatice en aspectos pasados por alto u obviado por los sujetos procesales y que implique un giro de ciento ochenta grados en la percepción del caso, puede diferirse la lectura de sentencia o quedar al voto la decisión jurisdiccional.

Sentado lo anterior, debemos interiorizar y manejar las reglas de evidencia y criterios jurisprudenciales que se han venido instrumentalizado en materia de delitos emanados de la esfera pública; en efecto, el manejar dichos constructos tiene como efecto positivo reducir el tiempo y simplificar el modo en que las disputas probatorias y doctrinarias son resueltas. Con ello, racionalizaremos y evitaremos muchas veces la instauración de procesos penales que a la postre, en la etapa decisoria del proceso penal, no resulta viable la comprobación de la hipótesis delictiva postulada por el ente persecutor, más aún si

[95] MAUET, Thomas A., *Estudios de técnica de litigación*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 20.

icha pretensión punitiva fue impulsada por elementos de juicio ajenos los estándares jurisprudenciales[96].

Acorde a lo expuesto, partiendo del principio de igualdad, la praxis os demuestra que más efectivo que obras doctrinales o informes de estacados jurisconsultos, lo constituyen resoluciones que aborden emas análogos a nuestro caso, y, por ende, resulten homologables, a que de lo contrario los magistrados se exponen al posible escrutinio le por qué un tratamiento desigual en casos similares o conexos, con a consiguiente merma en su revestimiento de imparcialidad y objetividad, amén de los proceso administrativos de destitución asibles de ser activados de oficio o a instancia de parte. La selección le la jurisprudencia también se hace más significativa, si ustedes están en una jurisdicción especializada con unos pocos jueces - por ejemplo el sub sistema anticorrupción o los supra provinciales -, en este orden de ideas, debemos saber los antecedentes del recorrido del juez, enfatizando, de ser el caso, en su producción literaria –por ejemplo, en libros o artículos publicados– y jurisprudencia.

Otro factor que debemos tener presente son las exigencias probatorias inherentes a los ilícitos penales como ilustramos a continuación:

DELITOS FUNCIONALES RECURRENTES:	BASE FÁCTICA DE LA IMPUTACIÓN:	EXIGENCIAS PROBATORIAS:
Enriquecimiento Ilícito:	Incrementos patrimoniales ilegítimos de los funcionarios imputados no explicables en sus ingresos remunerativos y otros de fuente lícita.	- Necesidad procesal de acopiar vasta prueba documental sobre: (i) ingresos remunerativos del funcionario; (ii) signos exteriores de riqueza del funcionario (vg. Bienes muebles - inmuebles, cuentas bancarias, empresas, títulos valores, etc); y (iii) actos jurídicos de sustento de cada una de las fuentes justificativas de ingresos esgrimidas por los imputados.

[96] Debemos construir un simulador de juicios, donde podremos experimentar con antelación cualquier juicio penal, como un piloto en el simulador de vuelo, y programar su cerebro con las actitudes y habilidades más efectivas para dominar y controlar todos los aspectos del juicio. Ver: ESTALELLA DEL PINO, Jordi, *El Abogado Eficaz*, La Ley, Madrid, 2005, p. 62.

		*Para tal efecto se requiere cursar solicitudes de información a: Instituciones bancarias y financieras, SUNAT, Registros Públicos, CONASEV, Notarías, y demás instituciones públicas. - Necesidad de «procesar» toda esa vasta prueba documental vía prueba pericial; la misma que tiene varias fases: (i) Elaboración de Pericia de Oficio y Pericia de Parte; (ii) Ratificación y Examen de los peritos; (iii) Debate Pericial. - Necesidad de rastrear los signos exteriores de riqueza en el patrimonio y en las cuentas bancarias de los cómplices o «testaferros» quienes en algunos casos intervienen prestando su nombre; y, en otros, implementando personas jurídicas donde se esconden como activos los bienes acumulados por el funcionario.
Peculado / Peculado para Terceros:	Apropiación de fondos públicos bajo administración del funcionario imputado para apoderamiento propio o para subvencionar intereses particulares.	- Necesidad de actuar prueba pericial a fin de determinar **quantum de apropiación patrimonial**. - Necesidad de rastrear lo apropiado en las cuentas bancarias de los funcionarios imputados, así como en sus respectivos cómplices o «testaferros».
Colusión Desleal:	Concierto defraudatorio entre funcionarios y sujetos particulares en el contexto de las licitaciones, adjudicaciones y contrataciones con perjuicio patrimonial para el Estado.	- Necesidad procesal de acopiar vasta prueba documental sobre: (i) marco normativo regulador del procedimiento en cuyo seno se evidencian **irregularidades** (bases de licitación, etc.); (ii) identificación de las irregularidades verificadas en el procedimiento; (iii) expectativas económicas insatisfechas o lesionadas (perjuicio patrimonial) en relación a entidad pública contratante.

		- Necesidad de «procesar» toda esa vasta prueba documental vía prueba pericial; la misma que debe determinar el **perjuicio patrimonial** atribuido. Dicha prueba tiene varias fases: (a) Elaboración de Pericia de Oficio y Pericia de Parte; (b) Ratificación y Examen de los peritos; (c) Debate Pericial. - Necesidad de rastrear las **presuntas comisiones** recibidas en las cuentas bancarias de los funcionarios imputados, así como en sus respectivos cómplices o «testaferros».
Tráfico de Influencias:	Intermediación entre sujetos particulares y funcionarios para lograr decisiones de los segundos favorables a los primeros.	- Necesidad de actuar pericias de diversa índole a fin de identificar por ejemplo comunicaciones e interacción entre los sujetos involucrados que evidencien las coordinaciones en torno a las decisiones pretendidas. - Necesidad de rastrear las **presuntas comisiones** recibidas en las cuentas bancarias de los funcionarios imputados, así como en sus respectivos cómplices o «testaferros».
Negociación Incompatible:	Concierto en el contexto de las contrataciones y adjudicaciones estatales para beneficiar intereses de sujetos particulares independientemente del perjuicio patrimonial al Estado.	- Necesidad de actuar pericias de diversa índole a fin de identificar por ejemplo comunicaciones e interacción entre los sujetos involucrados que evidencien las coordinaciones en torno al beneficio particular pretendido. - Necesidad de rastrear las **presuntas comisiones** recibidas en las cuentas bancarias de los funcionarios imputados, así como en sus respectivos cómplices o «testaferros».

VI

De la necesidad de conocer en qué teatro de operaciones desplegaremos nuestras defensas

Debemos averiguar las ventajas y desventajas probatorias y doctrinarias de estar ante una determinada Sala Penal o Colegiado Superior, más aun si entre estas se acentúan las diferencias en el tratamiento de los casos penales, autocalificándose algunas de garantistas en contraposición de otras que califican como representantes de una posición «dura o fáctica»[97]. Si todas las Salas o Colegiados siguen similares criterios, lo cual es bastante raro, no amerita un despliegue de redefinición de la competencia del caso.

Ejemplo de lo primero es el caso de dos internos privados de su libertad el mismo día, compartiendo desde entonces la misma celda, empero uno de ellos es informado que la Sala Penal dispuso su inmediata libertad por exceso del plazo de detención, sin embargo en el caso del segundo, otro Sala Penal resolvió la prolongación del plazo de detención, conllevando que el segundo interno preguntara porqué su compañero recobro su libertad y él no, si ambos estaban privados de su libertad desde el mismo día, a lo que su abogado no supo dar respuesta.

Es importante que el abogado identifique las características de la personalidad del juzgador y su contexto formativo con el propósito de reconocer su reacción frente a la teoría del caso que propondrá la

---

[97] Un indicador de ello lo constituye la resolución de fecha 7 de junio de 2004, Exp. N° 033-01, de la Segunda Sala Penal Especial, en la que los magistrados suscriptores dejaron constancia que: En el Perú se ha originado un debate sumamente interesante, trascedente y crucial acerca del plazo máximo de detención preventiva al que deben estar sometidos los procesados. **Por una lado está la posición (dura o fáctica)** que extiende este plazo en el plazo en el momento actual más allá de los treinta y seis meses (tres años) pudiendo eventualmente llegar hasta los setenta y dos meses (seis años) **y por otro lado la posición (garantista o jurídica)** que concluye que el plazo en todos los supuestos no puede ir más allá de los treinta y seis meses.

defensa. La personalidad del juzgador o su formación permite establecer tendencias de decisión, basadas en estereotipos culturales, que tienen relevancia no accesoria, así el tratadista Reyna Alfaro destaca que los jueces conservadores son más punitivos, las decisiones judiciales provenientes de personas con rasgos conservadores y rígidos suelen ser más punitivas. Esto supone dos cosas: primero, que la proporción de sentencias condenatorias será siempre mayor que la proveniente de otra clase de personas; y, segundo, la intensidad de las consecuencias jurídicas del delito será también mayor[98].

Finalmente, debemos tener presente que la tramitación del expediente desde la denuncia queda fundamentalmente en manos del secretario y los demás empleados, hasta llegar a la sentencia, momento en que realmente el juez toma conocimiento de la causa[99].

---

98 REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Litigación oral*, Jurista Editores, Lima, 2010, p. 88.

99 LABRADA, Pelayo Ariel, *El factor humano en los organismos judiciales*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 16.

VII

Del accionar durante la etapa preliminar o investigación preparatoria

En un gran porcentaje de procesos penales gubernamentales el acopio de material probatorio, que servirá de viada para la instauración, derrotero y desenlace de un proceso penal se verifica a nivel preliminar o durante la investigación preparatoria. En este estadío incipiente de la formación de una causa probable, debemos reparar en la influencia de los medios de comunicación y ONG en la activación, formulación, acogimiento, desarrollo y resolución de la pretensión punitiva, para lo cual responderemos que un manual de litigación no solo debe referirse a lo que debe ser el inicio y culminación de los procesos penales, sino también a lo que acontece en la realidad, esto es, investigaciones y procesos penales en los que se encuentran inmersos, como es obvio, no sólo los titulares de cargos públicos directamente elegidos o investidos por un órgano representativo, sino también a los titulares de cargos públicos nombrados por estos últimos y funcionarios de confianza, así como a los particulares que confluyen con aquéllos en la comisión de supuestos actos delictivos, todo lo cual le otorga una mayor trascendencia que otros casos.

En este orden de ideas, a lo primero que debemos estar alerta es que las noticias periodísticas no devengan en una matriz lineal y sin filtro de avalanchas de denuncias y aperturas de procesos penales, ejemplo de ello son las denuncias que se sustentan o devengan en cajas de resonancia de titulares periodísticos[100], sin que su contenido

---

[100] Desde la óptica periodística se destaca que: «La prensa, virtual nueva fuente de derecho, es capaz de provocar inicios de procesos o al menos de investigaciones fiscales. La prensa es capaz de inhibir a los jueces u obligarlos a buscar el momento adecuado para emitir una sentencia que puede disgustar a la presa. ¿Se atreve un juez a decidir contra la opinión pública supuestamente representada por la prensa?
La independencia del Poder Judicial puede estar en la letra de la Constitución y las leyes que rigen a ese poder del Estado. Eso es la letra. Pero la

haya merecido una mínima actividad corroborativa de parte del titular de la acción penal o que sin que se haya generado un espacio de discusión previo a la decisión de ejercitar la acción penal y con mayor razón de aperturar proceso penal. En esta línea de pensamiento la defensa técnica, también, debe evitar una lineal y superposición de funciones del Fiscal con la del Juez Penal, al acogerse a pie juntillas, hasta con los mismos errores ortográficos - en casos excepcionales-, denuncias fiscales como contenido o parte considerativa de los autos apertorios de instrucción[101].

Ante dicho panorama el abogado litigante debe aperturar espacios de discusión a partir de la producción jurisprudencial del Tribunal Constitucional -superando de esta forma meros legalismos y ritualismo que únicamente se remiten al texto legal, como si lo decisivo para construir un sistema procesal es lo preceptuado en la normatividad ordinaria-, o trasladar o redefinir el tema penal dentro de los cánones de los procesos constitucionales, vía hábeas corpus, jurisdicción donde casos emblemáticos del sub sistema anticorrupción fueron resueltos positivamente para los intereses de los procesados -caso Dionisio Romero o Luchetti-, acorde a ello, el abogado litigante deberá observar las siguientes recomendaciones:

---

música la ponen la calle, la llamada opinión pública, los periódicos, las radios y las televisiones.
El «criterio de conciencia» -el sentido común del juez y su sentido de justicia- es una de las instituciones básicas del Derecho penal. Pero el derecho penalmente existente nos enseña que esa conciencia está perforada por los ruidos de la prensa y la política. Como está perforada también la presunción de inocencia: nadie es culpable mientras no haya sentencia que diga que es culpable. De nuevo, esa es la letra. La música la ponen las sentencias mediáticas: el dictamen irresistible de los medios de comunicación. Con frecuencia, los jueces ignoran la debida presunción de inocencia y dictan órdenes de de carcelería, para después investigar. Ordenar prisiones, encarcelar, detener, como pruebas de productividad jurisdiccional. Productividad comprobada por un buen titular de prensa. La noticia se convierte en certificado de buena conducta, una prueba irrefutable de que fiscales, jueces, policías y procuradores están justificando su salario. Ver: Salcedo, José María, *El libro de las sospechas*, Norma, Lima, 2005, pp. 205 y ss.

101 Ejemplo extremo de ello lo constituye la circulación del mismo soporte informativo de las esferas del fiscal provincial a la Juez Penal, o los casos en los que se expiden mandatos de detención sin que previamente se cuente con el respaldo de un auto apertorio de instrucción debidamente motivado, bajo el argumento de la urgencia de que no fugue del país el denunciado.

a) En primer lugar, debemos traducir los conceptos abstractos de las leyes y planteamientos dogmáticos a términos empíricos y operacionalizables en el campo del litigio[102].

b) Desplegar actividad probatoria refutativa de la pretensión punitiva en ciernes –a nivel preliminar– especialmente contraargumentando los denominados informes especiales de contraloría o las transcripciones de los videos, vía, por ejemplo, con la respectiva pericia de parte; en este orden de idea, no debe limitarse a ser un mero observador de cómo se va construyendo el relato histórico incriminador a nivel preliminar sino erigirse en un protagonista negativo de la tesis punitiva en ciernes.

c) Conocido los términos de la formulación de la pretensión punitiva, corresponde informarnos de la misma y previamente a la expedición del auto apertorio del proceso o denegatorio del mismo, la defensa técnica deberá postular los contra argumentos, debidamente acompañado con la prueba de descargo, de ser el caso; al respecto debemos hacer uso, desde dicho estadio postulatorio, los acuerdos plenarios o jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia de la República y Tribunal Constitucional, lo cual de entrada implica elevar los estándares de discusión observados por el Fiscal quien en la generalidad de los casos obvia dichos referentes jurisprudenciales obligatorios para los órganos jurisdiccionales[103].

d) Ante la contundencia de elementos probatorios de cargo o influencias exógenas –por ejemplo presión mediática o de las ONG–, desde la etapa preliminar o en otros fueros, por ejemplo el Congreso, debemos implementar la defensa técnica y acentuar la proactividad del investigado en la dilucidación de la *notitia criminis*, por ejemplo aportando su versión de los hechos; de esta forma, ante la inevitabilidad de instaurar proceso penal, debemos priorizar en demostrar la innecesaridad de

---

[102] SOBRAL FERNÁNDEZ, Jorge y PRIETO EDERRA, Ángel, *Psicología y Ley. Un examen de las decisiones judiciales*, Eudema, Madrid, 1994, p. 6.

[103] En este orden de ideas, la defensa técnica debe ser diestra en el desarrollo jurisprudencial en materia de prueba indiciaria, ya que dicho tópico ha venido siendo el soporte de sendos procesos penales, cuya aplicación no ha sido la más satisfactoria y menos aun se ajustan a la exigencias de la producción jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y Tribunal Constitucional.

decretar mandato de detención, por ejemplo, acentuando su arraigo, o ausencia de peligro procesal, a partir, verbigracia, de su presencia y concurrencia durante la investigación preliminar.

En esta línea argumental, debemos dominar el arte de la oportunidad, no debemos demostrar prisa, ya que el apuro descartaría *per se* argumentos que en otros contextos tendrían eco, debemos convertirnos en especialistas en el arte de detectar el momento propicio para cada cosa, para lo cual debemos descubrir las tendencias resolutivas vigentes; en síntesis debemos mantenernos a la expectativa cuando el momento propicio no haya llegado, y a golpear con fuerza cuando la oportunidad le sea propicia, interiorizando la idea que, en la generalidad de los casos, los primeros inculpados inmersos en los procesos penales no tienen muchas posibilidades de salir airosos.

VIII

De los espacios de litigación a nivel preliminar o durante la investigación preparatoria, desarrollados por el Tribunal Constitucional

El trabajo del titular de la acción penal consiste en proponer una hipótesis delictivas con su respectivo soporte probatorio corroborativo; por su parte la tarea de la defensa técnica no es en principio contraponer o superponer a la hipótesis fiscal una hipótesis o relato histórico alternativo, sino fundamentalmente en refutar y destruir –destacando sus falencias y debilidades, por ejemplo–, la postulación del ejercicio de la pretensión punitiva. Por su parte el rol del órgano jurisdiccional es recorrer el *iter* reconstructivo observado por el fiscal en la construcción de la causa probable incoada, debiéndose abstenerse el Juez Penal a la tentación de relevarlo o reemplazarlo en dicha función monopólica, al pretender, por ejemplo, reestructurar, tácita o explícitamente, las bases probatorias o la calificación jurídico penal de la pretensión punitiva, reconduciendo por ejemplo los pilares probatorios –verbigracia de prueba directa a la prueba indiciaria– esto es, decir que si bien no concurre prueba directa –como lo afirmó el fiscal– sino prueba indiciaria[104].

Una de las ideas que debemos interiorizar, consiste en que durante la investigación preliminar o investigación preparatoria y como corolario de ello, el estadio postulatorio de la pretensión penal debe observarse el debido proceso, puestos de relieve y desarrollados por el Tribunal Constitucional, conforme exponemos a continuación:

---

[104] El CPP de 2004 implica una clara separación y delimitación de funciones de los sujetos procesales en las diversas etapas del proceso penal. El fiscal es el director de la investigación preparatoria, la que realiza con apoyo de la Policía; es el titular de la acción penal pública y la parte acusadora en el juicio oral. Consiste en la recolección de informaciones, datos, evidencias, indicios y demás elementos que sirvan para crearle certeza respecto a la existencia de un delito o de la responsabilidad de sus autores. SALAS BETETA, Christian, «Relaciones funcionales entre el Ministerio Público y la Policía Nacional durante la investigación preparatoria», en *Investigación preparatoria y etapa intermedia*, Gaceta Penal y Procesal Penal, Lima, 2010, p. 35.

a). Sentencias del Tribunal Constitucional que hacen extensivo el debido proceso con todas sus garantías mínimas a la investigación preliminar:	a).1.- STC N° 2521-2005-HC/TC: «*... En lo que respecta al derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución, cabe señalar que dicho atributo fundamental forma parte del «modelo constitucional del proceso», cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse debido. En ese sentido,* ***la exigencia de su efectivo respeto no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir, como puede ser la actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional.*** *De esta forma, el debido proceso no solo es un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino también una institución compleja que desborda el ámbito meramente jurisdiccional....».* **a.2).- STC N° 5228-2006-HC/TC:** «*...De igual modo, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional realice el control constitucional de los actos del Ministerio Público tiene su sustento en el derecho fundamental al* ***debido proceso. Este derecho despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, en aquella fase del proceso penal en el cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato constitucional previsto en el artículo 159° de la Constitución.*** *Claro está, que* ***las garantías previstas en el artículo 4° del Código Procesal Constitucional, que no son sino la concretización de los principios y derechos previstos en el artículo 139° de la Constitución serán aplicables a la investigación fiscal previa al proceso penal siempre que sean compatibles con su naturaleza y fines, los mismos que deben ser interpretados de conformidad con el artículo 1° de la Constitución, según el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado ...».***
b). Sentencias del Tribunal Constitucional que proscriben la arbitrariedad del Ministerio Público:	**STC N° 5228-2006-HC/TC:** «*... Principio de interdicción de la arbitrariedad [...] «... el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que pros-*

	criben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica...» «... Principio de legalidad en la función constitucional [...] *«.. El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley ...».*
c). Sentencias del Tribunal Constitucional que acentúan la rigurosidad que debe observar la pretensión punitiva (principio de imputación necesaria):	El principio de imputación necesaria, que constituye *«una manifestación del principio de legalidad y del principio de defensa procesal»*, que obliga a que desde la fase de instrucción con motivo de la formalización de la denuncia fiscal y auto de instrucción, los cargos deben ser y estar debidamente precisados. La doctrina ha señalado que la acusación *«es el medio procesal mediante el cual se informa a una persona, imputado, que como resultado de una investigación, se tiene suficiente evidencia para considerarlo posible responsable de un hecho punible, y que se solicitará a un Juez (o un jurado) que así lo declare»* - véase, Bernal Cuéllar, Jaime. Montenegro Lynett. El Proceso Penal. Universidad Externado de Colombia, dos mil cuatro, página ciento noventa y nueve-. Asimismo, un requisito esencial de dicho acto procesal lo constituye la *descripción precisa* de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad; que, aún cuando la norma no haya hecho referencia expresa a dicha exigencia, esto constituye una derivación del principio de imputación necesaria, y que inclusive ha sido materia de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional en los expedientes números tres mil trescientos noventa y seis guión dos mil cinco guión PHC guión TC y el ocho mil ciento veintitrés guión dos mil cinco guión PCH guión TC. Que; este precepto a su vez permite un adecuado ejercicio del derecho de defensa del justiciable, pues de lo que se trata es que pueda contar con *«una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan»* (Reátegui Sánchez, James. El control constitucional en la etapa de calificación del proceso penal, Palestra Editores, Lima dos mil ocho, página diecisiete).

Un caso paradigmático de la contravención de las exigencias anotadas lo constituye, por ejemplo, una pretensión punitiva por delito de colusión desleal, sin que en la denuncia exista referencia alguna a algún perjuicio patrimonial al Estado, existiendo únicamente referencias fácticas al supuesto direccionamiento en la elección de determinadas empresas contratantes; incurriendo en arbitrariedad puesto que el sustento fáctico-probatorio de la misma soslaya manifiestamente las exigencias probatorias que se corresponden con el elemento defraudación al Estado. En efecto, una posición de la jurisprudencia del ilícito penal de colusión destaca que este delito no se agota en la constatación del elemento concertación sino que exige como supuesto de hecho definitorio la verificación de un perjuicio patrimonial al Estado; y en ese sentido se exige la cuantificación de éste a través de una prueba pericial que dé cuenta de la cuantía del perjuicio.

En efecto, a partir de la jurisprudencia del subsistema anticorrupción, se comprueba que la mínima acreditación del elemento perjuicio no solamente es asumida por las Salas Penales Anticorrupción, sino por el propio Ministerio Público, cuyas Fiscalías Superiores Penales Anticorrupción han solicitado archivamiento de la acusación en aquellos casos en que, análogamente a las circunstancias del presente, no se ha acreditado el perjuicio patrimonial. Sólo por citar un ejemplo, concretamente, la Tercera Fiscalía de este circuito, en el muy conocido Caso Salvataje a favor del Banco Wiese, dictaminó el archivamiento de la imputación por Colusión Desleal que recaía en contra de los funcionarios del Ministerio de Economía y Superintendencia al asumir que estos operadores actuaron ejecutivamente al amparo de una normativa excepcional que se implementó para atender dicha emergencia financiera específica.

De esta forma, aquella concepción según la cual el Ministerio Público está obligado a perseguir todos los delitos hasta las últimas consecuencias, ha quedado completamente desterrada. No es ya doctrina dominante, menos aún constituye un criterio a seguir. La tendencia procesal penal actual resalta lo contrario, esto es, la facultad de desestimar aquellos casos que carecen de relevancia penal o que de por sí jamás debieron ser sometidos a investigación preliminar. De esta manera, el principio de legalidad procesal penal, considerado en la antigua concepción procesal (propia del sistema inquisitivo), ha sido abandonada.

La importancia de esta concepción radica en que, con mucha frecuencia los sistemas de persecución penal reciben casos que, en estricto rigor, no configuran delitos. Son, si se quiere, falsos casos: jamás debieron ingresar al sistema. La denuncia es, en el mejor de los casos, un error. La causa es de otra naturaleza, o de cualquier otra jurisdicción, o tal vez no configure un caso judicial en absoluto. De ahí que actualmente se provea al Ministerio Público de herramientas jurisprudenciales y normativas para no invertir esfuerzo en estas causas parece sensato. Al contrario, obligarlo a llevar adelante estos casos parece ser puro derroche de recursos. Esta facultad es particularmente relevante a la luz de la práctica habitual de los litigantes en nuestros sistemas que buscan disfrazar problemas políticos o de otra índole como acciones penales, en la esperanza de que el rigor del proceso penal ensombrezca cierta parcela de la administración pública.

La investigación preliminar o preparatoria debe contar con un vínculo probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado. Para que el Fiscal admita realizar una investigación preliminar, requiere que previamente se satisfagan ciertos requisitos. Entre éstos:

a) que los hechos constituyan delito,
b) que existan los mínimos elementos que permitan hacer una hipótesis provisional de delito,
c) que no hayan prescrito y
d) que el supuesto autor se encuentre debidamente identificado.

Existen diversas denuncias que lo único que hacen es obstaculizar la labor tanto de la Fiscalía como de la Policía. Efectivamente, si un Fiscal diera trámite a todas las denuncias que se le presentan se vería atiborrado de trabajo, descuidando los casos con relevancia penal que sí merecen ser investigados. El Fiscal no está obligado a abrir investigación preliminar en todas las denuncias que recibe. El Fiscal debe rechazar de plano aquellas que no tengan ninguna significación o relevancia penal, no obstante la presión mediática. Es en este campo donde ingresan denuncias que no constituyen realmente delitos.

IX

De los estándares constitucionales sobre cómo debe estar formulada la imputación en el auto de procesamiento

a) Respecto a la exigencia de precisión de los cargos imputados y los elementos de prueba en que se funda:	STC N° 8125-2005-PHC/TC del 14/11/2005: Esta sentencia establece los siguientes parámetros en materia de motivación de un auto de apertura de instrucción: «... No cabe duda que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que: «El auto sera **motivado** y contendrá en forma precisa los **hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación**, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado». «... En otras palabras, **la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa**; es decir, una **descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan**, (...) **no (...) una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa** ...».
b).- Respecto a la interdicción de una subsunción penal arbitraria:	STC N° 2758-2004-PHC/TC del 23/11/2004: Esta sentencia establece lo siguiente: «... [existe] afectación del principio de legalidad penal (...) en aquellos casos en los que, al aplicar un tipo penal o imponer una sanción, el juez penal se aparte del tenor literal del precepto o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores ...».
c).- Respecto a la interdicción de una imputación incongruente (ausencia de correspondencia lógica entre los datos fácticos reseñados en el auto de apertura y el delito instruido):	Además de las precitadas exigencias, de la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional N° 00728-2008-PHC/TC (13.10.2008). Caso Guiliana Llamoja] resulta posible inferir una exigencia más en torno a cómo debe estar formulada una imputación en un auto de procesamiento. En efecto, el caso es que esta Sentencia ha establecido los diferentes tipos de motivación deficiente que puede dar lugar a la nulidad de la resolución judicial objeto de control. Una de ellas es la motivación incoherente, es decir aquella que evidencia incongruencia interna en la relación entre la decisión y sus premisas fácticas. Así, a partir de lo dicho, cabe colegir que resulta absolutamente pasible de nulidad aquel auto de procesamiento que contenga una **imputación incoherente**, esto es, aquella que evidencie una **falta de correspondencia o congruencia lógica entre el delito imputado y los datos fácticos considerados en el propio auto.**

Conforme al artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, una vez recibida la denuncia de parte del Fiscal Provincial, el Juez Penal debe proceder a expedir el correspondiente auto que abre la investigación judicial, **siempre y cuando: a) el hecho denunciado constituya el delito imputado; b)** se haya individualizado a su presunto autor; y **c) la acción penal no haya prescrito;** en cuyo caso contrario, esto es, en ausencia de algunos de estos presupuestos, **corresponderá dictar el Auto de No ha Lugar.**

La necesaria constatación de los requisitos antes precisados se condice con el hecho de que el propio Tribunal Constitucional ha establecido la exigibilidad de un **debido proceso al interior de una investigación preliminar, y la interdicción de todo tipo de arbitrariedad por parte del Ministerio Público al ejercer su función de persecutor público, resultando por demás exigible a dicho órgano el que no puede postular denuncias carentes de elementos probatorios que den sustento a las exigencias típicas de los delitos denunciados.**

En efecto, el Supremo Intérprete en su **Sentencia N° 02521-2005-HC. FJ. 05,** ha establecido que la exigencia de un **efectivo respeto al debido proceso «... no solo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando este participa en un proceso judicial, sino también (...)[al interior de una] actividad investigatoria que desarrolla el fiscal penal en sede prejurisdiccional....».** Más aún, el Tribunal Constitucional, en su **Sentencia N° 06167-2005-HC. FJ. 28.,** no dejando ninguna duda respecto a la exigibilidad de tales garantías propias del debido proceso en fase de investigación preliminar, **además de puntualizar que la actuación fiscal debe ser consecuente con la probabilidad del delito denunciado, ha reiterado también la sujeción de aquella al ordenamiento constitucional no pudiendo ser arbitraria,** habiendo así precisado lo siguiente: «... Respecto a la actividad probatoria y el grado de convicción al que debe arribar el fiscal en el transcurso de esta investigación previa al proceso penal, (...) no se requiere que exista convicción plena en el fiscal ni que las actuaciones estén completas, sólo se necesita que las investigaciones arrojen un resultado probabilístico razonable, en orden a la realidad de un delito y de la vinculación delictiva del imputado o imputados (...). Sin embargo, desde una perspectiva constitucional, resulta insuficiente valorar la actuación fiscal en sus propios términos legales; se requiere de su confor-

midad con los mandatos constitucionales de respeto a los derechos fundamentales y al ordenamiento jurídico constitucional...»; y agrega: «... es posible afirmar que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica; enfatizando: «... El fiscal actúa como defensor de la legalidad y representante de la causa pública en el proceso penal. En efecto, el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley ...».

En este punto debemos significar que un buen número de denuncias evidencia una premisa metodológica equívoca confundiendo que si bien el grado indiciario del acervo probatorio de una denuncia es suficiente como sustento, ello no la exime en absoluto de formular una imputación con referencias fácticas o hechos base concretos en relación a cada uno de los presupuestos típicos del delito denunciado acompañado de sus respectivos elementos probatorios.

1. De las exigencias y de las garantías vinculadas al auto apertorio de instrucción

(a) STC N° 8123-2005-PHC/TC. / STC N° 4989-2006-PHC/TC.	
FJ. 37: «... la (...) **individualización** resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77 del Código de Procedimientos Penales, **obligación judicial** que este Tribunal considera debe ser efectuada con criterio constitucional de razonabilidad, esto es, comprender que **nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse con que la persona sea individualizada cumpliendo no solo con consignarse su identidad (nombres completos)** en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, *contra los que resulten responsables*, hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo 126, publicado el 15 de junio de 1981),	

sino que, al momento de calificar la denuncia, será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados ...»	***Se desprende como exigencia del TC para apertura de proceso: Control del Juicio de Imputación del Fiscal.- Dicho control exige 02 verificaciones: (i) Individualización fáctica. (Detalle del aporte fáctico de todos y cada uno de los imputados). (ii) Individualización jurídica (Diferenciación del título de imputación – autor / cómplice - de cada uno de ellos).**
FJ. 40: «... la protección constitucional del derecho de defensa del justiciable supone, a la vez, la **obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción. Esta no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le imputan, sino que comporta una ineludible exigencia, cual es que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa. Es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan**, y no como en el presente caso, en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada que limita o impide al procesado un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa ...».	***Se desprende como exigencia del TC para apertura de proceso: Descripción cabal del hecho imputado en correlación con su respectivo material probatorio.**
(b) STC N° 7181-2006-PHC/TC.	
FJ. 11: «... si bien, por regla general, la tipificación penal y la subsunción de las conductas ilícitas no son objeto de pronunciamiento en este tipo de procesos [hábeas corpus], nada impide que se lleve a cabo un control constitucional sobre la cuestionada resolución por afectación al derecho a la adecuada motivación de las resoluciones judiciales. En tal sentido, este Colegiado aprecia que **si bien en el auto de apertura de instrucción (fojas 8-9) se exponen enunciativamente los hechos denunciados y se concluye que los mismos configuran el tipo penal recogido en el artículo** 376° del Código Penal (delito de abuso de autoridad) **no se advierte, por el contrario, la existencia de motivación alguna que justifique objetiva y razonablemente la subsunción de las conductas realizadas por los recurrentes en el tipo penal atribuido.** Más aún si no se ha realizado ninguna fundamentación de las razones que sustentarían el hecho que los recurrentes, en su calidad de árbitros, puedan ser considerados funcionarios públicos ...».	***Se desprende como exigencia del TC para apertura de proceso: Control del Juicio de Tipicidad o de Subsunción de los hechos imputados en el delito denunciado.-**

2. De la garantía erigida por la Doctrina a partir de las exigencias constitucionales antes precisadas: La garantía de la imputación penal concreta o de imputación «necesaria»

a. Definición/Fundamento

¿Qué es la garantía de la imputación penal concreta o imputación «necesaria»?	«... Es un derecho de los justiciables a obtener de los órganos estatales explicaciones concretas de los cargos que se le imputan, y es obligación de los órganos estatales brindar esa (...) información a los justiciables. **Es una obligación porque proviene de la motivación de las resoluciones judiciales y del correcto juicio de tipicidad; y se trata de un derecho porque proviene del derecho de defensa que le asiste a todo ciudadano al cual le imputan un hecho criminoso ...»**[105].
El derecho de defensa como fundamento prevalente de esta garantía.	Así, «... La imputación «necesaria» «... sólo debe servir dentro de un proceso penal **para que el imputado tenga la información «necesaria» para que pueda ejercer eficazmente su derecho de defensa, tanto material como técnica**. Por ello, (...) deberá estar focalizada en aquella resolución que marca del inicio del procesamiento penal...»[106].

b.- Manifestaciones de la garantía de la imputación concreta

Exigencia de la individualización jurídica o exigencia de que se diferencie el título de imputación del imputado desde el auto de inicio del proceso penal.	«... El Tribunal Constitucional quiere que el juzgador penal, cuando inicia un procesamiento penal, «exprese» simplemente en su resolución judicial si dicho imputado es «autor» o «partícipe», pero no le exige que efectivamente esté «convencido» si tal título de imputación le corresponde o no, ya que ese grado de convencimiento será determinado más adelante con el acopio de las pruebas. Castillo Alva sostiene que «(...) el principio de imputación necesaria no solo debe cumplir con describir el hecho, la específica modalidad de conducta, o ante pluralidad de imputaciones o imputados, precisar cada uno de sus aportes, sino que debe necesariamente cumplir con establecer la distinción entre los autores (los que ostentan el dominio del hecho o infringen el deber institucional) y los partícipes, cómplices o instigadores que lesionan el bien jurídico de modo accesorio ...»[107].

---

105 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *El control constitucional en la etapa de la calificación del proceso penal*, p. 83.

106 *Ibidem*, p. 85.

107 *Ibidem*, pp. 69 y ss.

Exigencia de la individualización fáctica del imputado desde el auto de inicio del proceso penal.	«... El concepto de individualización no sólo debe ser de «tipo personal», es decir, de tener certeza sobre la identificación (datos personales) del denunciado / imputado, sino que el concepto de individualización debe tener una connotación más amplia de «tipo factual», es decir, personalizando en la medida de lo posible el grado de aporte del denunciado / imputado en los hechos, para que así la defensa – material y técnica – sea ejercida de manera eficiente [...] El requisito fáctico del principio de imputación necesaria debe ser entendido como la exigencia de un relato circunstanciado y preciso de los hechos con relevancia penal que se atribuyen a una persona ...» [108]
El control del juicio de subsunción o juicio de tipicidad como deber inherente a dicha garantía	«...La imputación concreta exige (...) un esfuerzo por definir ex ante (...) los contornos de la tipicidad de la conducta del sujeto procesado; se exige una suerte de adelantamiento de la futura tipicidad por la cual debe ser procesado el imputado (...). No se exige un proyecto de sentencia cuando se emita un auto de apertura de instrucción sino sólo que los contornos por los cuales debe girar la defensa del imputado esté «suficientemente garantizada» (...) Y es que **el auto de apertura de instrucción debe convertirse en el instrumento principal no sólo que garantice una debida motivación en aspectos fácticos y jurídicos, sino que garantice el derecho a la defensa de quienes están involucrados en un proceso penal ...»** [109].
El control del juicio de subsunción del auto de apertura no debe agotarse con el juicio de tipicidad objetiva sino que debe importar también un pronunciamiento en torno a las causas de justificación.	**«... resulta incorrecto decir que cuando se emite el auto de apertura de instrucción sólo se valora la tipicidad de la conducta, ya que también debe pronunciarse, de ser el caso, sobre las posibles causas de justificación (antijuridicidad)...»** [110].

[108] *Ibidem*, p. 71.
[109] *Ibidem*, p. 80.
[110] *Ibidem*, p. 47.

c. Sustrato de la garantía de la imputación concreta: Control de la función del fiscal

La garantía de la imputación concreta «... no implica la verificación y valoración de los indicios suficientes de los recaudos contenidos y acompañados de la denuncia; importa la comprobación de si el fiscal en el caso concreto ha cumplido con los deberes constitucionales y legales de ejercer con responsabilidad su función. En todo caso, la imputación necesaria y la imputación certera no deben superponerse en sus funciones, sino complementarse en orden de progresión, es decir, a medida que avanza el procesamiento penal se debe dejar a salvo el principio de imputación penal necesaria y debe pasarse a otro criterio garantístico: afianzar la imputación penal certera que abarca generalmente dos extremos: en primer lugar, la acreditación de la comisión del delito y, en segundo lugar, la responsabilidad definitiva del imputado ...»[111].

d. De las exigencias constitucionales en torno a la actuación fiscal que compete controlar jurisdiccionalmente al calificar denuncia

(a) STC N° 5228-2006-PHC/TC.	
«... La razonabilidad del plazo máximo de investigación fiscal «... La Constitución (artículo 159°) ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales, destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como dispone el artículo 159° inciso 5 de la Constitución. Si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, **en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido, y por ende sometido a la Constitución, no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales. ...»** «... En realidad, ésta es una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto éstos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el	***Se desprende como parámetros fijados por el TC en relación a la investigación preliminar:** **(i) Se fijan límites a la actuación fiscal a partir de la transversalidad del debido proceso a esta etapa y, por ende, a la exigencia de respeto a los derechos fundamentales del investigado en esta fase de investigación preliminar. En dicho marco constituye una garantía enfatizada la del plazo razonable que debe observar el Ministerio Público.** **(ii) En contrapartida, se consagra el principio de la interdicción de la arbitrariedad del Fiscal, quien queda prohibido de instrumentalizar la investigación de cara a una persecución penal sin sustento jurídico y desprovisto de razonabilidad.** **(iii) En tal sentido, se exige al**

[111] *Ibidem*, pp. 85 y ss.

ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares...» «... el contenido principal de la presunción de inocencia comprende la interdicción constitucional de la sospecha permanente. De ahí que **resulte irrazonable el hecho que una persona esté sometida a un estado permanente de investigación fiscal o judicial. Ello es así en la medida que si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para tal efecto se exija la concurrencia de dos elementos esenciales: 1) que exista una *causa probable* y 2) una *búsqueda razonable* de la comisión de un ilícito penal...».** «... De igual modo, la posibilidad de que el Tribunal Constitucional realice el control constitucional de los actos del Ministerio Público tiene su sustento en el **derecho fundamental al debido proceso. Este derecho despliega también su eficacia jurídica en el ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales; es decir, en aquella fase del proceso penal en el cual al Ministerio Público le corresponde concretizar el mandato constitucional previsto en el artículo 159° de la Constitución. ...»** «... **Precisamente, una de las garantías que se deriva del derecho fundamental al debido proceso aplicables a la etapa de investigación fiscal es el que ésta se realice dentro de un plazo razonable.** Legislativamente no se ha previsto un plazo máximo para la investigación fiscal, por lo que le corresponde a este supremo intérprete de la Constitución, ponderar y concordar los deberes del Estado social y democrático de Derecho que están reconocidos en el artículo 44° de la Constitución –garantizar la plena vigencia de los derechos fundamentales y proteger a la población de las amenazas contra su seguridad– con el artículo 159° que erige al Ministerio Público como titular de la acción penal y representante de la sociedad en los procesos judiciales...» «... para la determinación de si en una investigación prejurisdiccional hubo o no *diligencia* por parte del fiscal a cargo de la investigación deberá considerarse, de un lado, la realización o no de aquellos actos que sean conducentes o idóneos para la formalización de la denuncia respectiva. (...) **En ese sentido, habrá inactividad fiscal aún cuando se lleven a cabo actos de investigación que no tengan relación directa o indirecta con el objeto de investigación. Más aún, la falta de diligencia fiscal no puede ser soslayado por aseveraciones o infundios acerca de la conducta del investigado o de terceros;** por cuanto, de realizarse una conducta ilícita de personas vinculadas al proceso, sólo cabe realizar una denuncia a fin de no incurrir en el posible delito de omisión de denuncia, previsto en el artículo 407° del Código Penal. ...»	**Fiscal como baremos de legitimidad de su actuación, una metodología que trasunte el despliegue de actos de investigación idóneos para el objeto de la investigación desplegada en relación al delito específico por el cual denuncia. Acorde a ello, se le exige ser un portador de una causa probable (entiéndase una denuncia formalizada respecto a determinado delito en particular con un mínimo de prueba en relación a los presupuestos de de dicho delito).**

X

El Juez de la Investigación Preparatoria como defensor de la Legalidad y las Garantías

Como lo destaca el destacado catedrático y Juez Supremo Neyra Flores, el Juez Penal, en las etapas de investigación e intermedia, esencialmente, es uno de garantía y de legalidad de actuaciones[112]; acorde a ello, los Jueces Supremos de lo Penal, integrantes de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, pronunciaron el Acuerdo Plenario N° 4-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, en la que se abordó el tema referido a la Audiencia de Tutela[113].

1. Aspectos generales

El artículo 71° del NCPP prevé los derechos del imputado y, específicamente, en el apartado cuatro regula la denominada «Audiencia de tutela». Esta figura legal está prevista en la Sección Cuarta «El Ministerio Público y los demás sujetos procesales», Capítulo Primero «El imputado», Título II «El imputado y el abogado defensor» del Libro Primero «Disposiciones Generales» del Nuevo Código Procesal Penal -en adelante, NCPP-.

Prescribe la citada norma que: «*1. El imputado puede hacer valer por sí mismo, o a través de su Abogado Defensor, los derechos que la Constitución y las Leyes le conceden, desde el inicio de las primeras*

---

[112] NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del Nuevo Proceso Penal y de Litigación Oral*, Idemsa, Lima, 2010, p. 212.

[113] En dicha audiencia con relación al tema que aborda el presente Acuerdo sustentaron su ponencia los señores Mario Rodríguez Hurtado -en representación del Instituto de Ciencia Procesal Penal- y Frescia Sisi Villavicencio Ríos -en representación de la Escuela de Formación Procesal Penal Garantista - Huaura-, las mismas que se tuvieron en cuenta para la discusión del presente Acuerdo Plenario, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo PRÍNCIPE TRUJILLO. Se establecieron como doctrina legal los criterios expuestos en los fundamentos jurídicos 10° al 19°.

liligencias de investigación hasta la culminación del proceso... 4. Cuando :l imputado considere necesario que durante las Diligencias Preliminares o :n la Investigación Preparatoria no se ha dado cumplimiento a estas lisposiciones, o que sus derechos no son respetados, o que es objeto de medidas limitativas de derechos indebidos o de requerimientos ilegales, puede acudir :n vía de tutela al Juez de la Investigación Preparatoria para que subsane la omisión o dicte las medidas de corrección o de protección que correspondan. La solicitud del imputado se resolverá inmediatamente, previa constatación de los hechos y realización de una audiencia con intervención de las partes».

Los derechos fundamentales son aquellos que se encuentran incluidos en la Constitución Política como norma constitutiva y organizativa del Estado que son considerados como esenciales en el sistema político y que están especialmente vinculados a la dignidad humana. Es decir, son aquellos derechos que dentro del Ordenamiento Jurídico disfrutan de un *estatus* especial en cuanto a garantías –de tutela y reforma–.

Es así que el reconocimiento y la preocupación por la plena vigencia de estos derechos son acontecimientos que cuentan con una relevancia trascendental, pues los mandatos de la Constitución adquieren una gran influencia, no sólo porque ocupa la posición de primer nivel en el ordenamiento jurídico –artículo 138°, segundo párrafo– sino porque materialmente en el proceso penal los derechos en conflicto son fundamentales, de relevancia constitucional, al estar integrados el derecho de punir que corresponde al juez –artículos 138° y 139°. 10 de la Constitución– con los derechos del imputado que también están protegidos constitucionalmente –artículo 14–[114].

De lo expresado en el fundamento jurídico precedente se desprende que la Constitución, especialmente en su artículo 139°, ha reconocido un conjunto de derechos y principios procesales del que se derivan un conjunto de consecuencias en orden tanto a los derechos y garantías de los justiciables, cuanto a los límites de los poderes públicos. En este orden, es que la Constitución ha incorporado un conjunto de garantías genéricas y una extensa relación de garantías específicas que tienen que ver con una vasta relación de cláusulas de relevancia constitucional que definen los aspectos de la jurisdicción penal, la formación del objeto procesal y el régimen de actuación de las partes.

---

[114] SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, p. 79.

Las garantías procesales genéricas son aquellas normas generales que guían el desenvolvimiento de la actividad procesal. En ocasiones sirven para reforzar el contenido de las garantías específicas. Su valor se acrecienta cuando se amparan en ellas garantías concretas que, por la circunstancia que fuere, no quedaron incluidas de modo expreso en la Constitución. Estas son:

i) El debido proceso (artículo. 139° inciso 3).

ii) El derecho a la tutela jurisdiccional (artículo 139° inciso 3).

iii) El derecho a la presunción de inocencia (artículo 2° inciso 24. «e»).

iv) El derecho de defensa (artículo 139° inciso 14).

La Constitución se convierte así en el referente por antonomasia, no solo del legislador procesal sino de toda actuación de los encargados de la persecución penal, y de las personas que de una u otra manera se ven vinculadas a un caso penal. Esta afirmación implica un deber de protección de los derechos fundamentales durante todo el proceso penal, lo que no significa la omisión de tutelar otros bienes o valores jurídicos constitucionalmente valiosos, en la medida que tales derechos son relativos y no absolutos. Por ello, el Tribunal Constitucional ha sostenido que el respeto de los derechos fundamentales de los procesados no es incompatible con el deber de los jueces de determinar, dentro de un proceso penal debido, la responsabilidad penal del imputado [STC N° 9081-2006-PHC/TC, del 1 de junio de 2007].

2. La audiencia de tutela. Alcances

Los derechos fundamentales deben gozar de mayor protección y por ello es que a nivel procesal la Audiencia de tutela es uno de los principales aportes del nuevo sistema procesal. Los derechos protegidos a través de esta Audiencia son los que se encuentran recogidos taxativamente en el artículo 71° del NCPP. Son los siguientes: (i) conocimiento de los cargos incriminados, (ii) conocimiento de las causas de la detención, (iii) entrega de la orden de detención girada, (iv) designación de la persona o institución a la que debe avisarse de la detención y concreción inmediata de esto, (v) posibilidad de realizar una llamada, en caso se encuentre detenido, (vi) defensa permanente por un abogado, (vii) posibilidad de entrevistarse en forma privada con su abogado, (viii) abstención de declarar o declaración voluntaria, (ix) presencia de abogado defensor en la declaración y en todas las

diligencias que requieran su concurso, (x) no ser objeto de medios coactivos, intimidatorios o contrarios a la dignidad, ni ser sometidos a técnicas o métodos que induzcan o alteren la libre voluntad, (xi) no sufrir restricciones ilegales, y (xii) ser examinado por un médico legista o por otro profesional de la Salud, cuando el estado de salud así lo requiera. En salvaguarda de su efectiva vigencia, de esta audiencia de tutela pueden emanar resoluciones judiciales que corrijan los desafueros cometidos por la Policía o los Fiscales, así como también protejan al afectado.

La finalidad esencial de la audiencia de tutela es, entonces, la protección, resguardo y consiguiente efectividad de los derechos del imputado reconocidos por la Constitución y las leyes. Desde esta perspectiva, el Juez de la Investigación Preparatoria se erige en un Juez de Garantías durante las diligencias preliminares y la investigación preparatoria ejerciendo su función de control de los derechos ante la alegación del imputado de que se ha producido la vulneración de uno o varios de sus derechos reconocidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, responsabilizando al Fiscal o a la Policía del agravio. En otras palabras, su finalidad esencial consiste en que el Juez determine, desde la instancia y actuación de las partes, la vulneración a derecho o garantía constitucional prevista en la citada norma y realice un acto procesal dictando una medida de tutela correctiva -que ponga fin al agravio-, reparadora -que lo repare, por ejemplo, subsanando una omisión- o protectora.

Un aspecto vital que es de destacar es que la tutela de derechos es un mecanismo eficaz tendiente al restablecimiento del *statu quo* de los derechos vulnerados, que encuentra una regulación expresa en el NCPP, y que debe utilizarse única y exclusivamente cuando haya una infracción -ya consumada- de los derechos que asiste al imputado. Como puede apreciarse, es un mecanismo o instrumento procesal que se constituye en la mejor vía reparadora del menoscabo sufrido, y que incluso puede funcionar con mayor eficiencia y eficacia que un proceso constitucional de habeas corpus[115].

Dicho de otro modo, la Tutela de derechos es instrumento idóneo para salvaguardar las garantías del imputado y, a su vez, regular las

[115] ALVA FLORIÁN, César A., *La Tutela de Derechos en el Código Procesal Penal de 2004*, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 13.

posibles desigualdades entre perseguidor y perseguido. Esta institución procesal penal es por tanto uno de los principales mecanismos para realizar el control de legalidad de la función del fiscal, quien deberá conducir y desarrollar toda su estrategia persecutoria siempre dentro del marco de las garantías básicas, siendo consciente que cualquier acto que traspase el marco de los derechos fundamentales podrá ser controlado por el Juez de la Investigación Preparatoria. Queda claro entonces que en el nuevo modelo procesal penal es fundamental la idea de control en el ejercicio del *ius puniendi* estatal.

En este sentido, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales constitucionales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede con las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°. 1, 343°. 2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 23 I°.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado [Rodríguez Hurtado, Mario, Ponencia presentada para la Audiencia Pública del VI Pleno Jurisdiccional se las Salas Penales de la Corte Suprema]. En esa misma línea, no podrá cuestionarse a través de la tutela la inadmisión de diligencias sumariales solicitadas por la defensa durante la investigación, pues, para este efecto rige lo dispuesto en el artículo 337°.4 del NCPP.

Ahora bien, lo expuesto en el fundamento jurídico precedente no significa que el imputado o su abogado defensor puedan cuestionar a través de la audiencia de tutela cualquier tipo de disposición o requerimiento que haga el fiscal, pues solamente se pueden cuestionar los requerimientos ilegales que vulneran derechos fundamentales relacionados con los enumerados en el artículo 71° numerales del 1 al 3 del NCPP. Por lo tanto, aquellos requerimientos o disposiciones fiscales que vulneran derechos fundamentales pero que tienen vía propia para la denuncia o control respectivo, no podrán cuestionarse a través de la audiencia de tutela. En efecto, ocurre que el NCPP ha

establecido en varios casos mecanismos específicos para ventilar asuntos relativos a los derechos básicos del imputado, como sucede como las audiencias de control del plazo de las diligencias preliminares o de la investigación preparatoria formalizada (artículos 334°. 1, 343°.2) o con aquella que sustancia el reexamen de la intervención de las comunicaciones telefónicas o análogas (artículo 231.3). Por ello no es errado afirmar que la audiencia de tutela es residual, esto es, opera siempre que el ordenamiento procesal no especifique un camino determinado para la reclamación por un derecho afectado

Siendo ello así, el Juez de la Investigación Preparatoria está obligado a convocar a audiencia de tutela si se presenta una solicitud para la tutela del respeto a un derecho fundamental que no tiene vía propia. No obstante, debe de realizar una calificación del contenido de la solicitud porque eventualmente el agravio puede constituirse en irreparable si se cita a audiencia, por lo que en este caso excepcionalmente puede resolver de manera directa y sin audiencia. Asimismo, no está obligado a convocar a audiencia de tutela en los casos que aprecie manifiesta intención del imputado o de su abogado defensor de obstruir la labor de investigación de la fiscalía en vez de debatir sobre la existencia de un agravio de derechos. El Juez, por tanto, está habilitado para realizar un control de admisibilidad de la petición respectiva y, en su caso, disponer el rechazo liminar, cuidando siempre de verificar cada caso en particular para no dejar en indefensión al imputado.

Por otro lado, si bien los actos de investigación realizados por el Ministerio Público gozan de amparo legal por tratarse de la autoridad pública encargada de la ejecución del delito, ello no implica que sean inatacables o incuestionables, puesto que han de sujetarse a la ley y al principio de objetividad. Es decir, estos actos de investigación podrán quedar viciados o excluidos, según el caso, si se vulneraron derechos fundamentales que se encuentran recogidos en el artículo 71° NCPP, esto es, si por ejemplo se efectuó su detención sin haberle puesto en conocimiento al imputado de los derechos fundamentales que le asisten, por lo que el Juez en audiencia de tutela dictará las medidas que correspondan de acuerdo a ley.

Asimismo, a través de la audiencia de tutela se podrá solicitar la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente –en los casos en que ésta sea la base de sucesivas medidas o diligencias– siempre que no

exista una vía propia para alcanzar este propósito y que tenga que ver con la afectación o vulneración de alguno de los derechos fundamentales del imputado reconocido en el artículo 71° NCPP. La posibilidad de atacar el material probatorio obtenido ilegalmente deriva del reconocimiento del principio de legitimidad de la prueba -axioma que instruye que todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, y que carecen de efecto legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona- que se encuentra establecido en el artículo VIII del Título Preliminar del NCPP y de la utilización de la prueba -regulado en el artículo 159° del acotado Código- que establece que el Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona. Lo anotado hace viable que en la Audiencia de tutela se cuestionen los elementos probatorios obtenidos mediante procedimientos ilegales o viciosos y que una vez comprobada su ilicitud el Juez determine su exclusión, como medida correctiva o de protección.

Otro de los problemas recurrentes que es del caso abordar en el presente acuerdo es el relativo al cuestionamiento de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria a través de la Audiencia de Tutela, es decir, si es posible activar -desde la defensa- una vía de control judicial de la referida disposición fiscal. Sobre el particular y, en principio, debemos descartar esta posibilidad, fundamentalmente porque, como se ha enfatizado, la vía de la tutela sólo está habilitada para aquellos casos en los que se vulnere algunos de los derechos esenciales asociados en términos amplios a la defensa. Por lo demás debe quedar claro que la Disposición en cuestión es una actuación unilateral del Ministerio Público y no puede ser impugnada ni dejada sin efecto por el Juez de la Investigación Preparatoria. Cumple una función esencialmente garantista: informa al imputado de manera específica y clara acerca de los hechos atribuidos y su calificación jurídica, esto es, el contenido de la imputación jurídico penal que se dirige en su contra. Además, ya en el proceso formalmente iniciado, las partes pueden hacer uso de los medios de defensa técnico para evitar un proceso en el que no se haya verificado los presupuestos esenciales de imputación. Piénsese por ejemplo en la declaración de

atipicidad a través de la excepción de improcedencia de la acción o en la de prescripción ordinaria, si es que antes de la Formalización de la Investigación Preparatoria se cumplió el plazo correspondiente.

En síntesis, es de afirmar que la Tutela de Derechos es una garantía de específica relevancia procesal penal, que puede usar el imputado cuando ve afectado y vulnerado uno o varios derechos establecidos específicamente en el artículo 71° del NCPP, quien puede acudir al Juez de Investigación Preparatoria para que controle judicialmente la legitimidad y legalidad de los actos de investigación practicados por el Ministerio Público y repare, de ser el caso, las acciones u omisiones que generaron el quebrantamiento del derecho de las partes procesales. La vía de tutela judicial sólo podrá hacerse efectiva durante las diligencias preliminares y en la investigación preparatoria propiamente dicha.

XI
De la prueba pericial

1. De la Problemática actual y sus respectivos efectos (desde la experiencia en el sub sistema anticorrupción)

Se parte de la premisa de que si bien la problemática del aporte pericial a los procesos da cuenta de inconvenientes y limitaciones logísticas-operativas; empero, la experiencia casuística evidencia de que estos no solamente no son los únicos, sino que existen otros problemas estructurales, o de fondo, por sus alcances y repercusión en los plazos del proceso y en el resultado mismo de éste. Así se tiene:

Problema:	Casuística de la que se extrae la identificación del problema:	Efectos en el proceso:
(a) Problemas en torno a la designación de los peritos.	- Designación de peritos de Contraloría y no del Registro de Peritos Judiciales - REPEJ.- Designación de peritos de la extinta CONATA.	- Disconformidad de las partes vía **tachas recurrentes (con el consiguiente efecto negativo que apareja la insatisfacción del justiciable frente a los operadores intervinientes en el proceso)** por el no aseguramiento de imparcialidad de parte de peritos que pertenecen a Contraloría, por ser éste un órgano que por lo general fiscaliza a los procesados en este tipo de delitos con anterioridad a la judicialización del caso.
(b) Problemas de ausencia de parámetros en la metodología y análisis.	- Elaboración de pericias no instrumentales de cara al *thema probandum* con el consiguiente dispendio inoficioso de recursos y tiempo (por imprecisión, vaguedad o generalidad del **encargo, por designación a peritos de profesión que no se corresponde con el tipo**	- Invasión de algunas pericias respecto a lo que es competencia exclusiva del juez, emitiendo apreciaciones o juicios especulativos, subjetivos o de propia «cosecha» por estar desvinculados del expediente, que las descalifican y que obligan el juez lejos de remitirse a dichas conclusiones o a tener que subrogarlos y ordenar nuevas pericias

	de pericia encargada o por falta de monitoreo o control de su cumplimiento) que motiva un libre arbitrio absoluto del perito en sus requerimientos informativos (sobre-abundantes o impertinentes), y en su análisis y conclusiones que rebasan sus límites inherentes circunscritos a sus constataciones de lo que estrictamente obra en los expedientes.	o a tener que realizar un análisis paralelo, desvinculado y autónomo que apareja en algunos casos lesividad al contradictorio por cuanto las pericias de parte se concentran en una réplica al análisis de la pericia de oficio; máxime en los supuestos en los delito de naturaleza tal cuya dilucidación se supedita en demasía a tales pericias.

2. De los aspectos positivos del Nuevo Código Procesal en la cobertura a dichos problemas

Problema:	Cobertura con el Nuevo Código Procesal Penal
(a) Problemas en torno a la designación de los peritos:	Artículo 173° Nombramiento: «... El Juez competente (...) escogerá especialistas donde los hubiere (...) en su defecto, los hará **entre los designados o inscritos según las normas de la Ley Orgánica del Poder Judicial...**» ***[entiéndase REPEJ]***.». **«La labor pericial se encomendará, sin necesidad de designación expresa** al Laboratorio de Criminalística de la PNP, a la Dirección de Policía contra la Corrupción y el Instituto de Medicina Legal, así como a los organismos del Estado que desarrollan labor científica o técnica ...» Artículo 174° Procedimiento de designación y obligaciones del perito. «... 2. **La disposición o resolución de nombramiento precisará el punto o problema sobre el que incidirá el problema».** Artículo 175° Impedimento y subrogación del perito. «... 3. **El perito de parte será subrogado, previo apercibimiento, si demostrase negligencia en el desempeño de la función ...»**
(b) Problemas de ausencia de parámetros en la metodología y análisis:	Artículo 178° Contenido del informe pericial oficial. «... 1. **El informe de los peritos oficiales contendrá ...»** (...) c). La exposición detallada **de lo que se ha comprobado** en relación al **encargo. 2. El informe pericial no puede contener juicios respecto a la responsabilidad o no responsabilidad penal del imputado en relación al hecho delictuoso materia del proceso.**

3. Los peritos

En los procesos penales en materia de delitos gubernamentales, uno de los aspectos probatorios más relevante de cara a la resolución de un proceso penal en el que subyace un desmedro patrimonial, lo constituye **la intervención de los peritos**, la que se verifica desde la etapa preliminar vía, verbigracia los informes especiales de contraloría, lo que per se, desde la óptica de la defensa técnica constituye una ventaja y desafío a la vez, ya que parte importante de la dilucidación del *thema probandum* se traslada a un espacio técnico y objetivo[116], donde se entiende existen menos resquicios para la subjetividad y arbitrariedad; en este orden de ideas, debemos observar el siguiente iter procedimental en materia pericial.

3.1. Selección de peritos

La selección de un experto es ahora más importante. Ustedes tienen que asegurarse, antes de escoger a sus peritos, que ellos puedan sobrevivir al escrutinio del Juez o de los integrantes del Colegiado. Por lo que, resulta recomendable que el informe pericial resulte concordante con los estándares de exigencias establecidos por el órgano judicial decisor plasmado en sus precedentes judiciales. En este orden de ideas, el perito debe estar en óptimas condiciones para absolver, por lo menos, las siguientes exigencias: **i).-** demuestre su formación profesional, **ii).-** demuestre claramente como arribó a sus conclusiones, **iii).-** que sus opiniones se centren en aspectos nucleares del tipo penal, de cara a refutarlos desde la óptica de la defensa, **iv).-** ¿cuál es el índice de error de las conclusiones de la pericia?, **v).-** ¿El basamento de la pericia de parte tiene los mismos o mayores referente documental o informativo que los esgrimidos en la pericia de oficio?, iter que podría arrojar la posibilidad de que esta última haya obviado información relevante, **vi).-** ¿Es su metodología generalmente aceptada?, **vii).-** ¿Por qué, en suma, sus opiniones son relevantes y confiables?, y **viii).-** La trayectoria y especialidad del perito de qué forma contribuye a la confiabilidad de sus conclusiones.

---

[116] La doctrina destaca que vemos cada vez más peritos en toda clase de proceso. Es un acontecimiento diario. Casi todos los procesos actualmente tienen peritos. MAUET, Thomas A., *Estudios de técnica de litigación*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 20.

Interrogantes que debemos ensayar vía simulacro, ya que se espera, que sean auscultados bajo un microscopio, máxime, si se tratan de procesos penales por delito de connotación patrimonial como son, los delitos de peculado, malversación de fondos, colusión desleal, enriquecimiento ilícito, etc, en los que, en su mayoría, resulta inevitable un prolijo examen y en la mayoría de las veces un debate pericial[117].

3.2. Examen de los peritos

Se deben analizar las conclusiones, sus bases y la metodología de la pericia. Análisis que atendiendo a las particularidades del caso puede abarcar, previamente, a la persona del perito, en los supuestos de duda de su objetividad e imparcialidad, más aun tratándose de un caso impulsado probatoriamente fundamentalmente o exclusivamente por la pericia, como son los casos de peculado, enriquecimiento ilícito y otros.

El perito debe demostrar como alcanzó sus conclusiones y cuáles son sus fuentes fidedignas, un perito que pide a un juez aceptar su declaración por fe, porque él es el experto, resulta insuficiente.

3.3. Marco analítico para que el Juez efectúe esa decisión

El análisis no solo debe reparar en las conclusiones arribadas por el perito, sino reparar en la metodología observada por este, el Juez tiene poderes extraordinarios, toda vez que formalmente constituye perito de peritos; de esta forma, una sentencia que solo se remite a las conclusiones periciales sin que previamente haya abordado sus pilares.

4. El tratamiento jurisprudencial de la prueba pericial

(Alcances de la excepcionalidad de no ratificación o examen de los suscriptores de los informes o dictámenes emanados de instituciones oficiales - Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116):

4.1. Introducción

Se fija como antecedente jurisprudencial del Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, la Ejecutoria del 26 de abril del 2006, R.N. N° 3927-2005, ejecutoria que versó sobre el delito contra la libertad-

---

117 Ver: MAUET, Thomas A., *Estudios de técnica de litigación*, Jurista Editores, Lima, 2007, p. 34.

violación sexual de menor de catorce años, en el que se puntualizó que: *la ausencia de ratificación por los peritos del certificado médico legal practicado a la menor agraviada no enerva su valor probatorio, pues dicha instrumental no ha sido objetado de falso o incorrecto, y en tal sentido el interrogatorio a los especialistas que lo emitieron no resulta necesario para la contradicción del informe en el juicio oral*[118]; por otro lado, se deja constancia que *el tema abordado rebasa los aspectos tratados en las Ejecutorias Supremas analizadas,* por lo que se incorporan *los fundamentos jurídicos correspondientes necesarios para configurar una doctrina legal y disponer su carácter de precedente vinculante.*

Fijado los anteriores antecedentes, circunscribimos como problemas concatenados y progresivos el referido a la virtualidad procesal de las pericias cuyos peritos suscriptores no fueron examinados durante el juicio oral, y si resulta plausible sustentar una sentencia condenatoria en base a una pericia no ratificada o cuyos profesionales suscriptores no se ratificaron durante el plenario. Por otro lado, estableceremos algunas pinceladas respecto a la operatividad de dicha excepcionalidad en el marco de los delitos contra la Administración Pública.

4.2. Problematización y metodología

Iniciaremos el desarrollo del presente ítem diseccionando y sistematizando los tópicos abordados y desarrollas por el aludido acuerdo plenario, complementándolo con otros dispositivos legales y aportes teórico-jurisprudenciales[119], para luego formularnos interrogantes guías que progresivamente intentaremos responder;

---

[118] Se concluye *que, por consiguiente, no cabe en principio admitir una vulneración de los principios de oralidad, inmediación y contradicción –ello no significa que si la defensa considera que debe interrogar a los autores del informe médico no tenga derecho a hacerlo, sino, simplemente que tal interrogatorio no es condición ineludible para la validez de la prueba–, máxime si el objeto de refutación es solamente el aspecto procesal del informe pericial –que no haya sido ratificado–, pues no está en discusión los hechos sobre los que ha recaído el dictamen –supone un tácito consentimiento del mismo por la ausencia de impugnación en tiempo hábil respecto al resultado.*

[119] En cuanto a la bibliografía revisada merece especial mención la obra titulada: La prueba en el proceso penal - Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Aranzadi, Pamplona 1996, del tratadista español RIVES SEVA, Antonio Pablo. De igual forma, resulta de suma importancia las clases dictadas por el Maestro César SAN MARTÍN CASTRO, en el seminario de Derecho Procesal Penal: *Análisis de los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema.* (Instituto de Ciencia Procesal Penal-01 al 29 de abril 2008).

finalmente, a modo de conclusión, tomaremos postura sobre los alcances de la «doctrina legal» a la que arriba el pleno jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, incidiendo en el espectro aplicativo de las reglas de excepción de la ratificación y examen de los peritos, con especial mención de los delitos contra la Administración Pública que se vienen tramitando ante el sub sistema anticorrupción.

Entre las interrogantes que guiarán el desarrollo del presente artículo emergen las siguientes:

1. ¿Cuál es la virtualidad procesal de las pericias cuyos peritos suscriptores no fueron examinados durante el juicio oral?
2. ¿Resulta plausible sustentar una sentencia condenatoria en base a una pericia no ratificada o cuyos profesionales suscriptores no fueron examinados durante el plenario?
3. ¿Cuáles son los alcances de la excepcionalidad del examen de los peritos en el plenario en relación a los delitos contra la Administración Pública?

4.3. Delimitación de la discusión

a) Origen del debate

La problematización en torno a *la virtualidad procesal de pericias no ratificadas* –que tiene como elementos definitorios su *complejidad y especiales características*–, está referido a los supuestos de no disponibilidad o ausencia de los señores peritos –con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales– durante el desarrollo del juicio oral, por cuanto, su concurrencia al plenario *impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia.*

Inconvenientes que conllevaría a su no actuación en el juicio oral, su sede natural, lo que a la postre podría ocasionar los siguientes efectos al momento de la resolución de la causa: **i)** configuración de la causal de nulidad de la sentencia condenatoria sustentada probatoriamente, justamente, en una pericia no ratificada, al haberse infringido lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 259 del Código de Procedimientos Penales[120], y **ii)** exclusión de la pericia no ratificada

[120] Artículo 259 del CdePP.: Concluidas las declaraciones de los testigos, se **examinarán a los peritos o técnicos citados, tomándoseles juramento o promesa de honor de decir la verdad.**

como medio de prueba, lo que viabilizaría la expedición de una sentencia absolutoria, esto último, se acentúa tratándose de procesos penales en los que se ventilan delitos en los que para su dilucidación la pericia deviene en gravitante, verbigracia, los procesos penales por enriquecimiento ilícito[121].

Ante este posible escenario resolutivo el acuerdo plenario establece, inicialmente, que la no actuación del examen pericial no es causal de nulidad de la sentencia, esto es, que la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento, ni de exclusión de la pericia como medio de prueba.

b) Posturas del debate:

I.- Fundamentos para la obligatoriedad del examen pericial:	II.- Fundamentos para la no obligatoriedad del examen pericial:
La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias pre- procesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259 del Código de Procedimientos Penales. **Esa es la regla general en materia pericial**, que concreta **el principio de contradicción**, y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple **los principios de inmediación y publicidad.**	Es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido de los principios de contradicción, inmediación y publicidad –cuando el dictamen o informe pericial– **que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral –(i).- no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales** o **(ii).- cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados** que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona –primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo–, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con **un aspecto relevante documental, no es condición ineludible de la pericia** que como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio.

[121] Art. 401 del CP.: El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente. **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.**

4.4. Definiciones básicas

a) Peritos.- Los peritos, como sucede con los testigos, son terceros, es decir, no intervienen en el proceso como partes, sino que prestan su colaboración con el Tribunal, en orden a los conocimientos especializados que tienen, y pueden ofrecer unas determinadas conclusiones para el enjuiciamiento de los hechos que no son vinculantes para el juzgador. El perito informa, asesora, descubre al Juez los procesos técnicos o las reglas de experiencia de que él puede carecer, pero nunca le sustituye porque no se trata de un Tribunal de peritos o expertos, sino de una colaboración importante y no determinante por sí de la resolución judicial[122].

Es de precisar que no solo son aquellos nombrados individualmente por el juez, pues actualmente la actividad pericial –legalmente reconocida– la realiza **(a)** los órganos públicos u oficiales como tales, integrados por expertos dedicados a la labor pericial y sujetos a estrictos marcos administrativos, por ejemplo, el Instituto de Medicina Legal y los peritos de la Policía Nacional, a través de sus laboratorios o de sus equipos profesionales que desarrollan su labor en sus propias dependencias o adscritos a los órganos del Ministerio Público o del Poder Judicial (en la estructura de la Policía Nacional aparece como órgano de apoyo la Dirección de Criminalística [*vid.* Art. 21 LOPNP, N 27238, y art. 13. 5 del Reglamento de la LOPNP, Decreto Supremo Nº 008-2000-IN]); y **(b)** instituciones profesionales (*vid.* Art.275 TUO LOPJ)[123].

---

[122] Rives Seva, Antonio Pablo, La prueba en el proceso penal – Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, Aranzadi, Pamplona 1996, p. 229. Agregando que los peritos no vinculan con sus conclusiones a los Tribunales, salvo que se trate de pericias que respondan a conocimientos técnicos de carácter especial y sometido a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas cuyos enunciados no se pueden alterar por el arbitrio o discrecionalidad de los jueces.
Por otro lado, los peritos están limitados a emitir afirmaciones tales como «el acusado es inocente», «el acusado es inimputable», «tal testigo dice la verdad». Tampoco es admisible la opinión sobre cuestiones de estricto derecho, salvo que haya patente imbricación con materia técnica extralegal. Por supuesto, no siempre es fácil distinguir entre pura cuestión de derecho y cuestión mixta de hecho y de derecho. La ayuda al juzgador consiste en el testimonio del perito sobre cuestiones técnicas o científicas que le permitan al juzgador hacer la inferencia jurídica. Ver al respecto: Chiesa, Ernesto L., *Tratado de Derecho Probatorio*, t. I, (Publicaciones *JTS*, 2005), p. 514.

[123] San Martín Castro, César, *Derecho procesal penal*, tomo I, Grijley, Lima, 2003, p. 698.

Siguiendo esta línea argumental resulta homologable la pericia institucional a la pericia de oficio, esta última cuya designación corresponde al Juez Penal[124]; en consecuencia, ante la preexistencia de un informe o dictamen emanado de instituciones oficiales no será necesario la designación de peritos durante la instrucción o el desarrollo del proceso.

b) Dictamen pericial.- El Acuerdo Plenario N 2-2007/CJ-116, en el numeral 8, del ítem II (de los fundamentos jurídicos) establece que no resulta necesaria la designación de peritos por el Juez, en los supuestos de la preexistencia de informes o dictámenes de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –cuando emite los denominados «Informes Especiales»–, que gozan de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia[125]; a partir de ello, podemos colegir que la evacuación del informe de las instituciones oficiales en cuestión son equiparables a lo que en puridad constituye el dictamen pericial, esto es, el dictamen expedido por los señores peritos designados por el Juez Penal.

---

[124] Los actos previos de designación de los peritos [que no será del caso cuando se trata de instituciones oficiales dedicadas a esos fines, como la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –cuando emite los denominados «Informes Especiales»–, que gozan de una presunción iuris tantum de imparcialidad, objetividad y solvencia]. Ver el numeral 8, del ítem II de los fundamentos jurídicos del acuerdo plenario examinado.

[125] Si la diligencia pericial practicada en el procedimiento preliminar no fuere reproducible como prueba en el acto de la vista oral, dadas sus circunstancias, podría adquirir carácter de prueba preconstituida si habiéndose llevado a efecto con cumplimiento de todos sus requisitos y garantías no fuera impugnada o se aportara contrapuesta con tal intención. [Ver MONTÓN REDONDO, Alberto; MONTERO AROCA, Juan, y otros, *Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, Valencia, 2001, p. 305].
En nuestro medio el maestro SAN MARTÍN CASTRO señala que la actividad pericial, puede incluso ser extraprocesal o provenir de otro proceso, esto es, aquella practicada antes del proceso o fuera del mismo, así dicha actividad puede producirse con inmediata anterioridad al nacimiento del proceso penal, detentando el carácter de pruebas preconstituidas, pasibles de ser presentadas antes de iniciarse la instrucción, en sede preliminar –policial o fiscal– con ocasión de levantarse el Atestado o las actuaciones fiscales, de suerte que pueden denominarse, como precisa Climent Duran, informe pericial policial (incluimos, por nuestra parte, el informe pericial fiscal, de suerte que ambos pueden designarse genéricamente preliminar). Ver: SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, p. 695.

Lo cual no es óbice para solicitar la ampliación del dictamen o la designación de otros para la dilucidación de extremos no desarrollados o deficientemente abordados.

Por su parte el Tribunal Constitucional en la sentencia de fecha 18 de febrero del 2005, Exp. N° 4032-2004-AA/TC, estableció que *es admisible la inclusión en el proceso del «informe» cuestionado, dado que, en este caso, no se trata de una nueva «pericia» y menos aun que esta vaya a sustituir a la pericia que como pieza propia del proceso penal corre en el expediente respectivo, sino más bien de un medio de prueba documental sometido como tal a la valoración del juez.*

4.5. Marco legal en materia de prueba pericial

a) Marco legal citado por el acuerdo plenario

I.- Durante la instrucción:	I.- Durante el juicio oral:
El título VI «Peritos» del Libro Segundo «De la instrucción» del Código de Procedimientos Penales regula, entre otros aspectos, el nombramiento, número, plazo y emisión del dictamen o informe pericial, así como la entrega del citado dictamen o informe y **el examen** de los peritos por el Juez Penal. Esa diligencia sumarial – el examen pericial–, según el artículo 168 del citado Código, **es obligatoria para el Juez y su realización debe cumplir con el principio de contradicción**, a cuyo efecto debe citarse a las partes, cuya concurrencia es facultativa.	El Título III «Audiencias» del Libro Tercero «Del Juicio» de la Ley Procesal Penal prevé la concurrencia de peritos al acto oral. El artículo 259 del citado Estatuto dispone que los peritos, cuando se les cite, **serán examinados** por las partes procesales y el Tribunal, sin perjuicio de que los dictámenes periciales – presentados en la instrucción o en la audiencia – se lean obligatoriamente.

b) Marco legal complementario durante la instrucción o preprocesal (Código de Procedimientos Penales y Código Procesal Penal)

1.- Art. 65 (peritajes realizados por la policía):	En los laboratorios y gabinetes de la Policía Judicial se realizarán los peritajes que las investigaciones exijan. Los profesionales que estén a cargo de ellos o formen parte de la institución serán designados de preferencia con el carácter de peritos oficiales.
2.- Art. 160 (nombramiento de peritos):	El juez instructor nombrará peritos, cuando en la instrucción sea necesario conocer o apreciar algún hecho importante que requiera conocimientos especiales. Este nombramiento se comunicará al in-

	culpado, al Ministerio Público y a la parte civil.
3.- Art. 161 (número de peritos):	Los peritos serán dos, y el juez instructor deberá nombrar de preferencia a especialistas donde los hubiere, y, entre éstos, a quienes se hallen sirviendo al Estado. A falta de profesionales nombrará a persona de reconocida honorabilidad y competencia en la materia. Si el juez instructor designa peritos que no estén al servicio del Estado, en el mismo auto les fijará honorario.
4.- Art. 162 (plazo de entrega):	En el mismo decreto en que se nombre peritos deberá determinarse el plazo en que han de presentar su dictamen, cuidándose de que este plazo sea suficiente.
5.- Art. 163 (requerimiento a peritos):	Los peritos que retarden el dictamen serán compelidos a emitir dentro de 48 horas.
6.- Art. 164 (excusa de los peritos):	Los peritos pueden excusarse por las mismas causas que permiten a los testigos negarse a prestar declaración.
7.- Art. 165 (tacha de peritos):	El inculpado puede tachar a los peritos por las mismas causas que a los testigos. El juez investigará los hechos en que se funde la tacha. Si ésta resulta comprobada, nombrará a otros peritos. La tacha no impide la presentación del dictamen. El inculpado y la parte civil pueden nombrar, por su cuenta, un perito, cuyo dictamen se añadirá a la instrucción.
8.- Art. 166 (urgencia de reconocimiento):	Si las circunstancias exigen un inmediato reconocimiento por temor de que se borren las huellas del delito, el juez instructor podrá ordenar que lo practiquen uno o dos peritos. En este caso, no es necesario dictación alguna, y la operación deberá practicarse dentro de las 24 horas. El dictamen emitido en esta forma podrá ser sometido al estudio o de otros peritos, designados conforme a los artículos anteriores, los cuales, a su vez, reconocerán, en cuanto sea posible, las cosas que fueron materia del primer dictamen. Para el examen que debe seguir a la entrega de los informes, serán también citados los peritos que hicieron el primer reconocimiento.
9.- Art. 167 (ratificación y debate pericial):	Los peritos entregarán, personalmente, sus dictámenes al juez instructor, quien, en ese mismo acto, les tomará juramento o promesa de decir la verdad y los examinará como si fuesen testigos, preguntándoles si ellos son autores del dictamen que presentan, si han procedido imparcialmente en el examen y en la información que suscriben, y todas las circunstancias que juzgue necesario aclarar y que se deriven ya de los hechos que se conocen por la instrucción ya de los que resulten de los dictámenes. Si hubiere contradicción

	en los dictámenes, el juez abrirá un debate, en que cada uno de los peritos exponga los motivos que tienen para opinar como lo hace, debiendo el juez exigirles que redacten, en síntesis, los argumentos expuestos. Los peritos no pueden negarse a dar las explicaciones que el juez les pida. Deberán llevarse a esta diligencia las personas o cosas materia del dictamen pericial, siempre que sea posible.
10.- Art. 243 (informe de peritos en materia de lesiones):	En caso de lesiones corporales el Fiscal exigirá que los peritos determinen en su informe el arma o instrumentos que las haya ocasionado, y si dejaron o no deformaciones y señales permanentes en el rostro, puesto en peligro la vida, causado enfermedad incurable o la pérdida de un miembro u órgano y, en general, todas las circunstancias que conforme al Código Penal influyen en la calificación del delito.

c) Marco legal complementario durante el juicio oral (Código de Procedimientos Penales)

1.- Art. 214 (asistencia de peritos):	Cuando el Tribunal acuerde la concurrencia de algunos peritos o testigos, es obligatoria la asistencia de éstos. Su ausencia, sin embargo, cuando el Tribunal resuelva llevar a cabo la audiencia, no anula el procedimiento.
2.- Art. 229, inc. 3 (concurrencia de los peritos en la audiencia):	Dentro de los 3 días de recibido el escrito de acusación el Tribunal resolverá: 3. Cuáles son los testigos y peritos que deben concurrir a la audiencia.
3.- Art. 232 (ofrecimiento de peritos):	Hasta tres días antes de la realización de la audiencia, las partes pueden ofrecer medios probatorios para su actuación en el acto oral, indicando específicamente la pertinencia y el aporte que pudiere obtenerse con su actuación. En el caso de peritos se les identificará y precisará los puntos sobre los que deben declarar o exponer. De esta solicitud se acompañará un número de copias suficientes para cada uno de los interesados, las que la Sala mandará entregar. La Sala ordenará la comparecencia de los peritos, corriendo de cuenta de los interesados los gastos que ella ocasione.
4.- Art. 238 (ofrecimiento de peritos):	Las partes que ofrezcan peritos nuevos estarán obligadas a indicar específicamente la pertinencia y el aporte que pudiera obtenerse con su intervención, identificándolos y precisando los puntos sobre los que deban declara o exponer.
5.- Art. 241 (solicitud de postergación por inconcurrencia de peritos):	Antes de que empiece el debate, el acusado, su defensor, el Fiscal o la parte civil puede pedir que se postergue la audiencia hasta que vengan los peritos citados que no han concurrido o los nuevamente

	ofrecidos. El Presidente preguntará a la otra parte lo que tiene que exponer sobre esta petición, y con su respuesta el Tribunal resolverá inmediatamente, fijando nueva fecha, si acepta la postergación.
6.- Art. 242 (sanción a los inasistentes a la audiencia):	El perito citado por el Tribunal que haya dejado de concurrir sin justa causa debidamente comprobada será penado inmediatamente por el Tribunal Correccional con multa que puede llegar a quinientos soles.

d) Marco legal complementario (Ley Orgánica del Poder Judicial)

1.- Art. 273 (idoneidad):	Los peritos judiciales deben reunir los requisitos que las leyes procesales exigen, tener conducta intachable y figurar en la nómina que remitan las instituciones representativas de cada profesión.
2.- Art. 275 (informes ilustrativos de instituciones profesionales):	Los órganos jurisdiccionales pueden solicitar de oficio a las instituciones profesionales que emitan informes ilustrativos o peritajes sobre asuntos específicos.
3.- Art. 276 (informes o pericias de funcionarios de la Administración Pública):	En caso de que se solicite informes o pericias a los funcionarios de la Administración Pública, estos están obligados a presentar su colaboración bajo responsabilidad, salvo que se afecten las labores a su cargo, a juicio de su superior jerárquico, en cuyo caso deben excusarse.
4.- Art. 278 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (irregularidades):	Las irregularidades cometidas por los peritos en el desempeño de sus funciones son puestas en conocimiento de las instituciones profesionales que los propusieron, sin perjuicio de aplicarse las sanciones que establece la ley.

e) Marco legal complementario de remisión supletoria[126]

1.- Art. 262 del Código Procesal Civil (procedencia):	La pericia procede cuando la apreciación de los hechos controvertidos requiere de conocimientos especiales de naturaleza científica, tecnológica, artística u otra análoga.
2.- Art. 263 del Código Procesal Civil (requisitos):	Al ofrecer la pericia se indicará con claridad y precisión, los puntos sobre los cuales versará el dictamen, la profesión u oficio de quien debe practicarlo y el hecho controvertido que se pretende esclarecer con el resultado de la pericia. Los peritos son designados por el Juez en el número que considere necesario.

[126] Primera disposición complementaria - disposiciones finales del Código Procesal Civil: *Las disposiciones de este Código se aplican supletoriamente a los demás ordenamientos procesales, siempre que sean compatibles con su naturaleza.*

3.- Art. 265 del Código Procesal Civil (actuación):	El dictamen pericial será explicado en la audiencia de pruebas.
4.- Art. 266 del Código Procesal Civil (observaciones):	Los dictámenes periciales pueden ser observados en la audiencia de pruebas. Las observaciones y las correspondientes opiniones de los peritos se harán constar en el acta. Las partes podrán fundamentar o ampliar los motivos de sus observaciones, mediante escrito que debe presentarse en un plazo de tres días de realizada la audiencia. Excepcionalmente el Juez puede conceder un plazo complementario.
5.- Art. 268 del Código Procesal Civil (nombramiento de peritos):	El Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial formula anualmente la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Cuando la pericia no requiera de profesionales universitarios, el Juez nombrará a la persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los Juzgados donde no haya peritos que reúnan los requisitos antes señalados.
6.- Art. 281 (formación de la convicción del Juez):	El razonamiento lógico-crítico del Juez, basado en reglas de experiencia o en sus conocimientos y a partir del presupuesto debidamente acreditado en el proceso, contribuye a formar convicción respecto al hecho o hechos investigados.

4.6. Elementos de la prueba pericial

1.- El reconocimiento pericial:	Reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado.
2.- El dictamen o informe pericial:	Que es la declaración técnica en estricto sentido.
3.- El examen pericial propiamente dicho:	A ellos, de uno u otro modo, se refiere el Código de Procedimientos Penales tanto al regular la instrucción como al normar el juicio oral.

4.7. Conciliación con los otros derechos y principios inmersos en la discusión

I.- No exclusión del derecho de las partes a solicitar la presencia de los peritos, salvo que se trate de pericias	

institucionales o emitidas por órganos oficiales:	1.- Lo expuesto precedentemente no significa que las partes no tienen derecho a solicitar la presencia de los peritos para el examen correspondiente. Solo se tiene en cuenta las características de la prueba pericial – con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales.
II.- Los principios han de acomodarse a la realidad social:	2.- Los principios han de acomodarse a la realidad social – la presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia–, ello sin perjuicio de reconocer que **la actividad impugnativa de la defensa puede cuestionar o atacar el aspecto físico –falsedad– o el aspecto técnico –inexactitud– del informe pericial.** Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericial de parte.
III.- No interés de la realización del examen pericial por los sujetos procesal o su no cuestionamiento expresa o tácitamente:	3.- Si las partes no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes– es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen.
IV.- En todo caso, el análisis de la eficacia procesal estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa.	4.- Por el contrario, si las partes lo solicitan o requerida la concurrencia de los peritos y estos –por cualquier motivo– no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. **En estos casos, la regla será la perdida de la eficacia probatoria autónoma de la pericia,** a menos que las objeciones de las partes –debidamente explicitadas– carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularías, o por ser tardías o extemporáneas.

4.8. De los supuestos habilitantes para relevar el examen de la prueba pericial

Los informes o dictámenes de instituciones oficiales de la Dirección de Criminalística de la Policía Nacional, el Instituto de Medicina Legal, la Contraloría General de la República –«Informes Especiales»–, **en atención a que no sería muy factible su ratificación en el acto del juicio oral,** toda vez, que los informes emanados de dichas instituciones oficiales, **poseen unas garantías técnicas de fiabilidad**

y objetividad[127]**, que obligaría a los profesores integrantes del mismo a un desplazamiento constante por toda la geografía nacional.** Es por ello, que se ha otorgado la validez, y por tanto, la aptitud enervante de la presunción de inocencia, a los informes periciales que gozan de presunción iuris tantum, aunque los peritos dictaminantes no hayan comparecido en el acto del juicio oral[128].

a) Fiabilidad de la pericia

El acuerdo plenario establece como requisito para exceptuar de ratificación o examen a los peritos, que: **(i) no requiera de verificaciones de fiabilidad adicionales** o **(ii) cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados** que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona, primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo.

Los informes periciales deben estar rodeados de suficientes garantías de fiabilidad y no solo en cuanto a su alcance o contenido, sino en cuanto a que quienes los lleven a efecto no estén influenciados por condicionantes externos[129]. Ante dichos supuesto el artículo 165 del Código de Procedimientos establece que *el inculpado puede tachar a los peritos por las mismas causas que a los testigos.* Por otro lado, *los peritos pueden excusarse por las mismas causas que permiten a los testigos negarse a prestar declaración,* conforme lo regula en artículo 164 del citado cuerpo legal.

En cuanto al supuesto de la pericia en que **su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados** –que no solo se basan

---

127 Un ejemplo de cuestionamiento o reconocimiento por parte del propio Estado de las deficiencias técnicas de informes expedidos por instituciones oficiales, lo constituye los informes del Consejo Nacional de Tasaciones - CONATA, que por Decreto Supremo N° 025-2006-VIVIENDA de fecha 8 de septiembre de 2006, quedó desactivado y extinguido (Artículo 2), indicándose que: de los estudios y acciones realizadas por la Comisión Especial Multisectorial para la Arquitectura Gubernamental en Materia de Gestión del Territorio (CEMAG) creada por Resolución Ministerial N° 102-2006-PCM, modificada por la Resolución Ministerial N° 131-2006-PCM, se ha determinado que **CONATA es un organismo centralizado, que no cuenta con un sistema de evaluación eficiente que garantice una adecuada valuación de las propiedades inmuebles en el territorio nacional,** lo que genera un déficit en los niveles de recaudación de las municipalidades y una situación de inequidad entre los contribuyentes del impuesto predial.

128 RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.*, p. 231.

129 MONTÓN REDONDO, Alberto; MONTERO AROCA, Juan, y otros, *op. cit.*, p. 306.

en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona, primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo– se trata de supuesto en que se trate de pericias que respondan a conocimientos técnicos de carácter especial y sometidos a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas cuyos enunciados no se pueden alterar por el arbitrio o discrecionalidad de los jueces[130].

b) De la inacción de la defensa técnica de cara a cuestionar la pericia y la configuración de la doctrina de la tácita aceptación

Han reconocido la validez como medio de prueba de los informes periciales efectuados por organismos oficiales hechos en el trámite de instrucción o a nivel preliminar ***si nadie propone prueba para el juicio oral sobre el mismo extremo***[131]. En efecto en el numeral 9 del ítem II (Fundamentos jurídicos), se establece que: *Si no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso a sus fuentes– es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen.*

La prueba pericial y cuasi pericial en principio, como es norma general en toda clase de prueba, ha de ser practicada en el juicio oral quedando así sometida a las garantías propias de los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación que rigen tal acto; pero puede ocurrir que, practicada en trámite de instrucción, ***conocida así por las partes al darles traslado de la causa para calificación, nadie propusiera al respecto prueba alguna para el acto del juicio, en cuyo caso, por estimarse que hubo una aceptación*** tácita, ***ha de reconocerse aptitud a esas diligencias periciales o cuasi periciales para ser valoradas como verdaderas pruebas,*** máxime si han sido realizadas por un órgano de carácter público u oficial.

Cuando se trata de informes periciales o cuasi periciales sobre circunstancias de hechos fundamentales en la causa penal concreta que se tramite, practicados durante el sumario o diligencias previas, máxime cuando son realizados por organismos oficiales o por funcionarios públicos especializados al respecto (pruebas dactiloscópicas, informes médicos, análisis de sustancias tóxicas, etc.), ***y ninguna de las partes propone prueba alguna sobre ese extremo,*** lo

130 RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.* p. 229.
131 *Ibidem*, p. 230.

que motiva que en el acto del juicio oral nada se practique sobre tal particular, ha de entenderse que hay una aceptación tácita por todas las partes sobre la mencionada pericial, y ello permite que el Juzgado o Tribunal en la instancia pueda considerar como probado el hecho al que se refieren esas diligencias, realizadas durante la fase de instrucción.

Esta doctrina no cuestiona en absoluto la doctrina general atinente a que la prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia debe practicarse en el acto del juicio oral ni tampoco pretende, pues no podría hacerlo respetando la Constitución, invertir la carga probatoria sobre los hechos integradores de una infracción penal, sino únicamente aclara que los hechos que deben ser objeto de prueba son los controvertidos y si sobre una determinada cuestión técnica existe un dictamen técnico en las actuaciones, emitido por Organismos Oficiales **fiables**, que no es cuestionado por la defensa, la acusación puede legítimamente prescindir de llevar al juicio oral a los técnicos informantes, en **evitación de los problemas prácticos que la reiteración de tal comparecencias conllevaría, sin que la defensa que no cuestionó el resultado de la pericia** pueda en apelación, vía recurso de nulidad, negar con éxito su valor probatorio, precisamente porque aceptó expresa o tácitamente su resultado.

En consecuencia, no es conforme con la buena fe procesal cuestionar en los alegatos, ad portas de expedir sentencia, el dictamen pericial en base a argumentos ya identificables desde la etapa de la instrucción, o cuestionarla ante la instancia de revisión aquello que tácitamente fue admitido, pues la parte pudo cuestionar sobre el particular, y si pudo hacerlo y no lo hizo es porque aceptaba su realidad como hecho no discutido.

4.9. Del cuestionamiento oportuno y progresivo del dictamen pericial

El acuerdo plenario sub examine reconoce que la actividad impugnativa de la defensa técnica puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico -falsedad- o el aspecto técnico -inexactitud- del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte.

Por otro lado, si las partes solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y éstos -por cualquier motivo- no concurren, el análisis

de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes -debidamente explicitadas- carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas.

Conforme a la exposición del tratadista César SAN MARTÍN CASTRO[132], en cuanto a la tacha de peritos, debemos puntualizar que a diferencia del derrotero resolutivo conjuntamente con la sentencia, deberá tramitarse y ser resuelta por el Juez Instructor lo más pronto posible, para que, de ser el caso, relevarse a los peritos y designar a otros para contar con la prueba pericial necesaria en el estadio de la resolución de la causa[133]. Lo contrario conllevaría a la inevitable o inminente improcedencia de la tacha al expedirse la sentencia, ya que de lo contrario no se contaría con la prueba pericial para el momento de la compulsa y resolución del caso.

4.10. La acentuación de su faz documental

La solución jurisprudencial expuesta en el acuerdo plenario bajo comento postula que el informe pericial cuyos peritos suscriptores no se han ratificados o no han sido examinados durante el juicio oral **desplegara su eficacia inculpatoria en la etapa decisoria a través de la acentuación de su aspecto relevantemente documental**[134]. Desde esta faz el examen pericial consistirá fundamentalmente en su lectura, en cuanto a lo pertinente, y su debate en el acto oral.

En la medida en la que el recurrente no pretendía sino una ratificación de los peritos ante el Tribunal, los principios que garantizan el juicio justo no se verán perturbados dado que **el informe pericial fue leído en la vista, con lo que ha quedado salvaguardada, y además la Defensa no pretendía combatir las conclusiones**

---

132 Las clases dictadas por el Maestro César SAN MARTÍN CASTRO, en el seminario de Derecho Procesal Penal: *Análisis de los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema* (Instituto de Ciencia Procesal Penal, 01al 29 de abril del 2008).

133 Art.165 del CdePP.: *El inculpado puede tachar a los peritos por las mismas causas que a los testigos. El Juez investigará los hechos en que se funde la tacha. Si ésta resta comprobada, nombrará otros peritos.*

134 El examen pericial, como toda prueba ***con un aspecto relevantemente documental***, ver numeral 8 del ítem II (Fundamentos jurídicos).

mediante el interrogatorio de los peritos, sino simplemente su ratificación, la infracción es puramente formal y no excluye el carácter probatorio de un informe pericial cuyo carácter oficial excluye toda duda sobre la identidad de sus firmantes.

La misma calificación de meramente formalista y por ende, no necesaria, mereció la petición de la defensa de que el perito se ratificase en su informe, **que no había sido oportunamente impugnado,** estimando que fue acertada la decisión de la Audiencia de no suspender el juicio ante la incomparecencia del perito[135].

4.11. Casos típicos en los que puede operar la excepción de examen y ratificación

La jurisprudencia española[136] establece como casos paradigmáticos para que pueda operar las excepciones desarrolladas en los siguientes supuestos: 1.- La prueba pericial dactiloscópica[137]:	En la actualidad se ha abierto paso una corriente jurisprudencial que excusa la necesidad de ratificación judicial cuando el informe proviene de organismos oficiales de carácter nacional. La razón reside en la fiabilidad que *prima facie* ofrecen los informes emitidos por el órgano central; las dificultades de su reproducción en juicio, pues los funcionarios especializados en dicho servicio habrían de acudir a ratificar sus informes en todos los Juzgados y Tribunales de la Nación; y el principio de lealtad procesal que obliga a todos los participantes en el plenario y exige de la defensa, si está provista de razones serias y consistentes, una explícita actividad proponiendo la ratificación de la prueba en el juicio o bien articulando la contraprueba oportuna[138].

---

135 RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.*, p. 232.

136 Ver al respecto RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.*, pp. 232 y ss.

137 Art. 194 del Código de Procedimientos Penales: *Para la investigación del hecho que constituye el delito o para la identificación de los culpables, se emplearán todos los medios científicos y técnicos que fuesen posibles, como exámenes de impresiones digitales, de sangre, de manchas, de trazas, de documentos, armas y proyectiles.*

138 Otras sentencias entienden que: los informes de identificación dactiloscópica de la Policía tienen en sí mismos todos los elementos que permiten su valoración y contradicción; y que para contradecir las conclusiones del informe, la defensa tiene que demostrar que todo el documento es falso o bien que dichas conclusiones se apoyan en menos coincidencias que las científicamente exigidas o, en todo caso, que las semejanzas de las huellas no son tales. Si el informe no se basa en hechos falsos, las partes disponen, por tanto, en el documento mismo de todos los elementos necesarios para la contradicción de sus conclusiones, el interrogatorio personal del técnico no resulta necesario para la contradicción del informe en el juicio oral. En RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.*, p. 236.

2.- Análisis de sustancias estupefacientes:	En principio tienen valor y eficacia que corresponde a la competencia técnica de los organismos públicos de que procedan, con garantía de imparcialidad y objetividad; adquiriendo el valor de prueba de cargo sin necesidad de ratificación en juicio oral cuando ninguna de las partes, ante la incomparecencia del técnico firmante, solicita la suspensión del juicio, lo que equivale a la aceptación tácita de su eficacia.
3.- La prueba pericial grafológica:	Esta pericia no ofrece particularidades propias, por lo que se puede reproducir lo dicho sobre la no necesidad de ratificación en el juicio de los informes emitidos por organismos oficiales si no son impugnados, se estima que la prueba pericial caligráfica efectuada era bastante para emitir un fallo condenatorio por delito de falsedad al no haber sido impugnada.
4.- Informe pericial sobre funcionamiento de armas:	La comprobación de la idoneidad del arma para el disparo necesita una serie de pruebas cuya realización constituye propiamente una prueba pericial, para lo que si bien no es necesario especiales conocimientos técnicos ya que basta con la comprobación de su funcionamiento realizando las oportunas pruebas en una galería de tiro, sí es necesario hacer una serie de comprobaciones sobre los mecanismos que accionan y hacen funcionar el arma.

4.12. Los peritajes en materia de delitos contra la Administración Pública

En el marco de los delitos contra la Administración Pública, ventilados en el sub sistema anticorrupción, explícita o implícitamente, se ha venido construyendo posturas que no homologan los dictámenes o informes emanados de instituciones oficiales (propias de la etapa preliminar) con la pericia de oficio, dispuesta por el Juez Penal. Para tales efecto se esgrime la sentencia de fecha 18 de febrero del 2005, Exp. N° 4032-2004-AA/TC, en el que el Tribunal Constitucional estableció que *es admisible la inclusión en el proceso del «informe» cuestionado, dado que, en este caso, no se trata de una nueva «pericia» y menos aun que esta vaya a sustituir a la pericia que como pieza propia del proceso penal corre en el expediente respectivo, sino más bien de un medio de prueba documental sometido como tal a la valoración del juez*[139].

[139] A lo que debemos agregar la sentencia del 22 de Noviembre del 2005, Exp. N° 2986-2005-PHC/TC, en el que el Supremo Intérprete de la Constitución indico que: *Respecto a la intervención de las psicólogas que presentaron sus informes en*

En este orden de ideas, tenemos los siguientes pronunciamientos:

1.- Sentencia del 5 de Febrero del 2008, Exp. N° 11 -2005, 5ta. Sala Penal Especial:	*El Informe Financiero SBS N° 97 que incluye los Informes ampliatorios N° 55 y 71, emitido por el CEAF-SBS, en que se sustenta la acusación fiscal,* ***tiene valor probatorio referencial*** *al haber consignado información errada, pues los analistas técnicos no tuvieron la posibilidad de verificar la información de las entidades bancarias, tal como lo refirieron en la octava sesión.*
2.- Auto del 18 de Enero del 2007, Exp. N° 061 - 2005, 2da. Sala Penal Especial:	*La pericia es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos por una persona versada en la materia, a fin de que se trate de dilucidar la controversia o el thema probandum que requiere de especiales conocimientos;* ***medio de prueba cuya trascendencia se acentúa atendiendo a las características definitorias del delito sub examine.*** *Elemento probatorio cuya diferenciación con otros, verbigracia informes, ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional al señalar que: «el informe cuestionado (...) no se trata de una nueva pericia y menos aún que ésta vaya a sustituir a la pericia que como pieza propia del proceso penal corre en el expediente respectivo».*

Recientemente el Tribunal Constitucional recalcó la necesidad de contar con un peritaje efectuado por un órgano neutral, en efecto, en el marco de la sentencia del 9 de noviembre de 2011, Exp. N° 02568-2010-PHC/TC, Lima, Lina Del Carmen Amayo Martínez, destacó que:

---

la etapa de investigación prejurisdiccional, debe hacer notar que éstas, posteriormente, se ratificaron en cuanto al contenido de dichos ***documentos,*** *en los que además se advierte la participación del Representante del Ministerio Público y del abogado del beneficiado en el presente proceso, constando que éste último formuló preguntas a la profesional declarante. Por consiguiente, este Colegiado considera que en la medida en que dichos medios probatorios* ***han sido oralizados*** *en el proceso, con las garantías que la Constitución establece, la intervención de las psicólogas no invalida lo actuado en el proceso siendo además que* ***el valor probatorio de sus informes será el que les otorgue el juzgador al momento de la decisión.*** *En lo relativo a la afectación al debido proceso al no haberse aplicado el artículo 160 del Código de Procedimientos Penales, este Colegiado considera que en la medida que dicha disposición establece el nombramiento de peritos en los procesos penales, corresponde al juez seguir el trámite para tal efecto, pero ello en modo alguno enerva la posibilidad que pueda desarrollarse o presentarse peritajes cuyo valor probatorio será, como ya quedó expuesto, el que el juzgador les asigne; en todo caso, la no actuación de los peritajes dispuestos por la instancia superior también deberá ser merituada por el juez ordinario, no correspondiendo que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento sobre el particular, más aún cuando la facultad de determinar la responsabilidad o inocencia de una persona es una atribución del juez penal ordinario.*

se puede determinar, con grado de certeza, la verosimilitud de las afirmaciones efectuadas por la recurrente en su escrito de demanda, esto es, que no ha existido un peritaje efectuado por un órgano neutral a las partes, pues se ha tomado como cierto el informe de presunción de delito formulado por los auditores de la SUNAT emitido al término de las acciones de fiscalización efectuadas en la notaría de recurrente. Y es que tanto la sentencia condenatoria emitida por la Tercera Sala Penal de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, como su confirmatoria a través de la ejecutoria suprema emitida en mayoría por los jueces supremos demandados con la presente acción, hacen referencia a que dicho medio probatorio corrobora con suficiencia la ilicitud del comportamiento de la hoy recurrente.

El Colegiado Supremo no consideró pertinente entrar en el análisis respecto a la pertinencia o no de dicho documento como medio probatorio dentro del proceso, pues de hacerlo estaría convirtiéndose en una suprainstancia, sino que el análisis de la presente causa se circunscribirá a determinar hasta qué punto la ausencia del peritaje judicial (entiéndase el ordenado dentro del proceso), vulnera la garantía del juez imparcial.

Cuando el Estado ha otorgado a determinadas personas la facultad de ejercer los elementos de la jurisdicción, lo ha hecho justamente para asegurar que sea un tercero el que resuelva los conflictos jurídicos que puedan surgir entre privados, o entre el Estado y los ciudadanos. Y es que sólo un tercero puede asegurar que el conflicto puesto a su conocimiento sea resuelto con objetividad. Esta posición de neutralidad implica un compromiso de respeto hacia las partes, por lo que crear desajustes durante el proceso que inclinen la balanza a favor o en contra del imputado resultaría una grave violación a esta responsabilidad y desnaturalizaría la esencia del rol del Juez.

Ingresa al análisis de autos, advirtió el Tribunal Constitucional que en su momento, el Fiscal Superior que habría de conocer el juicio oral, teniendo a la vista el informe final del fiscal provincial que intervino durante la etapa de instrucción, en la etapa intermedia del proceso reconoció la necesidad de ampliar la investigación pues, como órgano persecutor del delito, consideró imperativo contar con una pericia ordenada por el órgano jurisdiccional y realizada por los peritos inscritos en el registro de peritos judiciales (REPEJ) a fin de garantizarle a los imputados objetividad en el resultado del proceso. Ello fue acogido

por la Sala encargada del juzgamiento, siendo remitido a fase de instrucción y ordenada su realización por el juez instructor, a fin de que elaboren la pericia respectiva. No obstante ello, se aprecia que los peritos del REPEJ elaboraron la pericia, pero los mismos nunca ratificaron la misma a nivel de juicio oral, en la medida en que la Sala encargada del juzgamiento prefirió desechar la citada pericia en tanto que la conclusión a la que esta arribaba era la de declarar nulo el informe de presunción de delito elaborado por la SUNAT, optando dicho órgano jurisdiccional por dotarlo de plena validez y el carácter de prueba plena.

Que esta situación fue advertida por el Fiscal Supremo, quien al emitir su dictamen en el recurso de nulidad interpuesto, señala que teniendo en cuenta que no se ha grado practicar la pericia ordenada por el órgano jurisdiccional y atendiendo a que se ha aprobado como pericia una otorgada por una de las partes del proceso, resulta imperativo declarar la nulidad de la sentencia objeto de recurso. A pesar de ello, los jueces supremos no acogieron la postura del representante del Ministerio Público, bajo la consideración que el documento proporcionado por la SUNAT en la medida en que ha sido elaborado por un órgano oficial del Estado guarda toda la legitimidad posible y debe ser tenida como tal.

En el caso de autos, más allá de la justificación efectuada por el órgano juzgador de primera instancia como del órgano revisor, de considerar que no era necesaria la incorporación de una pericia contable efectuada porque bastaba con la incorporada por la SUNAT, no resulta de recibo, pues el informe elaborado por dicho organismo era un documento de parte, en tanto y en cuanto el agraviado en el proceso que se le seguía a la hoy recurrente era el Estado y la SUNAT es el ente recaudador oficial del mismo; es más no se puede argumentar primero que es necesario una pericia y luego en el íter del juicio oral se diga que no lo es.

Dicho proceder a juicio del Tribunal Supremo inclina la balanza de la justicia hacia una de las partes (agraviada), lo cual se traduce en una grosera afectación del derecho de la recurrente a ser juzgado por un órgano jurisdiccional imparcial, viciando de este modo la pulcritud jurídica con la que se debe tramitar un proceso, más aún uno de naturaleza penal en la que está en riesgo un bien jurídico tan trascendental para el ser humano, esto es su libertad. Consiguientemente amparo la

demanda conforme a lo establecido en el artículo 2° del Código Procesal Constitucional[140].

En este orden de ideas, resulta ilustrativo remitirnos a la resolución del 24 de abril del 2007, Exp. N° 006-2005 (Sobre los Informes Financieros), Segunda Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el que se acuñaron los siguientes criterios:

a) En audiencia pública la necesidad de determinar la situación de los Informes Financieros CEAF - SBS que obran en autos realizados a propósito de las investigaciones preliminares realizadas contra el ex Director General de la Policía Nacional del Perú, Juan Fernando Dianderas Ottone por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito, investigación llevada a cabo por la Fiscalía de la Nación, y (...) que ha surgido en el decurso del Juzgamiento Oral la necesidad de determinar la calidad de los Informes Financieros CEAF – SBS 55 (fojas 787 y siguientes), 71 (fojas 798 y siguientes), 97 (fojas setecientos setenta y dos y siguientes), 103 (fojas dos mil ochocientos cincuenta y tres y siguientes) y 105 (fojas mil cuatrocientos noventa y ocho y siguientes), a efectos de determinar si la actuación de dichas instrumentales resulta arreglada a ley.

b) Que, al respecto cabe destacar que dichos Informes Financieros no tienen la calidad de informes periciales, toda vez que han sido elaborados por profesionales Contadores Públicos que laboraron para el programa CEAF de la Superintendencia de Banca y Seguros quienes a solicitud de la Fiscalía de la Nación elaboraron tales informes respecto a Juan Fernando Dianderas Ottone, sus familiares, además de referirse a otros Funcionarios Públicos para determinar si existía en sus patrimonios desbalance que indique un posible Enriquecimiento Ilícito,

---

[140] La parte resolutiva consistió en: 1.- Declarar FUNDADA la demanda de hábeas corpus, por haberse acreditado la violación del derecho al juez imparcial. En consecuencia, nulas la resolución de la Sala Transitoria Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República, emitida en el recurso de nulidad número 5457-2006 procedente de La Libertad y la sentencia condenatoria emitida por la Tercera Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, de fecha 18 de octubre de 2006, en el proceso penal signado con el número 25-2005.
2. ORDENAR que se retraiga el proceso penal al momento en el que se produjo el vicio que generó la afectación del derecho fundamental de la recurrente, es decir, que se actúe la citada pericia y se prosiga con el proceso.

los que sirvieron de base para la denuncia fiscal, así como el auto de apertura de instrucción, siendo esta la oportunidad en que fueron incorporados a la presente causa.

c) Que, partiendo de que tales Informes Financieros no tienen la calidad de pericias de parte, y menos aún de pericias judiciales, resulta imposible que sean tratados como tales, y menos aún que se las actúe como tales, teniendo solamente la calidad de medios probatorios del tipo documental, que deberán ser actuados como tales en el estadio oportuno, tal como lo ha establecido también el Tribunal Constitucional en el Expediente número 4032-2004-AA/TC (Caso: Venegas Pinto).

d) Que, a partir de ello se ha determinado que se ha incurrido en nulidad insubsanable en el auto de enjuiciamiento respecto a la admisión del debate pericial solicitado por el Ministerio Público, por lo que a efectos de evitar ulteriores nulidades, corresponde declarar la **nulidad** del extremo del auto de enjuiciamiento de fecha ocho de enero de 2007 (fs. 6238/6239), que dispuso realizar tal debate pericial, previa ratificación, siendo que tal vicio de Nulidad afecta el acto procesal señalado, siendo de aplicación lo previsto en el último párrafo del artículo 176° y el artículo 173° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria conforme a su Primera Disposición Final, por lo cual, al haberse dado lugar a una pretensión que no se encuentra arreglada a ley, por los fundamentos arriba expuestos, corresponde retrotraer este extremo de la causa al momento de calificar su procedencia, lo que en modo alguno afectará a los demás actos procesales realizados hasta este momento, toda vez que ello incide en un aspecto definido y específico que en modo alguno se extiende a los demás actos procesales hasta ahora actuados.

e) Que, ahora bien, retrotraída la causa a tal estadio y analizando lo solicitado por el Ministerio Público en su dictamen acusatorio a este respecto, corresponde indicar que ello resulta siendo manifiestamente improcedente toda vez que es jurídicamente imposible el debate pericial entre un perito y aquel que no tiene tal calidad, más aun si aquello con lo que se pretende establecer un debate tiene la calidad de documento, por lo cual dicho extremo debe declararse IMPROCEDENTE, siendo este el criterio que el Colegiado asume en adelante, en aplicación vía interpretación analógica de lo establecido en el tercer párrafo del artículo veintitrés de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4.13. Valoración de la pericia

Para tal efecto nos remitiremos a los aportes, construcciones y remisiones efectuadas por el maestro español Jordi Nieva Fenoll[141], así señala que la prueba pericial -en nuestro medio el informe de inteligencia- es probablemente, el medio de prueba que con más facilidad puede escapar a la valoración judicial, básicamente porque los conocimientos que expresa el perito normalmente no pertenecen a la llamada «cultura general» y, por ello, no es posible utilizar juicios casi intuitivos, como sí ocurre con la mayoría del resto de medios de prueba. Reconózcase que si se ha llamado a un perito al proceso -o se recurre al informe de inteligencia-, ello ha sido porque el juez no posee los conocimientos técnicos necesarios para resolver el caso concreto, dado que escapan de lo jurídico. O incluso poseyéndolos, en un ánimo de garantizar la máxima objetividad de dichos conocimientos, ha decidido practicar la prueba pericial. Ello no debería ser estrictamente necesario porque el juez es imparcial, y si realmente tiene los conocimientos técnicos, los aplicará con imparcialidad, exactamente igual que realizará el resto de su labor.

Pero quizás la prudencia aconseja que incluso teniendo el juez esos conocimientos, se practique igualmente la prueba pericial, a fin de que las partes puedan interrogar al perito respecto de su dictamen, cosa que no podrían hacer realmente con el juez. El juzgador podrá hacer uso de esos conocimientos técnicos en su valoración, por descontado, aunque lo más procedente es que los utilice durante el interrogatorio al perito, porque de esa forma permite que las partes conozcan cuáles son sus inquietudes acerca del dictamen, pudiéndose defender debidamente en lo que reste de proceso, aprovechando las oportunidades que les queden.

Con todo, ésa no es la situación habitual, ni mucho menos. Lo que solemos encontrarnos es a un juez que no posee la formación necesaria ni tan siquiera para entender debidamente el dictamen. Y ello no es una crítica, sino que es perfectamente habitual y hasta lógico en muchos casos. No obstante, el problema que se deriva de ello es que la asunción del dictamen en la sentencia puede ser directa y acrítica, de manera que no se motive realmente la resolución, sino que

---

141 Nieva Fenoll, Jordi, *La valoración de la prueba*, Marcial Pons, Barcelona, 2010, pp. 285 y ss.

el juez se limite a transcribir las razones del perito sin entenderlas realmente. Y eso es justamente lo contrario a lo que reiteradamente exige la jurisprudencia.

A continuación, vamos a intentar dar algunas posibles claves para evitar que ello sea así, esto es cómo puede valorarse el informe de inteligencia, tal y como le va a quedar al juez encima de la mesa en el momento de la redacción de la sentencia. Y con unos criterios que el juez y los sujetos procesales puedan controlar realmente:

1.- La profesionalidad del perito:	Antes de nada, lo primero que debe controlarse es que el perito posea los conocimientos necesarios para poder dictaminar sobre la materia de que se trate. Para ello, no es suficiente que se halle en posesión de un título profesional, sino que, además, es necesario que acredite solvencia en la práctica de su profesión. También es muy útil que informe de su experiencia ante los tribunales, a fin de valorar si es un perito habitual, o bien es un experto que se dedica a su trabajo cotidiano y que, excepcionalmente, colabora con los órganos jurisdiccionales. Para ello, es necesario que el perito, en su comparecencia en el proceso, lleve a cabo una actuación que no suele hacer habitualmente –aunque se ve en algunos procesos–, y ni tan siquiera está prevista en las leyes: es necesario que presente un *curriculum vitae* con las acreditaciones precisas de su contenido. Sin embargo, en ningún caso se le exige al experto que aporte otros puntos que son de gran interés para la valoración, como su experiencia y trayectoria. Parece imprescindible que el perito se refiera en su *curriculum* justo a esos puntos. Es imprescindible el análisis de la persona del perito en cuanto a sus conocimientos, habilidades y competencias profesionales. Y es que habida cuenta de las dificultades que tendrá el juez para evaluar el dictamen en el fondo, el hecho de que pueda saberse si el perito es o no un buen profesional, puede ayudar mucho en esa evaluación. Desde luego, es precisa una cierta flexibilidad en la valoración de estos requisitos profesionales, porque no creo que sea procedente establecer un modelo de «indicativos de calidad» que deben concurrir en un perito, y que después el experto profesional cumpla formalmente, rellenando las casillas correspondientes del modelo de *curriculum*. Esa orientación favorece la formación de *curricula* absolutamente aparentes, falsos en realidad, que desde luego entorpecen el análisis de la auténtica profesionalidad del experto. Por ello, sería necesario observar si el perito posee publicaciones en revistas de reconocido prestigio en la materia de la que se trate, o si está en poder de alguna especialización complementaria a su grado univer-

	sitario. O incluso si ya ha realizado dictámenes en la materia objeto del juicio con anterioridad. Todo ello sí puede ser objeto de valoración objetiva, y es fácilmente controlable por un juez. A lo que no debería atenderse, en absoluto, es al rango académico o profesional que ocupe el perito en un determinado esquema organizativo de una empresa, por ejemplo. Las designaciones para dichos cargos no dependen en la mayoría de las ocasiones de criterios objetivos de evaluación de la calidad de los designados, sino de simples relaciones de confianza que posean con quienes propiciaron sus nombramientos. Además, una vez que se llega a esos cargos, las labores que suele desempeñar muchas veces la persona escogida son más bien de gestión o dirección, antes que puramente científicas. Por tanto, los cargos, por sí mismos, no son en absoluto una garantía de calidad. En el pasado, como consecuencia de simplificaciones sociológicas evidentes, se había tendido a valorar a las personas profesionalmente a través de los cargos que ocupaban, tendencia que aún perdura pero que, por fortuna, se percibe cada vez como más débil. Pues bien, cuestiones sociológicas aparte, lo que debe observarse es la trayectoria científica del perito a través de su *curriculum*, sin tener en cuenta el cargo que ocupe, pues es posible que ello no sea determinante de la mayor calidad del dictamen, sino simplemente, y permítaseme el comentario, de un aumento arbitrario del precio del mismo. Con todo ello no se excluye que, finalmente, el perito acabe realizando un mal dictamen, porque para averiguar ese extremo habrá que acudir al dictamen en sí, analizándolo de la forma que veremos seguidamente. Pero al menos, conocer cumplidamente su profesionalidad nos permitirá un primer acercamiento a la posible calidad del dictamen, lo que permitirá que el juez tome más o menos en cuenta sus conclusiones. O incluso sepa a qué atribuir los defectos evidentes que localice en el mismo.
2.- La coherencia interna y la razonabilidad del dictamen pericial.	El primer punto que se debe controlar es que el dictamen sea inteligible y, sobre todo, no resulte contradictorio. La intelegibilidad del dictamen es algo mucho más comprometido, porque no es infrecuente que el perito, siendo para él obvio mucho de lo que dice, no pierda mucho el tiempo en explicarlo demasiado. De esa forma, el texto del dictamen acaba resultando confuso, oscuro, y lo cierto es que no se aciertan a entender las razones de que el perito haya dictaminado de un modo u otro. Un dictamen, en esas condiciones, no puede ser creíble, y salvo que el perito lo concrete más en su comparecencia ante el tribunal, su resultado debería ser desechado, porque ningún juez podrá motivar en una sentencia que ha seguido un dictamen pericial cuyas razones no entiende, no desde el punto de vista científico, sino desde la perspectiva meramente descriptiva.

	El perito no debe perder de vista, de que el dictamen que debe realizar está dirigido a personas que no son expertas y que, por tanto, debe hacer un esfuerzo suplementario en la exposición de sus conclusiones, a riesgo de que no sean tenidas en cuenta finalmente y el dictamen acabe resultando, en su conjunto, inútil, con la consiguiente pérdida de tiempo y dinero.El dictamen debe transmitir sus ideas con facilidad, debe ir refiriendo los temas objeto de dictamen con precisión y, sobre todo, debe contestar a las cuestiones que se le han planteado, sin dejar cabos sueltos, pero tampoco extralimitándose, es decir, respondiendo a otros puntos que no son objeto de dictamen. Eso es lo que otorgará la congruencia del dictamen. Y es que si el mismo es incongruente, se abre también la oportunidad de que lo acabe siendo la misma sentencia. Pues bien, como ha quedado dicho y en conclusión, si el dictamen no posee estas características no debería ser tomado en consideración. Puede intentarse corregir o precisar el dictamen durante la comparecencia del perito, como veremos después. Pero también es posible que esa misma comparecencia revele que el dictamen es sumamente defectuoso, o que el perito no tiene la preparación suficiente para realizar su labor. En esos casos, el juez, si todavía es procedimentalmente posible en ese momento del proceso, debe disponer la práctica de una nueva pericia, puesto que de lo contrario, ante la insuficiencia de prueba, únicamente le quedará como solución, en última instancia, la aplicación de las reglas de carga de la prueba. O en el proceso penal, respetar la presunción de inocencia y, por tanto, absolver. Por consiguiente, en estos casos de falta de coherencia interna del dictamen que provoca que el peritaje no sirva absolutamente para nada, antes que evitar una siempre extrema aplicación de las reglas de carga de la prueba o de la **presunción** de inocencia, merece la pena intentar que un nuevo dictamen esclarezca la cuestión debatida, para así acercar el proceso lo más posible a la realidad de los hechos.
3.- El seguimiento de parámetros científicos de calidad en la elaboración del dictamen y el uso de resultados estadísticos:	No existen, ni pueden existir, unos criterios absolutamente fijos e inmutables de calidad en la ciencia. Pero normalmente, en los tiempos modernos, se suele partir de la base de que un buen resultado de investigación es aquel que demuestra experimentalmente sus hipótesis, tanto a través de la reproducción del experimento que trajo el resultado investigador, como mediante la realización de experimentación alternativa que no ofrezca un resultado distinto. La experimentación, no obstante, no siempre es posible por diferentes motivos, a veces éticos, otras veces de orden totalmente científico, dado que no todas las hipótesis de la ciencia resultan, a día de hoy, empíricamente demostrables. Basándonos en estos tradicionales postulados, es posible construir un

	modelo que permita controlar la calidad de los dictámenes periciales, pero adaptándolos al hecho de que, evidentemente, no es exactamente lo mismo la comprobación experimental científica, por una parte, y el análisis crítico de un dictamen pericial por la otra, dado que el primero se basa precisamente, en muchas ocasiones, en esa comprobación experimental previa y ajena al dictamen. Hay que centrarse, evidentemente, en lo más objetivo, porque va a ser lo único que, una vez más, podrá acreditar cualquier juez en su motivación.En este sentido, y buscando ser lo más generalistas posible para abarcar el mayor número de pericias, puede concluirse que el juez debería centrar su observación del dictamen en los siguientes puntos: 1. *Que las técnicas y teorías científicas utilizadas para obtener datos y conclusiones han sido aplicadas previamente, son relevantes y están generalmente aceptadas por la comunidad científica internacional:* para comprobareste extremo, el dictamen debería contener los siguientes puntos: – Mención de las publicaciones de calidad en las que habrían visto la luz esas técnicas y teorías para ser utilizadas, aunque se trate de manuales de la disciplina, si no existen esas publicaciones tan especializadas. – Si no hay publicaciones, o bien el examen pericial es tan frecuente que no resulta necesario acreditarlo de ese modo, hay que justificar al menos que la técnica utilizada es de uso regular en la praxis científica, industrial o profesional. – Además, es preciso que el perito haya descrito pormenorizadamente el procedimiento de análisis que llevó a cabo», así como que utilizó el instrumental especializado adecuado para el examen. De lo contrario, es posible que solamente citando publicaciones a mayor abundamiento, excluya explicar el *iter* técnico que le llevó a sus conclusiones. Con ello, el perito enseña las entrañas de su dictamen, de manera que expone las herramientas que utilizó y cómo fueron usadas. De esa forma es posible contrastar su dictamen con el de otro perito. Sobre todo se posibilita de ese modo la práctica útil de un segundo dictamen pericial para comprobar el primero. El segundo perito podrá así valorar críticamente las conclusiones de su compañero con conocimiento de causa. Y es que es posible que con la técnica llevada a cabo por el primer perito se obtengan unos resultados, y en cambio con otra alternativa los resultados sean distintos. Si los peritos no explican sus procedimientos e instrumentos, los resultados que expongan quedarán en el vacío, no sabiendo el juez a qué dictamen atender.

4.- Que las técnicas utilizadas se han aplicado según los estándares y normas de calidad vigentes:	Muchas de las profesiones que aportan dictámenes al proceso poseen esas normas en sus criterios deontológicos, o bien incluso en pequeños manuales al uso. Algunas también han sido objeto de normas jurídicas incluso. Pues bien, el dictamen tiene que hacer mención de todo ello para que el juez pueda comprobar que, realmente, se siguieron tales estándares y normas de calidad. El dictamen no debe limitarse a una simple mención de que se siguieron dichas normas, o que, por ejemplo, el laboratorio donde se practicó el análisis tiene unos estándares de calidad reconocidos oficialmente por inspecciones oficiales pasadas. Todo eso ofrece garantías, pero no son suficientes. A los efectos del proceso debe informarse de que esas normas de calidad fueron seguidas, informando, por ejemplo, de la antigüedad de las instalaciones donde se realizó el dictamen y del instrumental empleado. No es frecuente encontrar ninguno de esos puntos en los dictámenes, porque se dan por obvios muchas veces y, además, no son necesarios realmente en todas las pericias. Por ejemplo, en el dictamen de un arquitecto no es necesario que el mismo informe de la antigüedad de sus lápices, reglas, o de su ordenador, pero sí que es preciso que dé noticia de los aparatos de medición que utilizó, por ejemplo.
5.- El dictamen contenga información sobre el posible grado o nivel de error y también el nivel o gradación de variabilidad e incertidumbre de los datos obtenidos por la citada técnica o teoría científica:	El dictamen, cuando sea procedente, contenga información estadística contrastable sobre el acierto de sus resultados. El contraste puede ser aportado con publicaciones que contengan estudios sobre la misma técnica utilizada en el dictamen. Ello es bastante común en las publicaciones científicas de las ciencias experimentales, por lo que no debería suponer mayor esfuerzo para el perito aportar esos datos. Incluso en el caso de que la conclusión del perito no pueda sustentarse en experimentación científica previa, por falta de investigación suficiente en el campo de que se trate, el perito puede dar su opinión igualmente, aunque este extremo deberá ser tenido en cuenta. Ésta es la forma de no rechazar *a priori* dictámenes sobre enfermedades nuevas, por ejemplo, que pese a que se desconozca mucho de su etiología, un experto podría dictaminar sobre las posibles causas de las mismas. El tribunal, lógicamente, deberá considerar el hecho de que, en estos casos, la prueba pericial no podrá tener la misma fuerza, pero no por ello debe ser rechazada por completo. En todo caso, el perito debe informar siempre acerca de lo amplia que era la muestra estadística de supuestos similares que utilizó, v. *gr.*, para calcular el precio de un inmueble en el caso de un arquitecto. O para describir la peligrosidad de un «punto negro» en una carretera en el caso de un técnico en seguridad vial.

	Y es que no son aceptables los informes *grosso modo*. Ese tipo de informaciones, en realidad, lo que hacen es encubrir una falta de estudio estadístico de casos similares, que debe realizarse dado que no se le está preguntando al perito cuánto cree él que vale una finca, sino que se le pide que investigue ventas similares, de las que dé noticia objetiva, y que efectivamente se acabarán saldando con el precio que él dice. O bien en el caso de pericias ambientales, no se le solicita al perito si cree que un río está contaminado, sino que acredite verdaderamente que el consumo de las sustancias halladas en el río son incompatibles con la salud de la fauna y de la flora, justificando por qué. Con una mínima experiencia, todo el mundo podemos calcular por encima el precio de un inmueble, o podemos detectar si un producto está en malas condiciones en caso de que su corrupción sea evidente. Pero lo que pretendemos de un perito es que nos explique por qué, lo que sólo puede realizarse acudiendo a una muestra de supuestos similares lo suficientemente amplia, acreditando además por qué dicha muestra es, precisamente, suficientemente amplia según los parámetros científicos. Estamos hartos de ver en los medios de comunicación estudios sobre la incidencia del consumo de un alimento o sustancia en la salud de las personas, cuya muestra es pequeñísima y sólo busca impresionar al público para dar publicidad a un determinado centro de investigación o también a un determinado producto. Evidentemente, la calidad de la publicación donde haya salido publicado el estudio puede ser un parámetro de valoración de la muestra, como he dicho anteriormente, pero lo deseable es que el peritaje se base en un estudio completo que recoja todas las fuentes al efecto.
6.- El dictamen se base en suficientes hechos y datos: el perito debe acreditar que su examen no fue ejecutado superficialmente, sino que la recogida de muestras y evidencias fue realizada debidamente:	A tal efecto puede aportar u ofrecer datos muy concretos de las mediciones que realizó, justificando que el hecho de no tomar más muestras obedeció a que no hubiera servido de nada, o no hubiera aportado ulteriores evidencias al dictamen. Dar noticia de datos sin acreditar la fiabilidad de la fuente, o no informar de ese tiempo transcurrido, serán evidencias claras de que el dictamen no se realizó correctamente.Para valorar todo lo anterior, la experiencia del juez en los distintos dictámenes periciales, que debiera formar parte de su aprendizaje, como ya referí, tendría que jugar un papel fundamental, porque podrá valorar si el dictamen es ilusorio, o está basado realmente en datos auténticos y, sobre todo, suficientes, utilizando debidamente su propia experiencia adquirida a través del debido aprendizaje.Con la finalidad de evitar esos defectos, que en el fondo encubren el hecho de que el dictamen no se ha realizado, habría que luchar contra la costumbre de utilizar los citados modelos. Soy consciente de que ello es muy difícil, prácticamente imposible, aunque debería hacer pensar el hecho de que si algo se

	repite mucho, quizás es que ni siquiera es necesario decirlo. El dictamen resultará más breve y probablemente desmerezca a los ojos de un necio por su falta de «volumen». Pero si contiene las informaciones precisas y ha seguido los parámetros de calidad enunciados en este apartado, lo más conveniente es que no diga absolutamente nada más. Una cosa es utilizar una mínima plantilla para elaborar un informe, y otra cosa es hacer un uso abusivo y sistemático del llamado «cortar y pegar».Por supuesto, del modo que estoy indicando la elaboración de los dictámenes se dificulta, porque se hace más farragosa para el perito. Pero a la vez se simplifica la labor judicial que, en otro caso, es decir, si el dictamen dice siempre el mismo tipo de palabras vacías, lo que sucede es que el juez no sabe con qué carta quedarse. Hay que extender definitivamente la conciencia de que un dictamen pericial no es una forma sencilla de que un perito gane un sobresueldo con un trabajo que, en el fondo, le aburre, diciendo una y otra vez lo mismo. Para ello, debería servir de punta de lanza la labor de la jurisprudencia rechazando dictámenes que no reúnan los requisitos enunciados en este apartado. Con ello, el resultado de esta prueba podrá ser verdaderamente útil e inteligible, como ya sucede en no pocas ocasiones.Por tanto, creo que con todo lo anterior se han ofrecido los únicos parámetros que el juez puede valorar realmente a la hora de examinar un dictamen pericial, sin conocer realmente la ciencia empleada en ese dictamen. Todo lo anterior creo que es muchísimo más que remitir simplemente al juez a las «reglas de la sana crítica», a fin de proceder a la valoración de esta prueba. Con los criterios ofrecidos, a la hora de valorar lógicamente el dictamen, el juez contará por lo menos con una serie de puntos objetivos en que apoyarse. Hay que resignarse al hecho evidente de que el juez no va a conocer, normalmente, las máximas de experiencia técnicas utilizadas por el perito, por lo que aunque ciertamente pueda acudir a bibliografía específica para ilustrarse sobre la materia, parece mucho más plausible que consulte los criterios objetivos anteriormente mencionados, que no que intente utilizar una supuesta ciencia privada que probablemente no posea. Aunque no puede descartarse el valor que tendrá que el juez, para su mejor comprensión, intente verdaderamente adquirir dichos conocimientos.

4.14. Casuística: cuestionamiento vía tacha de la designación de peritos de la Contraloría

a) Andamiaje normativo empleado por la Sala al resolver incidente anterior en que se convalidó designación de Peritos de Contraloría:

A). Delimitación de la pretensión.	
«...**Que siendo objeto de cuestionamiento en el presente caso, el nombramiento de dos peritos por el solo hecho de pertenecer a la Contraloría General de la República** (no cuestionándose a su calidad personal o profesional), **corresponde dilucidar si dicho mandato judicial contraviene o no el ordenamiento jurídico procesal ...»**	
B). Fundamentación Jurídica	
(i). Art. 273° Ley Orgánica del Poder Judicial	**« ... Los peritos judiciales deben reunir los requisitos que las leyes procesales exigen ...».**
(ii). Art. 161° Código de Procedimientos Penales	**«... el juez instructor deberá nombrar de preferencia a especialistas donde los hubiere, y entre éstos, a quienes se hallen sirviendo al Estado ...»**
(iii). Art. 275° de la Ley Orgánica del Poder Judicial	**«... los órganos jurisdiccionales pueden solicitar de oficio a las instituciones profesionales que emitan informes ilustrativos o peritajes sobre asuntos específicos ...»**
(iv) Art. 173° Decreto Legislativo N° 957° (Nuevo Código Procesal Penal)	**«... la labor pericial se encomendará sin necesidad de designación expresa (...) [entre otros] al Sistema Nacional de Control, así como los organismos del Estado...»**
C). Considerando final	
«... Lo dispuesto por la A-Quo se sustenta válidamente en la normativa procesal vigente, no importando, en modo alguno, una contravención al debido proceso, debiendo puntualizarse (...) no resultar idónea la vía de la nulidad para formular cuestionamientos a la imparcialidad de los peritos ...».	

b) Asidero normativo soslayado y que solventaría nueva formulación de cuestionamiento a designación de peritos de Contraloría:

(i) Código Procesal Civil – Art. 268° – «Nombramiento de peritos».	«... El Consejo Ejecutivo de cada Distrito Judicial formula anualmente la lista de los especialistas que podrán ser nombrados peritos en un proceso, tomando como base la propuesta alcanzada por cada colegio profesional. Cuando la pericia no requiere profesionales universitarios, el Juez nombrará a los persona que considere idónea. La misma regla se aplica en las sedes de los Juzgados donde no hayan peritos que reúnan los requisitos antes señalados ...».

(ii) Res. Administrativa N° 609-CME-PJ (pub. 14.04.98) **Norma de Creación del Registro de Peritos Judiciales – REPEJ.**	- Establece que a partir del 01.06.98 sólo los Peritos Judiciales inscritos en la REPEJ prestarán servicios de peritaje a las partes litigantes y/u órganos jurisdiccionales del Poder Judicial.
(iii) Res. Administrativa del Titular del Pliego del Poder Judicial N° 351-98-SE-T-CME-PJ – art. 22° (del 26.08.98)	**Reglamento de Peritos Judiciales.** - Se resalta el nombramiento aleatorio y no la designación de peritos predeterminados.
(iv) Res. Administrativa N° 265-1999-P-CSJL/PJ – art. III Designación. (del 03.06.99)	**Manual de Procedimientos del Registro de Peritos Judiciales de la Corte Superior de Justicia de Lima.** **(v) Ley N° 13253 – artículo 4°- Reglamento.** **Ley de Profesionalización del Contador Público Colegiado-** Se establece como función privativa y exclusiva del Contador Público Colegiado la realización de pericias contables, lo que los excluiría por razones de especialidad a estar habilitados para los informes encomendados tales como formular exámenes financieros en torno a la valoración de las acciones adquiridas por el Estado, del rendimiento económico de las mismas, del nivel de activos del Grupo Wiese antes de su acogimiento al Programa, así como el estudio económico-financiero del Proceso de Titulización.

c) Envoltorio propuesto para formular cuestionamiento a la designación de los Peritos de Contraloría: Tacha por discutible capacidad profesional:

c.1) Se fijo como marco normativo de la resolución de la incidencia en materia de tacha de peritos:

1.- Art.165° del Código de Procedimientos Penales. 2.-Art. 300 del Código Procesal Civil.	«Que, a fin de analizar la presente incidencia, debe tenerse presente que el **artículo 165 del Código de Procedimientos Penales** señala que: «el inculpado puede tachar a los peritos por las mismas causas que a los testigos. El Juez investigará los hechos en que se funde la tacha. Si ésta resulta comprobada, nombrará a otros peritos...»; **y el artículo 300° del Código Procesal Civil** de aplicación supletoria en virtud a lo dispuesto en su primera disposición complementaria y final, prescribe que «se puede interponer tacha contra los testigos y documentos (...) **en tal sentido, procesalmente pueden ser objeto de tacha los testigos y los peritos, de oposición la actuación de las pericias y observados los dictámenes periciales**» (ver considerando segundo).

c.2) Corresponde formular tacha sustentada en la discutible capacidad profesional de los peritos de Contraloría habida cuenta de su no pertenencia al REPEJ.

Que lo que se cuestiona vía el presente incidente no es propiamente la imparcialidad de los peritos de Contraloría sino su capacidad e idoneidad, por: a) no pertenecer al REPEJ, b).- no contar con la formación especializada a efectos de dilucidar una materia altamente técnica como es determinar el valor de determinadas acciones. Que la inidoneidad de los Peritos de Contraloría estaría siendo viabilizada por la inaplicación y omisión de pronunciamiento (motivación de su exclusión) de las normas específicas que regulan lo relativo al procedimiento de designación de peritos judiciales. (Ver normas precisadas).

Por lo demás, corresponderá incidir que los Peritos de Contraloría, además de no pertenecer a la REPEJ, son de otra profesión, lo que los inhabilita por razones de especialidad para efectuar exámenes financieros en torno a la valoración de las acciones adquiridas por el Estado, el rendimiento económico de las mismas, el nivel de activos del Grupo Wiese antes de su acogimiento al Programa, así como el estudio económico-financiero del Proceso de Titulización.

d) Finalmente dicho pedido tiene como fundamento a nivel de la producción jurisprudencial del Tribunal Constitucional las siguientes sentencias:

1.- Exp. N°4226-2004-AA/TC, del 18 de Febrero del 2005: **Reconocimiento de la facultad del procesado para formular tacha contra los peritos.**	«Este Tribunal deber recordar que **el recurrente pudo, de conformidad con el artículo 165° del Código de Procedimientos Penales, tachar a los peritos si con su nombramiento se le causaba agravio.** Sin embargo, de autos no aparece que el recurrente haya hecho uso de este derecho, (...), el dictamen pericial y sus ratificaciones no fueron cuestionados ni observados en su oportunidad...»
2.- Exp.N°4032-2004-AA/TC°, del 18 de Febrero del 2005.: **Insustituibilidad de la Pericia por meros informes.**	«En todo caso, por la natural característica del procedimiento penal, de actuación desordenada, y a veces caótica, sin aplicación precisa del principio de preclusión, es admisible la inclusión en el proceso del **«informe»** cuestionado, dado que, en este caso, **no se trata de una nueva «pericia» y menos aún que esta vaya a sustituir a la pericia que como pieza propia del proceso penal** corre en el expediente respectivo...»
3.- Exp.N°1697-2003-HC/TC, del 3 de Septiembre del 2005.: **Peritaje de Parte.**	«Que, si bien el derecho a la prueba forma parte del contenido esencial del derecho fundamental al debido proceso, no es menos cierto que dicha regla deber ser ejercida en la forma y alcances previstos por ley (...). En todo caso, **si estima que con ella se le viene perjudicando o que resulta insuficiente, puede oponer la correspondiente pericia de parte...»**

En este contexto resulta remitirnos a la discusión subyacente y que culminó con la expedición de la sentencia del 7 de noviembre del 2003, Exp. N° 0011-2003-AI/TC, Lima, Fiscal de la Nación, en el que este último interpuso la Acción de inconstitucionalidad, contra la segunda parte del inciso f) del artículo 15° y la Sexta Disposición Final de la Ley N° 27785, Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República, argumentando que: el inciso f) del artículo 15° de la Ley impugnada es inconstitucional, pues afecta la autonomía del Ministerio Público. Alega que dicha disposición crea un «caos jurídico y duplicidad de funciones», pues si el Ministerio Público decidiera intervenir en una acción de control a cargo de la Contraloría General de la República, ya no podría intervenir posteriormente, dificultándose el ejercicio de su atribución constitucional de investigar los delitos y su condición de titular de la acción penal.

Aduce, además, que la Sexta Disposición Final de la Ley afecta la autonomía e independencia del Ministerio Público, pues le ordena asignar una Fiscalía Provincial ad hoc para el control gubernamental que estará a cargo de la Contraloría General de la República. Considera que es potestad exclusiva del Ministerio Público la creación o supresión de fiscalías especializadas, y que los poderes Legislativo y Ejecutivo carecen de facultades para intervenir en la actividad del Ministerio Público.

Al respecto el Tribunal Constitucional postuló la siguiente solución:

a) A juicio de la demandante, el inciso f) del artículo 15° de la Ley N° 27785 es inconstitucional porque establece que «(...) no corresponderá iniciar investigación sobre presunta comisión de delito en los casos en donde se haya emitido informe derivado de acciones de control donde haya intervenido el Ministerio Público» (por lo que) «la denuncia que se formule, dejaría de ser prueba constituida». Considera que dicha disposición «(...) bajo el criterio que el Ministerio Público ya ha intervenido, impid(e) que éste realice sus investigaciones, de conformidad con las atribuciones que le confiere nuestra Carta Magna, una vez que se formule la denuncia (...)», lo que lesionaría la autonomía que la Constitución reconoce al Ministerio Público. El Tribunal Constitucional no comparte dicho criterio. En efecto, la expresión «no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria

previa, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables» –«en el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional»–, es un mandato legal que debe entenderse como circunscrito al ejercicio de las atribuciones de los órganos que forman parte del Sistema Nacional de Control.

Es decir, la interpretación que se efectúe de la segunda parte del inciso f) del artículo 15° de la Ley N° 27785 no puede realizarse de manera asistemática, aislada o descontextualizada, sino dentro del sentido del conjunto en el que la disposición está inserta. Así, si mediante dicha disposición se regula una de las atribuciones del Sistema Nacional de Control, cuyo ámbito de actuación sólo «comprende todas las actividades y acciones en los campos administrativo, presupuestal, operativo y financiero de las entidades y alcanza al personal que presta servicios en ellas [art. 12° de la Ley N° 27785]», no es pertinente extraer de allí un sentido interpretativo que trascienda ese ámbito de actuación.

De modo que cuando el dispositivo impugnado establece que «(...) en el caso de que los informes generados de una acción de control cuenten con la participación del Ministerio Público y/o la Policía Nacional, no corresponderá abrir investigación policial o indagatoria previa, así como solicitar u ordenar de oficio la actuación de pericias contables», no puede ni debe entenderse como que aquella presencia [la del Ministerio Público o la de la Policía Nacional, o ambas conjuntamente], impedirá posteriormente que el Ministerio Público profundice o realice nuevas investigaciones, y menos, por supuesto, que ejerza la titularidad de la acción penal.

La restricción impugnada, de la cual se aduce que es violatoria de la autonomía del Ministerio Público, no tiene como propósito obstruir el ejercicio de las atribuciones de este último órgano constitucional, sino, como antes se ha dicho, regular el ejercicio de las atribuciones de los órganos que forman parte del Sistema Nacional de Control.

Tampoco dicha disposición limita la atribución del Ministerio Público para iniciar las investigaciones de oficio que pudieran corresponder. La participación del Ministerio Público, a través de su Fiscalía ad hoc, a la que se refiere la otra disposición impugnada, debe entenderse como coadyuvante para el mejor control de la administración pública. Y ello con absoluta independencia de que, advertida la comisión de un

eventual ilícito penal, la investigación y titularidad de la acción penal corresponda –como es, y debe ser, por otra parte– al Ministerio Público, conforme se expresa en el inciso 4) del artículo 159° de la Constitución.

b) Aunque se ha demandado, *in toto*, la inconstitucionalidad de la Sexta Disposición Final de la misma Ley N° 27785, de una lectura de las objeciones respectivas se desprende que la impugnación sólo alcanza a una parte de dicha disposición; en concreto, a la que establece que «(...) el Ministerio Público asignará una Fiscalía Ad Hoc, para que en forma conjunta participe coadyuvando al mejor cumplimiento del control gubernamental».

A juicio de la demandante, esta fracción dispositiva es inconstitucional porque, con tal asignación, el control gubernamental quedaría, exclusiva y excluyentemente, a cargo de la Contraloría General de la República. Y agrega que con ella, «(...) se pretende incorporar... una Fiscalía Provincial a cargo de la Contraloría General de la República para que participe en sus acciones de control...», lo que «atenta contra la autonomía e independencia del Ministerio Público, puesto que es potestad exclusiva determinar la creación o supresión de fiscalías especializadas».

El Tribunal Constitucional no comparte los criterios argüidos en la demanda. En primer lugar, cuando se establece que «el Ministerio Público asignará una Fiscalía Provincial ad hoc para que en forma conjunta participen coadyuvando el mejor cumplimiento del control gubernamental», no se está «incorporando» una Fiscalía Provincial, como una dependencia orgánica, a la Contraloría General de la República. El verbo «asignar», en la acepción utilizada por el legislador, y a criterio interpretativo de este Colegiado, significa que el Ministerio Público designará, fijará y, en su caso, nombrará una Fiscalía ad hoc, para que la labor del control gubernamental se optimice.

Precisamente porque se encarga al Ministerio Público la designación o fijación de esa Fiscalía ad hoc, ésta, orgánica y funcionalmente, es y debe considerarse como parte del órgano constitucional denominado Ministerio Público.

En segundo lugar, como se ha sostenido en la contestación de la demanda, si el Poder Legislativo es competente para dictar la ley orgánica que regula la estructura y el funcionamiento del Ministerio Público (artículo 106° de la Constitución), es claro que también puede disponer la creación, en el seno del Ministerio Público, de una Fiscalía

Especializada en el control gubernamental, sin que por ello se afecte la garantía institucional de la autonomía de dicho órgano constitucional. Finalmente, el Tribunal Constitucional tampoco considera que la creación de una Fiscalía ad hoc para que participe en las labores de control gubernamental termine «despojando» al Ministerio Público «de su atribución de titular de la acción penal». Ello porque no es el Ministerio Público, en cuanto órgano constitucional, el que resultaría afectado en el ejercicio de la titularidad de la acción penal, dado que la atribución señalada a esta Fiscalía ad hoc, es una adicional a la que se tiene establecida en la Ley Orgánica del Ministerio Público. De modo que la participación coadyuvante de la Fiscalía ad hoc en la labor de control gubernamental no le impedirá ejercer la titularidad de la acción penal. A juicio de este Colegiado, la disposición impugnada no importa una eventual cercenación de esta atribución constitucionalmente garantizada del Ministerio Público (art. 159°, inciso 5), sino que constituye, antes bien, una participación conjunta destinada a optimizar el control de la actividad gubernamental. Así, en los casos en los que las labores de control detecten la comisión de un ilícito penal, queda en cabeza del Ministerio Público ejercer la acción penal, como antes se ha dicho.

4.15. A modo de conclusión

1.- La prueba pericial ha adquirido fundamental importancia en el proceso penal, viabilizando y trasladando los avances de las ciencias y aportes técnicos al proceso penal, a efectos de dilucidar el *thema probandum*, acorde a ello, ha cobrado importancia superlativa para la acreditación y configuración de los elementos típicos de determinados delitos, muestra de ello, lo constituye el hecho punible de enriquecimiento ilícito. Es de tanta importancia y necesidad la pericia que, en el proceso penal moderno, podemos definirla como el medio de prueba principal y autónoma que a la vez proporciona eficacia probatoria a todos los nuevos medios de prueba que, sustentados en los avances y descubrimientos de la ciencia, acceden al proceso dentro del espacio que les brinda la libertad probatoria[142].

[142] Pensemos solamente, por vía de ejemplo, que significaría para el procedimiento probatorio la ausencia de pericias técnicas dactiloscópicas, de balística, hematológicas, de ADN, de comparación de voces, de peritación del material de grabaciones magnetofónicas, del análisis de sustancias tóxicas y estupefacientes, por nombrar solamente algunas de ellas.
Es fácil imaginar que, dadas esas circunstancias, el proceso penal quedaría

2.- El principio general de producción de pruebas en el juicio oral exige que la prueba pericial se practique, también, durante las sesiones del juicio oral; ello tendrá lugar, normalmente, mediante la producción del acto pericial en la vista oral, y en los casos en que no sea posible, por la propia naturaleza de las operaciones o reconocimientos periciales, mediante la necesaria presencia del perito o peritos en dicho acto al objeto de ratificar el dictamen pericial elaborado durante la fase de investigación con posibilidad de ser sometidos, a su vez, a la preguntas y aclaraciones que realicen y soliciten todas las partes[143]. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N 2-2007/CJ-116, bajo consideraciones fundamentalmente de orden práctico[144], justifica la innecesaridad de la presencia de los peritos durante el juicio oral, proponiendo que conserve y surta valor probatorio en su aspecto relevantemente documental[145].

---

huérfano de una de las categoría probatorias más importantes de los últimos tiempos y quizás, por lo menos en nuestra posición, la que decididamente tiene el mayor índice de certeza a los fines del descubrimiento de la verdad, tanto en lo que atañe a la investigación del hecho criminoso concreto como a la culpabilidad que pudo tener el imputado eventualmente.(HALL, Carlos N., *La prueba penal*, Nova Tesis, Rosario, 2004, pp. 294 y ss.)

143 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 452.

144 La presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia. (Ver numeral 9 del ítem II. Fundamentos jurídicos).

145 En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, o es condición ineludible de la pericia -el examen- como medio de prueba valido, valorable por el juez del juicio. (Ver numeral 8 del ítem II. Fundamentos jurídicos). Al respecto el tratadista español MIRANDA ESTRAMPES señala que *su acceso al juicio oral como material probatorio valorable tendrá lugar por la vía de la prueba documental.* (Ver: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, p. 454). Sobre su discurrir durante el juicio oral, el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales establece que: 1.- Terminados los interrogatorios de los testigos y el examen de los peritos, se procederá a oralizar la prueba instrumental. La oralización comprende la lectura o, en su caso, que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta. 2.- La oralización se iniciará, por su orden, a pedido del fiscal y de los defensores de la parte civil, del tercero civil, y del acusado. Quien pida la oralización indicará el folio o documentos y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil. Si los documentos o informes fueren voluminosos, se podrá prescindir de su lectura íntegra, ordenándose de ser el caso su lectura parcial.

3.- Acorde a lo expuesto, debemos puntualizar que de cara a formar convicción en el juzgador sentenciador, la pericia en su faz documental, no puede equipararse a la fuerza de convicción propia de un dictamen pericial ratificada y cuyos peritos suscriptores han sido examinados en el plenario bajo los cánones de los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad; en este orden de ideas, una pericia de parte cuyos peritos han sabido sortear satisfactoriamente el examen del órgano juridicial sentenciador y de los sujetos procesales, deberá erigirse como un posible referente definidor del *thema probandum*.

4.- Desde una óptica metodológica de construcción de una doctrina jurisprudencial lo más consensuada, y a efectos de una mayor conciliación de posiciones, hubiese sido importante que el presente acuerdo plenario sub examine abordara los criterios de valoración del Tribunal Constitucional, como lo es la sentencia del 18 de febrero del 2005, Exp. Nº 4032-2004-AA/TC, en la que el Supremo Intérprete de la Constitución establece que *es admisible la inclusión en el proceso del «informe» cuestionado, dado que, en este caso, **no se trata de una nueva «pericia» y menos aun que esta vaya a sustituir a la pericia que como pieza propia del proceso penal** corre en el expediente respectivo, sino más bien de un medio de prueba documental sometido como tal a la valoración del juez.*

5.- En materia de delitos contra la Administración Pública identificamos especificidades que exige una matización en la aplicación del tantas veces citado acuerdo plenario, acentuándose la necesidad de contar con dictamen pericial ordenado generalmente durante la instrucción, y la presencia de los peritos suscriptores durante el plenario para su respectivo examen por los sujetos procesales, así como por el órgano judicial sentenciador.

6.- Establecido lo anterior, y situándonos dentro de la estructura y lógica argumental del acuerdo plenario bajo comentario, debemos indicar que todo cuestionamiento pericial debe ser oportuno y consecuente por parte de la defensa técnica de cara a solicitar en el juicio oral la presencia y examen de los peritos suscriptores, no resultando plausible, no obstante haber diseñado su estrategia de defensa sobre la validez de la pericia, ad portas de la expedición de la sentencia o en la etapa recursal, pretender objetar la fiabilidad, objetividad o idoneidad de los señores peritos. En esta materia conforme

lo destaca el maestro César SAN MARTÍN CASTRO, resulta determinante el tema de la buena fe procesal, que se riñe con cuestionamientos tardíos, máxime si de parte de los sujetos procesales existe una aceptación tácita.

7.- Si los sujetos procesales solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y estos no concurren por motivo atendible el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características y magnitud del cuestionamiento formulado, así por ejemplo, si los cuestionamientos versan sobre la idoneidad (formación profesional), objetividad e imparcialidad de los peritos[146], y de encontrarse dichos cuestionamientos solventados suficientemente, no deberá ser compulsada dicho informe pericial, conllevando altas probabilidades de absolución.

8.- Si los sujetos procesales solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y estos no concurren por motivo atendible y de encontrarse suficientemente acreditados (sorteados los filtros de idoneidad, objetividad e imparcialidad), la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características y magnitud del cuestionamiento formulado sobre la metodología y contenido del informe pericial, así

[146] Toda persona está calificada para ser designada como perito si posee especial conocimiento, destreza, experiencia, adiestramiento o instrucción suficientes para ser considerado como un experto o perito en el asunto sobre el cual habrá de prestar testimonio. Si hubiera objeción de parte, dicho especial conocimiento, destreza, adiestramiento o instrucción deberán ser probados antes de que el perito evacue su dictamen o declare. En esta zona reina una gran liberalidad. El peritaje puede ser producto de educación formal, o de conocimientos adquiridos por la experiencia. El autodidacta está cualificado, lo mismo que el académico con doctorado. Lo importante es el conocimiento y no su fuente de origen. Por ejemplo la calificación de un médico como perito no depende del hecho escueto de si posee una licencia para practicar su profesión en determinado lugar, sino más bien de su preparación, entrenamiento y experiencia. Otro ejemplo que cita el tratadista Ernesto CHIESA y que ilustra muy bien la liberalidad en la cualificación pericial, radica en la controversia sobre la causa de un incendio en la parte delantera de un vehículo. Un agente del Centro de Investigaciones Criminales de la Policía, con experiencia en investigación de fuegos, declaró como perito que el fuego fue causado por fallas en el funcionamiento del sistema eléctrico del encendedor de cigarrillos. El Tribunal Superior revocó la sentencia que había declarado con lugar la demanda al estimar que el agente no era un perito debidamente cualificado. El Tribunal Supremo al revocar al Tribunal Superior expresó que la materia no exigía los conocimientos de un doctor en filosofía con especialidad en electricidad, sino que era suficiente la experiencia del testigo. Ver al respecto CHIESA, Ernesto, *op. cit.*, pp. 509 y ss.

por ejemplo, si los cuestionamientos versan sobre la no compulsa de parte de los peritos de información aportada por el acusado, la misma que resulta pertinente para su defensa, el órgano decisor en su análisis del material probatoria deberá incorporar y valorar dichos datos; casos paradigmáticos lo constituyen los procesos penales por delitos de Enriquecimiento Ilícito; u optar por el valor probatorio de la pericia que abarca la información faltante en la pericia inicial.

9.- Si los sujetos procesales justifican la concurrencia de los peritos y estos no concurren, sin mediar motivo atendible, deberá agotarse todos los mecanismos para su concurrencia al juicio oral, acorde a ello, deberá flexibilizarse los estadios del juicio oral -acentuado su no preclusividad- de cara a contar con la presencia de los señores peritos, sin perjuicio de los apercibimientos y responsabilidad correspondientes. De mantenerse dicha situación y de encontrarse acreditados los peritos, (sorteados los filtros de idoneidad, objetividad e imparcialidad), la eficacia procesal del informe pericial estará dada por las características y magnitud del cuestionamiento formulado al contenido del dictamen pericial.

10.- Del no examen o ratificación pericial no puede predicarse automáticamente vulneración de los principios de oralidad, inmediación y contradicción -ello no significa que si la defensa considera que debe interrogar a los peritos suscriptores no tenga derecho a hacerlo, sino, simplemente que tal interrogatorio no es condición ineludible para la validez de la prueba-, máxime si el objeto de refutación puede recaer sobre aspectos formales -ejemplo que no haya sido ratificado-, pues no está en discusión los hechos[147] sobre los que ha recaído el dictamen

[147] En la base de la opinión pericial, esto es, la base fáctica, los hechos o datos que usa el perito para emitir sus conclusiones, resulta de suma importancia el tema referido a la «cadena de custodia de la evidencia». Un ejemplo ilustrativo al respecto es el auto de sobreseimiento del 12 de octubre del 2007, Exp. N° 424-06, Cuadragésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, donde se verificó la ruptura de la cadena de custodia, restándole valor probatorio al examen pericial química forense, ello se hace explícito cuando se afirma que: El examen Pericial Química Forense arrojó positivo para benzodiacepinas, este fue realizado el día 29 de abril del 2006 a horas 19 con 20 horas de la tarde, es decir 24 horas después de que sucedieron los hechos y luego de que la agraviada fuera atendida en el Hospital de Vitarte en donde se le suministraron medicamentos conforme a la copia de su Historia Clínica, asimismo, la diligencia de recojo de la muestra (orina) no ha contado con los

-lo que supone un tácito consentimiento del mismo por la ausencia de impugnación en tiempo hábil respecto al resultado-.

11.- El cuestionamiento pericial oportuno y progresivo de los dictámenes o informes emanados de instituciones oficiales, habilita la solicitud de contar con los peritos durante el desarrollo del juicio oral para su ratificación y posterior examen por los sujetos procesales, bajo los derroteros de los principios de contradicción, inmediación y publicidad, ante tal escenario el órgano judicial decisor deberá disponer la presencia de los profesionales suscriptores, exigencia que se acentúa en los casos en que los acusados no han participado en el procedimiento administrativo del que derivo el dictamen o informe oficial.

12.- En cuanto a la tacha de peritos, debemos puntualizar que a diferencia del derrotero resolutivo conjuntamente con la sentencia, deberá tramitarse y ser resuelta por el Juez Instructor lo más pronto posible, para que, de ser el caso, relevarse a los peritos y designar a otros para contar con la prueba pericial necesaria en el estadio de la resolución de la causa.

---

estándares mínimos, de la cadena de custodia, que el Sistema Penal Acusatorio ha establecido en el Tribunal Constitucional; por lo que en concordancia con la Directiva N° 011-2001, que regula la investigación fiscal frente al hallazgo de fosas con restos humanos que guardan relación con graves violaciones a los Derecho Humanos, que por garantizar procedimientos de acciones tendientes a la protección de valores supremo, cuanto menos es aplicable a la protección de garantías por delitos menores; en referencia que fue la propia agraviada quien llevó la muestra de orina a dicho departamento policial; y, si bien arroja positivo, este medio probatorio resulta contradictorio al resultado del Análisis Toxicológico N° 034119 practicado a la agraviada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 9 horas después de ocurrido los hechos, medio probatorio cuya obtención de la muestra no adolece de vicio alguno al haber sido recabado por el propio nosocomio. En relación al Examen Pericial Toxicológico N° 1609-06, practicado a la taza con la que bebieron el licor, el cual da como resultado positivo para benzodiacepina, se debe tener en cuenta también que la citada pericia se ha realizado después de 4 meses de ocurrido los hechos, debido a que el recipiente fue entregado también por la propia agraviada al Ministerio Público en la etapa de investigación fiscal, sin que se haya explicado a nivel de investigación pre-jurisdiccional el porqué se retrasó en la recuperación de dicho elemento de prueba, pero que por el tiempo transcurrido desde su utilización por última vez hasta su remisión para el análisis correspondiente **desmerece la validez probatoria de las conclusiones de dicho medio probatorio por la inobservancia de la cadena de custodia de la evidencia.**

XII

Informes y dictámenes a propósito de los cuestionamientos de la obtención e incorporación de los «vladivideos»

1. Antecedentes

Los denominados «vladivideos» -audios y videos- fueron encontrados en unas veinte maletas de pertenencia de Vladimiro Montesinos en su domicilio particular a inicios del mes de noviembre del 2000. Estás maletas fueron incautadas por personal que formaba parte de la Casa Militar de Palacio de Gobierno, esto es por los Edecanes del Presidente Fujimori en el marco de un operativo que tuvo como origen un mandato judicial expedido a solicitud del Procurador Ad-Hoc para el caso Montesinos por el Juez del 41 Juzgado Penal de Lima, dicha orden judicial de allanamiento no fue notificada ni al representante del Ministerio Público ni al Procurador Ad Hoc del Estado.

La orden judicial antes mencionada fue enviada al Ex Presidente Fujimori y como consecuencia de ello él dispuso que se llevara a cabo la diligencia de allanamiento. La referida diligencia de allanamiento fue ejecutada por personal de la Casa Militar de Palacio de Gobierno (los edecanes del Presidente). Cabe indicar también que durante la diligencia uno de los miembros de la casa militar de Palacio de Gobierno se hizo pasar de Fiscal, y como tal se identificó.

Sobre estos hechos existió un proceso penal donde se expidió sentencia condenatoria por delito de allanamiento de morada. El contenido de dichas maletas fue llevado a Palacio de Gobierno y fue entregado varios días después al Poder Judicial, tras realizar una conferencia de prensa donde se expuso públicamente el supuesto contenido de las maletas.

En base al contenido de estos videos se inició una investigación a cargo del Ministerio Público, quien a lo largo de sus interrogatorios pedía a quienes declaraban identificaran a quienes aparecían en ellos.

2. Naturaleza jurídica de la prueba prohibida

En la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada no existe consenso para determinar cuál es la naturaleza jurídica de la prueba prohibida. Así, existen posiciones que consideran a la prueba prohibida como una garantía objetiva del debido proceso penal que es absoluta y que resulta aplicable a cualquier clase de procedimiento o proceso.

Como muestra de que en algunos ordenamientos constitucionales la prueba prohibida es considerada como una garantía objetiva del debido proceso penal, puede citarse a la fracción IX, del inciso a, del artículo 20° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo texto dispone que el proceso penal se regirá, entre otros, por el principio de que «[c]ualquier prueba obtenida con violación de derechos fundamentales será nula».

De otra parte, existen otras posiciones que predican que la prueba prohibida es un auténtico derecho fundamental que garantiza que el medio probatorio prohibido no sea admitido, ni actuado o valorado en el proceso penal como prueba de cargo, pero que, como todo derecho fundamental, admite limitaciones en su ejercicio.

En sentido contrario, corresponde destacar que en alguna oportunidad el Tribunal Constitucional español consideró que la prueba prohibida no era un auténtico derecho constitucional. Así, en el Auto 289/1984, del 16 de mayo de 1984, se destacó que el principio de prohibición de utilizar los medios de prueba ilícitamente obtenidos «no se apoya en ninguna norma de derecho positivo ni de la Constitución, ya que no existen disposiciones legales en qué apoyar tal principio y doctrina».

También se ha considerado que la prueba prohibida es un límite al ejercicio del derecho fundamental a la prueba. En este sentido, en la STC 06712-2005-PHC/TC, este Tribunal precisó, entre otras cosas, que el medio probatorio debe ser lícito, es decir, que no «pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico», pues se trata de «supuestos de prueba prohibida».

En sentido similar, en la RTC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que «el derecho a la prueba se encuentra sujeto a determinados principios, como que su ejercicio se realice de conformidad con los valores de pertinencia, utilidad, oportunidad y licitud. Ellos constituyen principios de la actividad probatoria y, al mismo tiempo, límites a su ejercicio, derivados de la propia naturaleza del derecho».

Desde otra perspectiva, la jurisprudencia norteamericana considera que la regla de la exclusión (*exclusionary rule*) de la prueba obtenida con violación de derechos fundamentales tiene como funciones esenciales el efecto disuasorio (*deterrence effect*) frente a las conductas de los oficiales de la Policía que vulneren algún derecho fundamental para obtener material probatorio y la integridad judicial (*judicial integrity*). En buena cuenta, en la jurisprudencia norteamericana la regla de la exclusión del material probatorio obtenido ilícitamente no constituye un auténtico derecho fundamental, sino que presenta una función disciplinaria en la medida que busca prevenir y evitar las conductas policiales ilícitas.

En este sentido la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, en la sentencia del Caso United States v. Janis, 428 U.S. 433 (1976), declaró que «la regla por la que se excluye la prueba obtenida en violación de la IV Enmienda tiende a garantizar los derechos generalmente reconocidos en dicha enmienda a través de un efecto disuasorio (de la violación misma) y no tanto como expresión de un derecho constitucional subjetivo de la parte agraviada».

En resumen, en la dogmática y jurisprudencia constitucional comparada resulta variable la naturaleza jurídica que se le pretende atribuir a la prueba prohibida. No obstante ello, en consideración de este Tribunal la prueba prohibida es un derecho fundamental que no se encuentra expresamente contemplado en la Constitución, que garantiza a todas las personas que el medio probatorio obtenido con vulneración de algún derecho fundamental sea excluida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, o que prohíbe que este tipo de prueba sea utilizada o valorada para decidir la situación jurídica de una persona. En este sentido, debe destacarse que la admisibilidad del medio probatorio en cualquier clase de procedimiento o proceso no se encuentra únicamente supeditaba a su utilidad y pertinencia, sino también a su licitud.

3. El fundamento de la prueba prohibida

Con relación al fundamento que garantiza la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida en cualquier clase de procedimiento o proceso para decidir la situación jurídica de una persona, este Tribunal considera pertinente enfatizar que también en la dogmática constitucional comparada no existe consenso para

concluir que el derecho a la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida tiene un único fundamento.

Así, existen posiciones que consideran que la inutilización de la prueba prohibida encuentra sustento en el contenido del derecho-principio a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que a decir de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, «exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla» [Caso *Cantoral Benavides*, sentencia del 18 de agosto de 2000, párr. 120].

En este sentido, se destaca que la presunción de inocencia como primera garantía del proceso penal exige no sólo que exista una mínima actividad probatoria de cargo, sino también que la obtención de las fuentes de prueba se produzca sin la violación de algún derecho fundamental.

De otra parte, se considera que el fundamento de la inadmisión, inutilización o exclusión de la prueba prohibida para decidir la situación jurídica de una persona, se encuentra contenido en el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso) o en las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos fundamentales previstas en el artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En sentido similar, se pone de relieve que el fundamento de la exclusión de la prueba prohibida descansa en el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma, como la vida privada de sus familias, sus domicilios o su correspondencia. Como complemento de lo dicho, también se ha señalado que el fundamento de la prueba prohibida se encuentra en el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

Proponiendo una concepción amplia sobre la fundamentación de este derecho, el Tribunal Constitucional español en la STC 50/2000, del 28 de febrero de 2000, ha destacado que «la interdicción de la admisión de la prueba prohibida por vulneración de derechos fundamentales deriva directamente de la Constitución, por la colisión que ello entrañaría con el derecho a un proceso con todas las garantías

y a la igualdad de las partes», y se basa asimismo «en la posición preferente de los derechos fundamentales en el ordenamiento y de su afirmada condición de inviolables».

4. La prueba prohibida en la Constitución

Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2° de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado.

En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por: a) la violencia moral, psíquica o física; b) la tortura; y c) los tratos humillantes o denigrantes.

En el ámbito del proceso penal, la prueba prohibida se encuentra expresamente reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, cuyo texto dispone que «[e]l Juez no podrá utilizar, directa o indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona».

De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, mas no de los derechos de rango legal o infralegal.

5. El concepto de la prueba prohibida

En la búsqueda de fuentes de prueba y restricción de derechos fundamentales se deben observar los principios de legalidad procesal, proporcionalidad y necesidad de la medida, y ser ejecutadas con las debidas garantías para el afectado (art. 202[148])[149]. En este orden de ideas, el legislador en el artículo VIII del título preliminar del Código Procesal Penal, establece que: Todo medio de prueba será valorado sólo si ha sido obtenido e incorporado al proceso por un procedimiento constitucionalmente legítimo, puntualizándose que: carecen de efecto

---

[148] Art. 202 del Código Procesal Penal: Cuando resulte indispensable restringir un derecho fundamental para lograr los fines de esclarecimiento del proceso, debe procederse conforme a lo dispuestos por la Ley y ejecutarse con las debidas garantías para el afectado.

[149] TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2004, p. 51.

legal las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona[150].

Fijado el marco normativo en relación a la prueba prohibida, postulamos como concepto de prueba prohibida aquella obtenida e incorporada, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales del incriminado.

6. De la ponderación de intereses en la prueba prohibida

Una de las tareas más complejas del legislador, cuando trabaja una nueva propuesta de modelo procesal penal, es lograr un equilibrio entre las garantías del individuo y la eficacia en la persecución del delito. Incluso existe, de un lado, el deber del Estado de velar por la vigencia de los derechos humanos y, de otro, el de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad (art. 44 Const[151])[152]; en efecto en la teorización de la prueba prohibida subyace el siguiente conflicto:

La finalidad primordial del proceso penal es la búsqueda de la verdad[153].	La garantía de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos.
Se señala también como propósito evitar las conductas policiales ilícitas.	La Constitución consagra como eje de su estructura institucional la noción de Estado, al que le corresponde como un deber primordial garantizar plenamente los Derechos Humanos (art.44)[154].

[150] Dispositivo que debe ser concordado con la letra «h» del inciso 24 del artículo 2 de la Carta Magna, que prescribe que: Nadie debe ser víctima de violencia moral, psíquica o física, ni sometido a tortura o a tratos inhumanos o humillantes (...). Carecen de valor las declaraciones obtenidas por la violencia. De igual forma con el último párrafo del inciso 10 del mismo artículo que estipula que: Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

[151] Art. 44 de la Constitución Política del Estado: Son deberes primordiales del Estado: (...) garantizar la plena vigencia de los derechos humanos.

[152] TALAVERA ELGUERA, Pablo, *Comentarios al Nuevo Código Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2004, p. 7, agregando el referido autor que: Un Código Procesal Penal no puede reflejar sólo las ideas de los académicos en su desarrollo de los derechos previstos en la Constitución o los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos, sino también los intereses de la sociedad en mantener la paz dentro de la comunidad, para lo cual requiere que los operadores de la justicia sean eficaces en la prevención y represión de los actos delictivos y en especial la criminalidad violenta y la organizada.

[153] ASENCIO MELLADO, José María, *La prueba prohibida y prueba preconstituida en el proceso penal*, Fondo del Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales - Centro de Educación Continua, Lima, 2008, p. 106.

Los problemas de ponderación son problemas de optimización. En ellos se trata de cumplir los principios en colisión en la medida óptima, es decir, en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas. Una satisfacción plena del contenido ordenado por los principios está excluida, a causa de la colisión entre ellos. Cuanto mayor es el grado de satisfacción de un principio, menor es el del otro. Cuanto más se admita la libertad de expresión, menos se cumplirá el mandato de la honra, y mayor será la restricción de este derecho, y viceversa[155].

Establecido lo anterior, emerge como límite infranqueable de todo intento de ponderación de intereses la violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona; por otro lado, fuera del núcleo o contenido esencial si es pasible efectuar una ponderación de intereses, en este orden de ideas, la buena fe se erige como una excepción a la reglas de excepción, configurándose cuando se realiza un acto objetivamente inconstitucional de obtención de evidencias, pero el policía lo hizo en la creencia que lo hacía dentro de la ley, obrando de buena fe[156].

El Tribunal Constitucional en la sentencia del 17 de octubre de 2005, Exp. N° 6712-2005-HC/TC, Lima, Magali Jesús Medina Vela y Ney Guerrero Orellana, recalcando que corresponde realizar es una determinación de los contenidos de cada uno de los derechos involucrados. Sólo así se llegará a la delimitación adecuada de sus contornos. Para ello, será necesario optar por el método de la ponderación, con una utilización mixta de los criterios de razonabilidad (propios de cualquier relación entre derechos fundamentales) y de desarrollo colectivo (exclusivo de los derechos de respeto de la persona y los comunicativos); fijó los siguientes criterios:

a) La razonabilidad de la medida

a.1. La razonabilidad es un estándar de control de una acción que, incluye, dentro de sí, tres juicios claramente establecidos: la

---

154 SAN MARTÍN CASTRO, César:, *Derecho procesal penal*, volumen II, Grijley, Lima, 2003, p. 870.

155 SIECKMANN, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp.163 y 164.

156 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho procesal penal*, volumen II, Grijley, Lima, 2003, p. 883.

adecuación, la necesidad y la proporcionalidad, en cada uno de los cuales se debe dejar sentado si los argumentos de los recurrentes tienen, o no, sentido.

a.1.i. El juicio de adecuación

A través de la adecuación, la conclusión a la cual se arribe debe ser lo más ajustada posible a la finalidad de la Constitución, explícita o implícitamente reconocida. En tal sentido, la acción que realice la persona debe ser conveniente, jurídicamente hablando (la norma habrá de ser accesible y previsible) y contar con un fin legítimo. Este juicio aplicado a la relación entre información y vida privada permite determinar que sólo existirá una solución adecuada, si es que la noticia sobre la cual versa la información no desconoce el objetivo previsto en la Constitución en su artículo 1° (la persona es el fin supremo de la sociedad y del Estado) y que se materializa en la vigencia del respeto de los ámbitos de la vida privada de una persona, por más pública que ésta sea.

La sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos, en el caso Lawrence c. Texas, del 2003 (se trata de un caso en que hubo una intervención estatal a un domicilio en el cual dos personas practicaban relaciones homosexuales), también está en la misma línea:

La libertad protege a la persona de intrusiones gubernamentales arbitrarias en una vivienda u otro lugar privado (...). El derecho de la libertad se extiende más allá de los límites espaciales. La libertad supone una autonomía de la persona que incluye libertad de pensamiento, credo, expresión y cierta conducta íntima. El presente caso involucra la libertad de la persona tanto en su dimensión espacial como en sus más trascendentes dimensiones.

a.1.ii. El juicio de necesidad

El criterio de necesidad importa la ausencia de una solución más efectiva y adecuada de la que se esté tomando. Lo que se busca realizar a través de este juicio es elegir, entre las medidas posibles, la mejor que exista.

a.1.iii. El juicio de proporcionalidad

A través de la proporcionalidad se procura que cada solución a la cual se arribe responda a una conveniencia constitucional o finalidad de la determinación de contenidos de cada uno de los derechos que están en juego. Es decir, busca que el resultado del acto interpretativo responda al objeto perseguido por la ponderación realizada.

b) El desarrollo colectivo en la medida

Luego de concluir con el análisis de la ponderación según parámetros genéricos, debe efectuarse un examen desde el punto de visto específico. Así por ejemplo, en cuanto a la relación entre los derechos a la información y a la vida privada, debe insistirse en la correspondencia existente en derecho entre lo público y lo privado. Una buena muestra de esta distinción se constata en el Constitucionalismo Histórico nacional. Así, el artículo 20° de la Norma Fundamental de 1867 consideraba que no existía responsabilidad de la prensa cuando los asuntos eran de interés general, situación que variaba completamente cuando mediaba un interés privado, o como ella misma denominaba, 'publicaciones sobre asuntos personales'.

En conclusión, debe establecerse cuándo se está realmente frente a un 'discurso público', teniendo en cuenta que este incluye un desarrollo colectivo de la sociedad. Este tipo de discursos (...) está en la base de una serie de distinciones (...): asuntos de interés público (*matters of public interest*) por oposición a los que no la tienen, intimidad (*privacy*), figuras públicas y simples particulares (*public figures, private persons*)[157].

En el análisis de la validez del derecho a la información o a la vida privada se tendrá como característica esencial e imprescindible su acercamiento a una base razonable para el mejoramiento social y personal de los miembros de la colectividad. Sólo de este forma podrá ser entendido el interés público en una información vertida por los medios de comunicación social. Este desarrollo colectivo se materializa en dos ámbitos: uno subjetivo (proyección pública) y otro objetivo (interés del público).

b.1.- El juicio de proyección pública

En materia del derecho al honor versus información, un primer aspecto respecto a la formación de la opinión pública por intermedio de la información vertida por los recurrentes se refiere a la validez de la proyección pública en el caso concreto. Se asume que el grado de conocimiento de la población respecto a ciertos personajes conocidos hace que la protección de su vida privada puede verse reducida.

---

[157] Análisis del proyecto de MEIKLEJOHN, rec. por Pablo SALVADOR CODERCH, *El mercado de las ideas*, CEC, Madrid, 1990, p. 28.

En el caso denominado «Magaly», por lo tanto, se aduce la proyección pública de la querellante para justificar la intromisión en su vida privada. Para justificar ello, el abogado defensor de los demandantes señala que la beneficiada es la principal exponente de la prensa chicha televisiva y (...) la prensa no convencional tiene dos temáticas fundamentales, que son los dos arquetipos de la sociedad cuantitativamente más importantes de este país (...). Entonces, dentro de esa sociedad, los dos arquetipos fundamentales son la vedette y el futbolista (...). De lo que acontece es esto, para el público y la temática que había estaba dentro del formato del canal, si ésa es la idea, dentro del formato del programa estaba la temática»[158].

Frente a tal aseveración, en el proceso penal que se les siguió por violación a la intimidad, el juzgador señaló que (...) aun cuando admitamos de manera forzada que la agraviada Mónica Adaro es líder o corriente de opinión en nuestro país, justo es señalar que las revelaciones hechas sobre ella nada tienen que ver con la actividad por la cual es públicamente conocida: su labor como cantante y bailarina (...)[159].

Lo que también es cierto es que existen diversos tipos de personas con proyección pública, cada una de las cuales cuenta con un nivel de protección disímil. Según el grado de influencia en la sociedad, se pueden proponer tres grupos de acuerdo con el propósito de su actuación:

- *Personas cuya presencia social es gravitante*: Determinan la trayectoria de una sociedad, participando en la vida política, económica y social del país. Ellas son las que tienen mayor exposición al escrutinio público, por cuanto solicitan el voto popular.
- *Personas que gozan de gran popularidad sin influir en el curso de la sociedad*: Su actividad implica la presencia de multitudes y su vida es constantemente motivo de curiosidad por parte de los particulares, aunque tampoco se puede negar que ellos mismos buscan publicitar sus labores, porque viven de la fama.
- *Personas que desempeñan actividades públicas, aunque su actividad no determina la marcha de la sociedad*: Sus actividades

[158] Declaración de la defensa de los demandantes (Audiencia Pública del 17 de octubre de 2005).

[159] Sentencia de primera instancia emitida por el Trigésimo Noveno Juzgado en lo Penal de Lima. N° 396-2001 (fs. 82 del Expediente).

repercuten en la sociedad, pero no la promueven, como puede ser el caso de los funcionarios públicos.

Como se puede dar uno cuenta, la querellante y uno de los querellados se insertan en el segundo grupo de personas con proyección pública.

Lo que queda por dilucidar en el caso es si era relevante para determinar la intromisión de la vida privada de la persona el hecho de que ella era una bailarina conocida, y si es que para tal propósito se requería averiguar la existencia de prostitución clandestina.

En un caso de Jurisprudencia Comparada, se publicaron en un semanario diversos artículos titulados 'Mi vida' como si la propia artista, protagonista de estas historias, los hubiese escrito, lo cual era falso. Por ello, se señaló en la Corte de Apelaciones de París, en el caso de Marlene Dietrich, que (...) las vedettes están protegidas por los mismos principios (generales), y no corresponde hacer una excepción en lo que a ellas concierne, bajo el pretexto espacioso de que ellas buscan una publicidad indispensable a su celebridad.

Entonces, las personas que se dedican al vedettismo también gozan de la protección de su derecho a la vida privada, y más aún de su intimidad, por más proyección pública que realicen de sus actividades. Es inaceptable, por ello, que en el caso de autos se asevere, o se deje sentado, que porque la querellante era una persona pública, podía vulnerarse o transgredirse su derecho a la vida privada, y exponerla gratuitamente a un fútil escrutinio de la comunidad.

b.1.ii. El juicio de interés del público

El segundo gran tema respecto al desarrollo colectivo está referido a los asuntos que merecen una atención especializada de la sociedad. En él se demuestra cómo una persona puede terminar informando un asunto que imperiosamente merece ser conocido por los demás, y que ello justifica alguna intromisión de la vida privada de alguien. Ello tampoco ha de impedir la protección de los derechos de los afectados, sino simplemente la disminución de los límites externos de uno de ellos.

7. Los efectos de la prueba prohibida

En el ámbito del proceso penal la consecuencia de la prueba prohibida se encuentra reconocida en el artículo 159° del Nuevo Código Procesal Penal, al señalar que «[e]l Juez no podrá utilizar, directa o

indirectamente, las fuentes o medios de prueba obtenidos con vulneración del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona».

Como puede advertirse, el Nuevo Código Procesal Penal plantea la prohibición de que el juez pueda utilizar determinados medios de prueba que se hubieran obtenido mediante la violación de los derechos fundamentales.

En el ámbito constitucional, en la STC 02333-2004-HC/TC este Tribunal destacó que el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución prescribe que «el derecho a que se establezca la invalidez de las declaraciones obtenidas mediante el uso de la violencia en sentido lato» tiene «como fin enervar el valor jurídico de aquellas revelaciones o exposiciones alcanzadas mediante cualesquiera de las formas de agresión anteriormente señaladas».

8. Interceptación y grabación de las conversaciones telefónicas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil*, del 6 de julio de 2009, ha precisado que el derecho a la vida privada previsto en el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos protege «las conversaciones realizadas a través de las líneas telefónicas instaladas en las residencias particulares o en las oficinas, sea su contenido relacionado con asuntos privados del interlocutor, sea con el negocio o actividad profesional que desarrolla».

De ese modo, el derecho a la vida privada tutela «a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones».

En definitiva la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enfatizado que «la protección a la vida privada se concreta en el derecho a que sujetos distintos de los interlocutores no conozcan ilícitamente el contenido de las conversaciones telefónicas o de otros aspectos, como los ya mencionados, propios del proceso de comunicación».

Como todo derecho fundamental, la vida privada no es un derecho absoluto, por lo que puede ser restringido siempre que las injerencias no sean abusivas o arbitrarias; esto es, que tales injerencias deben encontrarse previstas en la ley, perseguir un fin legítimo y ser idóneas, necesarias y proporcionales en una sociedad democrática (artículo 11.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Semejante situación sucede con el derecho al secreto y a la inviolabilidad de las comunicaciones.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil* precisó que la interceptación telefónica, al representar una seria interferencia en la vida privada, para que sea legítima «debe estar fundada en la ley, que debe ser precisa e indicar reglas claras y detalladas sobre la materia, tales como las circunstancias en que dicha medida puede ser adoptada; las personas autorizadas a solicitarla, a ordenarla y a llevarla a cabo; el procedimiento a seguir, entre otros elementos».

Pues bien, en el presente caso se advierte que las conversaciones telefónicas del beneficiario que sirven de fundamento al auto de apertura que se cuestiona no fueron interceptadas por agentes del Estado, por lo que la injerencia arbitraria en su vida privada no le es imputable al juez demandado, ni al fiscal que interpuso la denuncia. En este sentido debe destacarse que las conversaciones telefónicas del beneficiario no constituían información pública, por lo que su divulgación a través de los medios de prensa sin la autorización del beneficiario se tornó inconstitucional.

Para evaluar la incidencia de las pruebas prohibidas en la situación jurídica del beneficiario, el Tribunal Constitucional considera necesario examinar en abstracto el conjunto del proceso penal a fin de verificar la afectación del derecho al debido proceso, y si la decisión sobre la situación jurídica del demandante se fundamenta, o no, en pruebas prohibidas. Como el proceso penal aún no ha concluido, la presente demanda ha sido presentada en forma prematura, por lo que deviene en improcedente.

Debe destacarse que el criterio del análisis global para evaluar la relación entre prueba prohibida y debido proceso penal también es utilizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en la sentencia del Caso *Schenk vs. Suiza*, del 12 de julio de 1988, se precisó que no se puede «excluir en principio y en abstracto que se admita una

prueba conseguida ilegalmente» porque sólo «le corresponde averiguar si el proceso» considerado «en su conjunto fue un proceso justo».

Finalmente ante la práctica de públicas difusiones de conversaciones interceptadas, este Tribunal debe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia del Caso *Escher y otros vs. Brasil,* ha enfatizado que:

a) Cuando las conversaciones telefónicas son de carácter privado y no constituyen información pública, su divulgación requiere de la autorización de los interlocutores, caso contrario, su divulgación se torna ilegítima [párrs. 129 y147].
b) La divulgación de cintas grabadas sin la autorización de los interlocutores configura una violación del derecho a la honra y a la dignidad de toda persona, en el cual se incluye su privacidad, según el artículo 11° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, leído en conjunto con los artículos 30 y 32.2 del mismo instrumento [párr. 147].
c) La divulgación de conversaciones telefónicas que se encuentran bajo secreto de justicia por agentes del Estado implica una injerencia en la vida privada, la honra y la reputación de los interlocutores [párr. 158].

En concordancia con ello, debe recordarse que el inciso 10) del artículo 2° de la Constitución dispone que las «comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez, con las garantías previstas en la ley».

9. La instrumentalización probatoria de los denominados «vladivideos»

Respecto a la elaboración de los denominados «vladivideos» -audios y videos-, se destaca que su grabación se contó con el consentimiento de uno de los interlocutores o personajes que aparecen en la mayoría de los videos (Vladimiro Montesinos Torres), por otro lado, la gran mayoría de las reuniones se verificaron dentro de instalaciones públicas (Servicio de Inteligencia Nacional); su relevancia probatoria fue inicialmente gravitante para la incoación de la acción penal, empero, a nivel preliminar y jurisdiccional, al recabarse las declaraciones de quienes aparecieron en los videos -donde reconocían los hechos que daban cuenta los audios y videos-, los denominados «vladivideos» pasaron a un segundo plano, centrando, de esta forma,

la fuerza de imputación en los actuados a nivel jurisdiccional (por ejemplo instructivas o testimoniales), esto es, a partir de los videos se amplió el abanico de elementos de juicio para construir una sentencia condenatoria. Una posible estrategia de repetirse dicho contexto consistiría en cuestionar, de ser el caso, el contenido de videos y audios, evitando con ello, que los acusados tácitamente subsanen la ilegal forma de obtención con su reconocimiento.

10. Informes

1.- José María Asencio Mellado:	«Dictamen acerca de la eficacia y valor probatorio de las grabaciones en audio y video halladas en el domicilio de D. Vladimiro Montesinos en el mes de noviembre de 2.000»
2.- Enrique Gimbernat Ordeig:	«Informe sobre la viabilidad procesal de utilizar legítimamente, como prueba de cargo contra Montesinos y otros acusados, los videos que aquel grabó subrepticiamente de sus conversaciones».
3.- Francisco Muñoz Conde:	«Dictamen sobre la denuncia penal contra directivos de la Empresa «Lucchetti», sobre valor probatorio en un proceso penal de grabaciones de conversaciones obtenidas mediante videos y relevancia penal de las conversaciones grabadas en ellos».

11. Sentencias del Tribunal Constitucional

1.- EXP. N° 01014-2007, del 5 de Abril del 2007.Caso: «Luis Federico Salas Guevara Schultz»	Ítems de intereses: Exigencias para que la prueba genere un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez». i).-De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues este se ajustara a la verdad de lo ocurrido y **no habrá sido susceptible de manipulación**, y ii).- la **proscripción de actos** que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico **en la obtención, recepción** y valoración de la prueba».
2.- EXP. N° 2053-2003, del 15 de Setiembre del 2003. Caso: «Edmi Lastra Quiñones»	Ítems de intereses: Definición de la prueba ilicita.
3.- EXP. N° 979-2001-HC/TC, del 6 de Mayo del 2002. Caso: «Luksic Craig»	Ítems de intereses: Del procedimiento de prueba adicional o de acreditación complementaria de los videos, transcripciones, cintas magnetofónicas u otros medios similares.

12. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República

1.- EXP. N° 11-2001, del 18 de Febrero del 2003. **Acusado: Ernesto Ramón Gamarra Olivares. Delitos: Contra la Administración Pública – Abuso de autoridad, Cohecho pasivo propio y Tráfico de Influencias, en agravio del Estado.**	Alego la defensa: **«el video procede de un hecho ilícito e irregular, al haber sido obtenido contra la ley y que por ello no tendría valor probatorio para acreditar los hechos en su contra; fundamentando la ilícita procedencia del video que habría sido obtenido en una incautación llevada a cabo sin mandato judicial, y editado exprofesamente con la intención de hacerle daño, por lo que siendo esta prueba, el fruto del árbol prohibido, la convierte de ineficaz».**
2.- EXP. N° 21-2001, del 3 de Julio del 2003. **Acusado: José Ramos García Marcelo:** **Delito: Asociación Ilícita para Delinquir**	Alego la defensa: **«la impugnación del video 913 negándole todo mérito y valor probatorio por considerar que fue obtenido en forma ilícita y por ser atentatoria a sus derechos de procesado, amparándose en la teoría del fruto del árbol prohibido».**

13. Sentencias de la Corte Superior de Justicia de Lima

1.- EXP. N° 030-2001, del 26 de Enero del 2005. **Acusado: Vladimiro Montesinos Torres y otros.** **Delitos: Contra la Tranquilidad Publica – Asociación ilícita para delinquir y otros.**	Alego la defensa: «i).- no se puede consentir que de un acto ilícito se pretenda generar un derecho, acto ilícito que está acreditado, y ii).- que dicho documento contiene una conversación privada, cuya grabación ni siquiera fue consentida, en consecuencia, esta debió quedar dentro del ámbito de las personas que formaban parte de la reunión, por lo que el hecho de haberse sustraído ilícitamente hace que el documento no tenga valor probatorio».
2.- EXP. N° 24-2006, del 18 de Mayo del 2005. **Sala: Tercera Sala Penal de Reos en Cárcel.** **Materia: Hábeas corpus.** **Caso: «Linares Talavera»**	Caso típico de **«intervenciones telefónicas ilícitas», donde se declaró fundado el hábeas corpus.**

14. Casuística: caso ANDRÓNICO LUKSIC CRAIG Y OTROS (STC N° 979-2001-HC/TC)

a) Tipo de control/ ejercicio que corresponde realizar al operador jurídico en cada fase de la actividad probatoria

FASE DE ADMISIÓN, FASE DE ACTUACIÓN, FASE DE VALORACIÓN i). CONTROL DE LA FORMA DE OBTENCIÓN DE LA FUENTE DE PRUEBA (Control de no vulneración de derechos fundamentales [vg. violación del secreto de las comunicaciones, derecho a la intimidad, etc.]) ii). CONTROL DE LA EVALUACIÓN DE LA PERTINENCIA, UTILIDAD Y CONDUCENCIA DEL MEDIO PROBATORIO.	CONTROL DEL EJERCICIO PLENO DEL DERECHO AL CONTRADICTORIO EN LA ACTUACIÓN DEL MEDIO PROBATORIO.	i). VERIFICACION POSITIVA / NEGATIVA DE LOS CONTROLES ANTERIORES. ii). EJERCICIO DE LAS REGLAS DE VALORACIÓN.

b) Criterios fijados por el Tribunal Constitucional en materia de prueba videográfica: controles/ operaciones que corresponde realizar

[STC N° 979-2001-HC/TC]

(Criterios distribuidos según fase probatoria con la que se relaciona

FASE DE ADMISIÓN	FASE DE ACTUACIÓN	FASE DE VALORACIÓN
TC plantea exigencias a tener en cuenta en la incorporación de prueba videográfica al proceso.- Establece la Sentencia **exigencia de merituar objetivamente diversas circunstancias, tales como: (i) las relativas al origen o procedencia del medio probatorio, y (ii) los Derechos Constitucionales comprometidos»**	**TC plantea exigencia de actuación de oficio (en defecto de iniciativa de parte) de medios probatorios tendientes a acreditar o complementar sentido probatorio de videos.** Establece la Sentencia que **el contenido de los videos debe necesariamente «pasar por un proceso de prueba adicional o acreditación complementaria mediante medios idóneos que ofrezcan las partes o que se actúen de oficio en los respectivos procesos»**	**TC fija Reglas de Valoración de prueba videográfica** - Establece la Sentencia **exigencia de que se analice el contexto de los diálogos.*** (*) Bien puede entenderse esta exigencia de que no es válido ponderar criminosamente frases sueltas o inorgánicas si de todo el conjunto del diálogo no se desprende la configuración de un hecho punible o el acuerdo para su comisión. -Habiendo establecido la Sentencia que los videos solo tienen naturaleza indiciaria y, por ende, la imperiosa necesidad de ser revestida de prueba complementaria, se desprende de ello la exigencia de que en el momento de la valoración (sentencia) **se verifique si el contenido del video efectivamente se ha visto o no corroborado por otros medios probatorios, en cuyo defecto, no se cumplirá con las exigencias de mínima actividad probatoria para sustentar una sentencia condenatoria.**

XIII
La cadena de custodia

En la jurisprudencia de la Corte Suprema recientemente se discutió en el contexto del denominado caso «BTR», la supuesta ilicitud de las pruebas postulada, acorde con ello, el cuestionamiento de la cadena de custodia; así, es un fundamento recurrente, en la Ejecutoria Suprema del 14 de septiembre de 2012, R.N. N° 1317-2012, Lima, que no se preservó la cadena de custodia de los elementos incautados, que se produjo una indebida intervención de órganos policíacos no especializados, la invalidez de la autorización otorgada por los procesados para levantar el secreto de las comunicaciones, la ausencia de abogados defensores en las diligencias preliminares, entre otros.

Así las cosas, corresponde remitirnos a la institución procesal denominada «cadena de custodia», definida como el procedimiento establecido por la normatividad jurídica, que tiene el propósito de garantizar la integridad, conservación e inalterabilidad de elementos materiales de prueba como documentos, muestras (orgánicas e inorgánicas), armas de fuego, proyectiles, vainillas, armas blancas, estupefacientes y sus derivados, etc.; entregados a los laboratorios criminalísticos o forenses por la autoridad competente a fin de analizar y obtener, por parte de los expertos, técnicos o científicos, un concepto pericial»[160].

La cadena de custodia es un medio reconocido de autenticación de evidencia demostrativa que no es susceptible de ser identificada por su apariencia externa ni susceptible de ser marcada. Se trata de establecer la «mismidad» requerida, esto es que la evidencia ofrecida es la misma que el proponente sostiene que es, acreditando su custodia o paradero desde su vínculo con los hechos en controversia (por

---

[160] ANGULO ARANA, Pedro, *La Investigación del Delito en el Nuevo Proceso Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2006, 175 p., citando a LÓPEZ CALVO, Pedro y GÓMEZ SILVA, Pedro, *Investigación Criminal y Criminalística*, Temis, Bogotá, 2000, p. 137.

ejemplo, la ocupación de la droga de un acusado por parte de un agente) hasta su presentación en evidencia. La cadena está compuesta por los eslabones en la custodia, y cada eslabón debe incluir el momento de custodia, de quien se recibió la evidencia y a quien se le pasó, y las medidas tomadas para asegurar la integridad de la evidencia y evitar que se intervenga con ella o se altere[161].

En unos casos la interrupción de la cadena de custodia tendrá efectos en la admisibilidad de la evidencia y en otros en la valoración o peso probatorio asignado después del debate. Cuando se trata de presentar evidencia contra un acusado, los tribunales son más celosos o cautelosos en relación con exigir mayor rigurosidad en la cadena de custodia. Pero aún en estos casos, **la clara tendencia es decir que no toda interrupción en la cadena de custodia acarrea la inadmisibilidad de evidencia, y que estas lagunas en la cadena se dirigen más al peso que a la admisibilidad de la evidencia**[162].

De esta forma, el problema que plantea la cadena de custodia es garantizar que desde que se recogen los vestigios relacionados con el delito hasta que llegan a concretarse como pruebas en el momento del juicio, aquello sobre lo que recaerá la inmediación, publicidad y contradicción de las partes y el juicio del tribunal es lo mismo. Es a través de la corrección de la cadena de custodia como se satisface la garantía de la «mismidad» de la prueba. Se ha dicho por la doctrina que la cadena de custodia es una figura tomada de la realizada a la que tiñe de valor jurídico con el fin, en su caso, de que lo que se recoge, traslada y analiza es lo mismo en todo momento, desde el instante mismo en que se recoge del lugar del delito hasta el momento final en que se estudia y destruye.

Debiendo puntualizarse, que la irregularidad de la cadena de custodia, de ser ese el caso, no constituye, de por sí, vulneración de derecho fundamental alguno que tan solo vendría dado por el hecho de admitir y dar valor a una prueba que se hubiera producido sin respetar las garantías del procedimiento y especialmente, el derecho de defensa, y en segundo lugar que las formas que han de respetarse en las tareas de ocupación, conservación, manipulación, transporte y

---

[161] Chiesa, Ernesto, *Tratado de Derecho probatorio*, t. II, Publicaciones JTS, Estados Unidos, 2005, p. 926.

[162] Chiesa, *op. cit.*, p. 926.

entrega en el laboratorio de destino de la sustancia objeto de examen que es el proceso al que denominamos genéricamente «cadena de custodia», no tiene sino un carácter meramente instrumental, es decir, que tan sólo sirve para garantizar que la analizada es la misma e integra materia ocupada, generalmente, al inicio de las actuaciones. De modo que, a pesar de la comisión de algún posible error, ello no supone, por sí solo, sustento racional y suficiente para sospechar siquiera que la analizada no fuera aquella sustancia originaria, ni para negar el valor probatorio de los análisis y sus posteriores resultados, debidamente documentados.

Apuntar, por ello, a la simple posibilidad de manipulación para entender que la cadena de custodia se ha roto no resulta aceptable; en este orden de ideas, el Tribunal Constitucional en la sentencia del 27 de octubre del 2010, Exp. N° 00655-2010-PHC/TC:

> «13. Nuestra Constitución prevé pruebas expresamente prohibidas. Así, conforme al inciso 10), del artículo 2° de la Constitución, no tienen efecto legal los documentos privados que han sido abiertos, incautados, interceptados o intervenidos sin la existencia de un mandato judicial debidamente motivado.
>
> En sentido similar, el literal h del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución reconoce que carecen de valor las declaraciones obtenidas por: **a)** la violencia moral, psíquica o física; **b)** la tortura; y **c)** los tratos humillantes o denigrantes.
>
> De este modo, en nuestro ordenamiento jurídico una prueba será considerada prohibida cuando se obtenga mediante la violación directa o indirecta de algún derecho fundamental, ***mas no de los derechos de rango legal o infralegal***».

Fijado lo anterior, la Corte Suprema, recalca que la defensa de los sentenciados sostiene que las autorizaciones que habrían prestado los procesados para que se acceda y visualice diverso material privado, no sería legal; al respecto, el tema pasa por determinar la validez o no de la autorización del titular de un bien jurídico, para proceder a la injerencia estatal en el contenido esencial de un derecho fundamental, en la medida que en el presente caso tomó lugar el consentimiento de los titulares de dichos derechos (conforme se dio lectura en el juicio oral), donde la procesada Giannotti Grados, estaba inclusive en compañía de sus abogados; por lo que su asentimiento incide en

determinar la validez de la intervención así como de definirlo como un acto revestido de toda licitud. Por lo demás, no se advierte que haya acontecido algún acto de coacción y/o vicio de la voluntad, que haya de poner en duda la exteriorización de dicho elemento; más bien lo que se aprecia es una evidente intención de los abogados de los encausados de invalidar dichas intervenciones, cuando en su momento no indicaron nada al respecto. A mayor abundamiento, debe destacarse el hecho de aquellos defensores que en su debida oportunidad no cuestionaran la intervención, luego en una instancia decisoria y conclusiva del Proceso Penal, procedan a proferir dichas alegaciones, lo cual ha de ser calificado como una mera estrategia de defensa, que ante la adversidad de las circunstancias, optan por el camino de poner reparos a todo lo sucedido en la etapa de investigación.

Sobre este aspecto, recalca el Tribunal Supremo, que las instancias judiciales inferiores, ya dispuso la exclusión de la evaluación, de todo lo que se actúe con respecto de la acusada, siendo materia de evaluación solo lo que se obtuvo hasta esa fecha y, segundo, del mismo contenido de la sentencia recurrida, se observa que el Tribunal decisorio (Segunda Parte; ítems: 22 y 23), concluye que en relación a las irregularidades en relación al recojo como en la conservación de algunas de las evidencias incautadas a los procesados Giannotti Grados y Tomasio de Lambarri, al no haberse cumplido con cuantificar adecuadamente lo que se estaba incautando, y las tachas propuestas por la defensa de dichos procesados, se declaran fundados, con excepción a la tacha contra el USB, cassettes y discos duros. En tal entendido, estimó que el Superior Colegiado fue sumamente cauteloso y depuró parte del material probatorio acopiado en el presente procedimiento; por lo que los cuestionamientos esgrimidos por la mayoría de los sentenciados deben ser desestimados.

Colateral a ello, examinó, también, la supuesta indebida intervención de órganos policíacos no especializados, empero, lo que en realidad se arguye es que mediando dicha intervención, algunos funcionarios del gobierno, quisieron controlar e interferir en las diligencias investigativas, a fin de poder manipular y controlar los dispositivos y así sustentar la culpabilidad de los propietarios y gestores de BTR, contando para ello con la participación de fiscales y de altas autoridades policiales. Se constató de los diversos actuados, que

efectivamente fue la Dirección Nacional contra las Drogas (DIRANDRO), la encargada de efectuar la presente investigación y ello obedeció estrictamente a una decisión del Ministerio Público –conductor jurídico de la investigación penal–, en vista de que dicha unidad estaba premunida de todo lo necesario para realizar una óptima labor. Por lo demás, se precisó que a la fecha en que la Fiscalía de la Nación determina que sea la Fiscalía contra el Crimen Organizado la que asuma las investigaciones, no se sabía quién o quiénes estaban involucrados, información que recién se obtiene cuando el grupo de inteligencia de la PNP (ORION), después de efectuar sus primeras indagaciones, identifica a las personas que estarían comprometidas con los actos de violación de las comunicaciones e interceptaciones telefónicas; es decir, es después de dos meses, cuando se tiene certeza sobre la identidad de las personas que estarían comprendidos bajo la estructura de BTR, siendo en el mes de enero de dos mil nueve, cuando se elabora el informe de ORION y seguidamente la intervención de los procesados. Conforme los aspectos reseñados, se infiere la no acreditación de una voluntad política encaminada a manipular y controlar la presente investigación y así involucrar a los procesados de una manera ilegal e irregular.

En cuanto a no haberse preservado la cadena de custodia de los elementos incautados, de *que los bienes no fueron oportuna y debidamente lacrados; se* argumenta así, que en la intervención policial inicial, no haya estado presente el abogado defensor del intervenido, lo que riñe con la lógica elemental de los primeros actos investigativos, pues por su intrínseca naturaleza, necesita que se efectúe de manera sorpresiva *(inaudita pars)*, de no ser así, se perdería la eficacia que orienta estas primigenias intervenciones, por lo que dicha alegación carece de *consistencia legal y jurídica, sabedores que en las* diligencias preliminares rige el principio de investigación oficial, merced al cual se autoriza a los órganos de persecución penal a realizar sus diligencias sin conocimiento del afectado, las cuales están dirigidas por el representante del Ministerio Público. Debiéndose destacar que las intervenciones policiales tomaron lugar con toda corrección y fuera de toda clase de exceso, de ahí que se procede al registro vehicular y al registro domiciliario, tal como consta del contenido de las actas respectivas, que han sido debatidas en el contradictorio oral, no habiéndose producido acto de resistencia alguna por parte de los

intervenidos ni incidente que haya merecido ser consignado en dichos documentos, habiéndose contado con la presencia de un representante del Ministerio Público en cada grupo. A lo dicho, cabe añadir, que las oficinas de la DIRANDRO están revestidas de razonables elementos de seguridad y provistos de garantías, lo que permitió a la Sala atribuir un reconocimiento legal y válido, de los elementos hallados y descubiertos inicialmente. A mayor abundamiento, debe decirse que por el breve tiempo que la fiscalía en colaboración con la policía, tenía para concluir la indagación preliminar, hacía inviable que dichas indagaciones podrían efectuarse en presencia de todos los investigados y de sus abogados defensores, teniéndose como garantía fundamental, la presencia del representante del Ministerio Público, como órgano constitucional que otorga validez y legalidad a dichas actuaciones investigativas. Consecuentemente, no existen indicadores objetivos y acreditados, que puedan indicar que en la presente investigación habría acontecido una reprobable manipulación política, que si bien hay indicios de ciertas irregularidades -las que determinaron la exclusión de ciertas evidencias-, no es menos cierto que el resto de bagaje probatorio contaba con todos los elementos de validez para ser valorado por el Superior Colegiado, tal como fue destacado por el Ministerio Público y por la propia defensa de los encausados, al haber sido utilizados como prueba de descargo.

XIV

La prueba testimonial (el caso de la colaboradora eficaz, el testigo de oídas y la prueba trasladada)

1. Supuesto de hecho

Una acusación fiscal en cuyo apartado IV.- de la acusación «ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS PROCESADOS», páginas 114 y 115, el Ministerio Público ofrece las siguientes pruebas de cargo: Testimonial de Matilde Pinchi Pinchi y la manifestación policial de Juan Ramírez Canaval. A esta prueba de cargo de la acusación escrita corresponde agregar para el análisis individual, el testimonio de Vladimiro Montesinos Torres y del ex Ministro del Interior General Ejército peruano José Villanueva Ruesta.

2. Requisitos para la eficacia probatoria de la prueba testimonial

El autor colombiano Hernando Devis Echandia, máximo exponente latinoamericano de la teoría de la prueba, establece que el fundamento del valor probatorio del testimonio lo constituyen máximas o reglas de la experiencia que permiten el establecimiento de un conjunto de requisitos de eficacia probatoria que el juez debe verificar para poder dar valor a la declaración testimonial[163].

REQUISITOS DE EFICACIA PROBATORIA DE LA PRUEBA TESTIMONIAL

1) La conducencia del medio.
2) La pertinencia del hecho objeto del testimonio.
3) La utilidad del testimonio.
4) Capacidad mental en el momento de la percepción de los hechos sobre los cuales versa el testimonio.
5) Ausencia de perturbaciones psicológicas o de otro orden, que aún cuando no alcancen a producir incapacidad mental, si pueden afectar la veracidad o la fidelidad del testimonio.
6) Que el testigo no adolezca de falta total o de defectos del órgano de percepción que debía utilizar para el conocimiento del hecho objeto de su testimonio.

---

163 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 6ª ed., tomo 2, Zavalia Editor, Buenos Aires, 1988, pp. 86 y 87.

7) Una capacidad memorativa normal del testigo de acuerdo con la antigüedad de los hechos.
8) Que no existan otras circunstancias subjetivas u objetivas que puedan haber alterado la fidelidad de sus percepciones o de su memoria.
9) Ausencia de interés personal o familiar del testigo en el litigio sobre el hecho objeto de su testimonio.
10) Ausencia de antecedentes de perjurio, falsedad o deshonestidad del testigo.
11) Que el testimonio contenga la llamada «razón del dicho», es decir, del fundamento de la ciencia del testigo.
12) Que no aparezca improbable la ocurrencia del hecho en esas circunstancias de tiempo, modo y lugar que el testigo expone.
13) Que el conocimiento del testigo esté de acuerdo con esa razón de su dicho.
14) Que los distintos hechos contenidos en su narración no aparezcan contradictorios entre sí.
15) Que si hay varias declaraciones del mismo testigo, no existan esas contradicciones entre ellas.
16) Que haya claridad y seguridad en las conclusiones del testigo y no aparezcan vagas ni incoherentes.
17) Que el hecho narrado no sea contradictorio a otro que goce de notoriedad.
18) Que el hecho narrado y la razón del dicho no estén en contradicción con máximas generales de la experiencia.
19) Que no exista una cosa juzgada ni una presunción de derecho en contrario.
20) Que no haya contradicciones graves con testimonios de otras personas, que merezcan similar o mayor credibilidad.
21) Que lo dicho por el testigo no esté en contradicción con otras pruebas de mayor valor legal o de más fuerza de convicción.
22) Que la narración del testigo no aparezca inverosímil ni el hecho imposible, por otros motivos.
23) Que lo dicho por el testigo no exceda el objeto propio del testimonio.
24) Que no se haya probado dolo del testigo o falsedad en su testimonio.
25) Que se haya ratificado o abonado en debida forma, si fue practicado en otro proceso o extraprocesalmente sin audiencia de la parte contra quien se aduce.
26) Que se hayan cumplido las demás formalidades para su recepción, aún cuando su falta no implique la nulidad del testimonio.
27) Que no se trate de una persona que habitualmente es llamada a declarar en justicia.
28) Que no se haya violado el secreto profesional o la reserva legal.

La Segunda Sala Penal Especial en la sentencia del 30 de marzo del 2007 dictada en el Proceso Penal N° 39-2004, «Caso SITRAMUN-Lima», establece la existencia de requisitos de eficacia probatoria del testimonio[164].

[164] Segunda Sala Penal Especial Superior, Proceso penal N° 39-2004, Sentencia del 30 de marzo del 2007, pp. 41 y 42.

3. Valoración del testimonio de Matilde Pinchi Pinchi

El testimonio de Matilde Pinchi Pinchi se cuestiona afirmando que carece de varios requisitos de eficacia probatoria:

a) Antecedentes de deshonestidad: condena por delito de falsedad genérica y defraudación de renta de aduanas.
b) Condición de colaboración eficaz.
c) Testigo de oídas.
d) Incongruencia con otros testimonios de semejante o mayor credibilidad.

3.1. Antecedente de deshonestidad: condena por delito de falsedad y defraudación de renta de aduanas

Es un hecho judicialmente notorio la condición de condenada por delito de falsedad de Matilde Pinchi Pinchi; incluso en el juicio oral, la testigo ha expresado que fue sentenciada penalmente por delito de falsedad[165].

Téngase presente que los hechos notorios no exigen probanza conforme se establece en el artículo 190 inciso 1 del Código Procesal Civil al que nos remitimos vía interpretación sistemática[166].

---

[165] En la sentencia de fecha 28 de febrero del 2002, el Sexto Juzgado Anticorrupción condenó a la testigo Matilde Pinchi Pinchi como cómplice primario de los delitos de peculado, cohecho, enriquecimiento ilícito, asociación ilícita, y como autora de violación del fuero parlamentario, encubrimiento real, falsedad genérica, defraudación tributaria y defraudación de renta de aduanas.
Conforme a la parte considerativa de la sentencia, se condenó a Matilde Pinchi Pinchi como autora de falsedad genérica porque prestó falso testimonio en la investigación que realizó el Congreso de la República a través de la Comisión Waisman: «...que al ser interrogada por los miembros de la mencionada Comisión refirió ser dueña únicamente de dos inmuebles ubicados en el distrito de San Borja-Lima, alterando la verdad y negando su real condición patrimonial al ocultar ser propietaria de dos inmuebles...evitando de esa manera que la mencionada Comisión Investigadora cumpla cabalmente sus funciones...» Resaltado de los defensores.
Igualmente se condenó a Matilde Pinchi Pinchi como autora de los delitos de defraudación de renta de aduanas y defraudación tributaria por haber proporcionado información falsa a la SUNAD como importadora y a la SUNAT como contribuyente: «...precisando que al momento de declarar la importación de su mercadería falseaba los datos en cuanto a cantidad, declarando del cien por ciento que traía sólo el setenta y cinco por ciento...

[166] El artículo 156 inciso 2 del Código Procesal Penal del 2004 igualmente establece que los hechos notorios no son objeto de prueba.

DEVIS ECHANDÍA admite que son hechos notorios judicialmente aquellos «que son conocidos no sólo por el Juez de la causa en el desempeño de sus funciones, sino por la mayoría de los abogados, jueces y personas vinculadas al foro en cada lugar de suerte que en ese medio no pueda haber duda razonable sobre su existencia[167].

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no regula de forma adecuada las reglas de la prueba testimonial; sin embargo la interpretación teleológica del artículo 361 inciso 2 permite establecer que el testimonio de una persona condenada por delito de falsedad, por lo menos, tiene problemas de eficacia probatoria, al punto que justifica la reapertura de un caso penal terminado.

El artículo 229 del Código Procesal Civil de 1993, al que se vuelve a recurrir vía interpretación sistemática, establece la prohibición que declare como testigo la persona que ha sido condenada por algún delito que a criterio del juez afecta su idoneidad.

Uno de los requisitos de eficacia probatoria de la prueba testimonial es la ausencia de antecedentes de perjurio, falsedad o deshonestidad del testigo.

La credibilidad del testigo se determina por la ausencia de circunstancias que pongan en duda su honestidad y buena fe[168] [169] [170] [171] [172].

El antecedente de deshonestidad no afecta la existencia o la validez del testimonio, se le puede por tanto admitir y actuar en el proceso penal; lo que si impide es que el juez le asigne como valor probatorio la certeza del hecho objeto de prueba, solamente permite alcanzar, según la gravedad del antecedente, posibilidad o probabilidad[173] [174] [175] [176].

---

[167] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, tomo I, pp. 232 y 233.
[168] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, tomo 2, pp. 121 y 122.
[169] ROMERO COLOMA, Aurelia, *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*, pp. Civitas, Madrid, 2000, pp. 27 a 29,
[170] PARRA QUIJANO, Jairo, *op. cit.*, p. 92.
[171] DOSI, Ettore, *La Prueba Testimonial*, Temis, Bogotá, 1986, pp. 85 a 87.
[172] MITTERMAIER, Karl Joseph, *Tratado de las Pruebas en materia criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999, p. 319.
[173] *Ibidem*, pp. 359 a 361.
[174] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, pp. 247 y 248.
[175] SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, pp. 899 a 900.
[176] KIELMANOVICH, Jorge L., *Teoría de la Prueba y Medios Probatorios*, 2ª ed., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1996, pp. 315 y 316.

La Segunda Sala Penal Especial en la sentencia del «Caso SITRAMUN-Lima», reconoce como requisito de eficacia probatoria:

> «f) ausencia de antecedentes de perjurio, falsedad o deshonestidad del testigo, lo que está referido a su credibilidad, por lo que debe haber ausencia de circunstancias que hagan dudar de su honestidad y buena fe...»[177].

En la página 47 de la sentencia el Tribunal Penal valoró el testimonio de cargo de Matilde Pinchi Pinchi, estableciendo como una de las razones por las que no podía producir certeza de los hechos acusados la falta de eficacia probatoria por sus antecedentes penales:

> «...se advierte que en esta testigo, independientemente que se pueda predicar que su testimonial es ineficaz... así como falta de eficacia por sus antecedentes penales por afectar su credibilidad»[178].

3.2. Condición de beneficiada por un convenio de colaboración eficaz

Es un hecho notorio judicialmente que Matilde Pinchi Pinchi tiene la condición de beneficiada por convenio de colaboración eficaz. La condición de beneficiada por un convenio de colaboración eficaz determina que el testimonio de Matilde Pinchi Pinchi debe ser analizado, entre otros, desde la óptica del requisito general de conducencia o legalidad.

La conducencia es definida por el profesor colombiano Jairo Parra Quijano de la siguiente forma: «Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar un determinado hecho... La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio»[179].

a) Hay que diferenciar dos declaraciones: La que rinde el colaborador en el proceso especial para la obtención del beneficio por colaboración eficaz.

---

[177] Segunda Sala Penal Especial, proceso penal N° 39-2004, sentencia del 30 de marzo del 2007, p. 42.

[178] Segunda Sala Penal Especial, proceso penal N° 39-2004, sentencia del 30 de marzo del 2007, p. 47.

[179] Parra Quijano, Jaime, *Manual de Derecho Probatorio*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1992, p. 27.

b) La que presta el beneficiado en cumplimiento del convenio de colaboración eficaz aprobado judicialmente, en un proceso penal al que es llamado como testigo.

Corresponde examinar la conducencia del testimonio de un beneficiado por convenio de colaboración eficaz.

El artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Quinta Disposición Final de la Ley N° 27378 (Ley que establece los beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada), introduce una limitación al sistema probatorio de la libre apreciación, al asignar valor probatorio al testimonio del colaborador[180].

> «Artículo 283°.- Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia. Tratándose de declaraciones obtenidas en los procedimientos por colaboración eficaz, para que el Juez dicte sentencia condenatoria e, inclusive, cualquier medida cautelar, resulta indispensable que las informaciones que proporcionen los colaboradores estén corroboradas con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las incriminaciones formuladas.» *(Resaltado de los defensores)*

A través de la ley se asigna al testimonio, se interpreta, del beneficiado un valor probatorio relativo, es decir, por sí solo no permite alcanzar certeza de un hecho, o si se prefiere, probarlo; requiere de otro elemento probatorio para que el juez pueda declarar como probado el hecho objeto del proceso penal[181] [182].

El testimonio del beneficiado no basta para probar los hechos, es indispensable la concurrencia de otras pruebas que permitan comprobar la realización del delito y la responsabilidad penal del acusado.

César SAN MARTÍN CASTRO, Presidente de la Corte Suprema de Justicia, afirma que el testimonio del beneficiado o el arrepentido necesita de «un elemento de prueba objetivo, independiente, que corrobore definitivamente las imputaciones formuladas»[183].

---

[180] SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 913.
[181] *Ibidem*, pp. 912 a 915.
[182] QUINTANAR DÍEZ, Manuel, *La Justicia Penal y los Denominados Arrepentidos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 331.
[183] SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 913.

El autor español Manuel Quintanar Díez exige que la declaración del arrepentido «no debe servir para formar el convencimiento probatorio»[184].

Si el testimonio del beneficiado, esto es, de la persona que se le ha concedido el beneficio por haberse verificado la información que proporcionó, no puede generar certeza por disposición de la ley; se entiende, como ya se dijo, por qué el testimonio de un solicitante al beneficio de colaboración eficaz, cuya información no ha sido comprobada, no puede producir certeza; lo contrario lesionaría el criterio de razonabilidad y la lógica jurídica que gobiernan la actividad probatoria.

El gran maestro alemán Karl Joseph Antón Mittermaier señala la razón de la limitación legal al valor probatorio del testimonio del colaborador eficaz cuando explica que el testigo sospechoso es la persona cuya deposición no parece digna de entera fe porque existen grandes motivos para sospechar que no tiene firme voluntad de decir nada más que la verdad, siendo un perfecto ejemplo de testigo sospechoso el que acepta testimoniar por una recompensa, el testigo denunciador[185].

En la página 47 de la sentencia del «Caso SITRAMUN-LIMA» el Tribunal Penal valoró el testimonio de cargo de Matilde Pinchi Pinchi, estableciendo como una de las razones por las que no podía producir certeza de los hechos acusados por falta de eficacia probatoria por inconducencia al tratarse de una colaboradora eficaz:

> «...se advierte que en esta testigo, independientemente que se pueda predicar que su testimonial es ineficaz por falta de conducencia, ya que es una colaboradora eficaz y sus declaraciones solamente generan probabilidades...»[186].

4. Testimonio de oídas

4.1. Supuesto de hecho

En la audiencia brindó su testimonio Matilde Pinchi Pinchi, afirmando que el General le entregó a Vladimiro Montesinos $1'500.000

---

184 Quintanar Díez, Manuel, *op. cit.*, p. 331.

185 Antón Mittermaier, Karl Joseph, *Tratado de las Pruebas en materia criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999, pp. 319 a 321.

186 Segunda Sala Penal Especial, proceso penal N° 39-2004, sentencia del 30 de marzo del 2007, p. 47.

mil dólares por comisión de la compra de los patrulleros; precisando que la fuente de conocimiento de tal hecho habría sido el testimonio del ex asesor del SIN:

> «...Que, es así eso es lo que me dijo Montesinos, ese es el millón y medio de la comisión de los patrulleros que trajo el General...».

Uno de los requisitos de eficacia probatoria de la prueba testimonial es que el conocimiento del testigo esté de acuerdo a la razón de su dicho. La credibilidad del testigo se determina por su conocimiento respecto al objeto de investigación.

En la página 42 de la sentencia del «Caso SITRAMUN-LIMA» el Tribunal Penal ha considerado como requisito de eficacia probatoria del testimonio; la llamada «razón del dicho»

> «...g) que el testimonio contenga la llamada «razón del dicho» se trata de las circunstancias del tiempo, modo y lugar que hagan verosímil el conocimiento de los hechos por el testigo y la ocurrencia del mismo hecho»[187].

El Código de Procedimientos Penales de 1940 no regula de forma adecuada las reglas de la prueba testimonial; sin embargo la interpretación teleológica del artículo 138 inciso 1 del Código de Procedimientos Penales permite establecer que sólo debe brindar testimonio en el proceso penal una persona que conozca el hecho objeto de investigación así como sus circunstancias anteriores y posteriores[188].

El testimonio de oídas impide que el testigo cumpla con la «razón del dicho», pues no ha percibido los hechos que narra, sino los conoce por la narración de un tercero.

El autor colombiano Hernando DEVIS ECHANDÍA sobre el testimonio de oídas comenta:

> «a) El testimonio de oídas. Cuando lo que se relata no es el hecho que se investiga o que se pretende demostrar, sino la narración que sobre este han hecho otras personas, el testimonio se llama de oídas o *ex auditi*. No existe entonces una representación directa o inmediata, sino indirecta o mediata del hecho por probar, ya que el testigo narra no el hecho representado, sino otro representativo

[187] Segunda Sala Penal Especial, proceso penal N° 39-2004, sentencia del 30 de marzo del 2007, p. 42.

[188] Artículo 138.- «El juez instructor citará como testigos:
1) A las personas señaladas en la denuncia del Ministerio Público, o de la parte agraviada, o en el atestado policial, como conocedores del delito o de las circunstancias que precedieron, acompañaron o siguieron a su comisión».

de éste, a saber: el relato de terceros. Sabemos que uno de los principios generales de la prueba judicial es el de su originalidad, es decir, que en lo posible debe referirse directamente al hecho por probar, porque si apenas se refiere a hechos que a su vez sirven para establecer aquél, se tratará de prueba de otra prueba, que no produce la misma convección y encierra el riesgo de conducir a conclusiones equivocadas. Desde este punto de vista, los testimonios de oídas son poco recomendables, porque no cumplen aquel requisito fundamental de toda buena prueba»[189].

El autor argentino Eduardo M. JAUCHEN señala: «El testigo debe haber percibido en forma directa los hechos sobre los cuales declara. En este sentido carece de todo valor el relato de un narrador indirecto, un testigo de oídas, o de segundo grado, cuyo peso probatorio se desvanece debido a lo indirecto de la percepción»[190].

El testimonio de oídas presenta dificultad para ser merituado como medio de prueba, pues el conocimiento dado por el testigo, depende de la validez del conocimiento logrado a su vez por otra persona de la que escuchó el hecho, a la que el juez no puede evaluar y las partes no pueden controlar.

Criticando el testigo de oídas, el autor colombiano Jairo PARRA QUIJANO dice:

«De tal manera que en esta modalidad de declaración, por ser una prueba de otra, aparecen dos posibilidades de error: el (posible) de la primera percepción, y el (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, lo que hace patente el principio que dice que la prueba cuanto más se aleja de su fuente original, más disminuye su fuerza y eficacia»[191].

El también llamado testimonio de referencia, como explica Climent DURAND, tiene carácter supletorio y como tal excepcional, es decir «sólo es admisible cuando no es posible la prueba directa»[192].

La naturaleza supletoria y excepcional del testimonio indirecto ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional español, como se

---

189 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Teoría General de la Prueba Judicial*, tomo II, Zavalia Editor, Argentina, 1988, p. 76,

190 JAUCHEN, Eduardo M., *La prueba en material penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1992, p. 111.

191 PARRA QUIJANO, Jairo, *Manual de Derecho Probatorio*, 3ª ed., Ediciones Librería del Profesional, Colombia, 1992, p. 148.

192 CLIMENT DURAND, Carlos, *op. cit.*, p. 168.

puede apreciar en la Sentencia del 25 de Octubre de 1993, con la ponencia del gran maestro español Vicente Gimeno Sendra[193].

El Tribunal Constitucional español señaló que, a fin de potenciar los principios de contradicción, oralidad e inmediación como garantías inherentes al derecho al proceso justo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado como principio general del proceso penal que el testigo directo solamente puede ser sustituido por el testigo indirecto cuando existe causa legítima que justifique su inasistencia al juicio oral; prescindir del testigo directo sin causa legítima «priva al tribunal sentenciador de su derecho a formarse un juicio sobre la veracidad o credibilidad del testimonio indirecto al no poderlo confrontar con el directo»[194].

Finalmente el TC español en la sentencia comentada igualmente señala que la prescindencia injustificada del testigo directo y su reemplazo por el testigo indirecto afecta el derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo que no se puede ejercer adecuadamente frente a los últimos[195].

Existe doctrina judicial elaborada por el Poder Judicial del Perú respecto a la insuficiencia probatoria del testimonio de oídas fundamentalmente a través de la jurisprudencia desarrollada en los procesos penales por delito de terrorismo; así por ejemplo la Ejecutoria N° 318-94 Lima del 12 de Mayo de 1995 y la Ejecutoria N° 177-95 La Libertad del 20 de Setiembre de 1995[196].

Ahora bien, aún en los casos excepcionales en los que pueda utilizarse al testigo de oídas por la imposibilidad de llevar al juicio al testigo directo, el primero no perderá su condición de testigo sospechoso al no poderse controlar a su fuente de conocimiento, por lo que solamente producirá en el Tribunal posibilidad o probabilidad.

En este caso, el testimonio de oídas de Matilde Pinchi Pinchi no puede ser utilizado por la acusación al existir el testimonio directo de Vladimiro Montesinos, y en todo caso, su empleo no podría llevar a que la Sala Penal adquiera convicción sobre los hechos que son objeto del testimonio indirecto.

4.2. Incongruencia con otros testimonios de semejante o mayor credibilidad

El testimonio de oídas de Matilde Pinchi Pinchi colisiona con otros testimonios producidos en el juicio oral, incluso algunos a los que ella hace referencia en su declaración.

---

[193] *Ibidem*, p. 168.
[194] *Ibidem*, pp. 168 y 169.
[195] *Ibidem*, p. 169.
[196] Instituto de Defensa Legal, Jurisprudencia sobre Delitos de Terrorismo, Lima, 1996, p. 87.

Devis Echandía señala como otro requisito de eficacia probatoria del testimonio, que no existan contradicciones graves con los testimonios de otras personas que merezcan similar o mayor credibilidad. «La prueba testimonial debe ser examinada en conjunto, respecto de cada hecho y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar... Hay que compararla en todos sus detalles, para establecer las concordancias y discordancias que existan en las diversas narraciones»[197].

Casimiro A. Varela señala que la determinación del valor probatorio de la prueba testimonial debe establecerse en una apreciación de conjunto y no con una evaluación aislada de cada testimonio[198].

Cafferata Nores expresa que «será necesario, además, luego de la valoración individual de cada testimonio, cotejarlo con el resto de las pruebas reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria»[199].

La testigo Matilde Pinchi Pinchi colisiona con los siguientes testigos:

DEMOSTRACIÓN DE LA CONTRADICCIÓN ENTRE LA TESTIGO MATILDE PINCHI PINCHI Y EL TESTIGO MARIO RAFAEL RUÍZ AGÜERO	
DECLARACIÓN DE MATILDE PINCHI. **¿Fue el mismo señor quien llevaba el dinero? (Pregunta de Ministerio Público)** *DIJO*: Que el mismo señor ha ido a entregar el dinero y que quien vino con el dinero en la mano, con el maletín en la mano, era el capitán Ruiz, que vino con el Dr. Montesinos, porque el Dr. Montesinos no podía cargar el maletín con dinero.	**DECLARACIÓN DE MARIO RUIZ AGÜERO** **¿Si en alguna oportunidad usted ha cargado algún maletín por encargo del Sr. Montesinos Torres, el cual provenía del General, que le habría entregado al Sr. Montesinos Torres, y luego de haberle entregado ese maletín, Usted con el Sr. Montesinos Torres, han ido cargando ese maletín hacia la oficina del Sr. Montesinos Torres en presencia de la Sra. Matilde Pinchi Pinchi? (Pregunta de la defensa del acusado Montesinos)** *DIJO*: Que no. **¿Usted cargo o se le entregó a usted una maleta por parte del General, para que lo lleve a la Sra. Matilde Pinchi Pinchi? (Pregunta de la defensa del acusado Dianderas)** *DIJO*: Que ya he respondido que no. **¿Respecto al acusado Usted lo ha visto en alguna oportunidad ya dentro del sector que Usted ocupaba haber ingresado con algún maletín? (Pregunta de Director de Debates)***DIJO*: Que no, doctor.

---

197 Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, tomo 2, p. 135.

198 Varela, Casimiro A., *Valoración de la Prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 188 y 189.

199 Cafferata Nores, José Ignacio, *op. cit.*, p. 122.

5. Análisis del testimonio del colaborador identificado con el código 063-001

Tiene los siguientes problemas probatorios:

Falta de conducencia.

Ausencia de incriminación.

5.1. Falta de conducencia

La solicitud de obtención de beneficio de un colaborador eficaz no puede ser considerada como prueba porque carece del requisito de la conducencia o legalidad; no ha sido prevista en la ley como acto probatorio.

La búsqueda de la conducencia o inconducencia como prueba de la declaración de un solicitante a los beneficios por colaboración eficaz remite a la Ley N° 27378 y el Decreto Supremo N° 035-2001-JUS (Reglamento del Capítulo III de la Ley N° 27378)

El artículo 11 de la Ley N° 27378 y el artículo 2 del Decreto Supremo N° 035-2001-JUS fijan la finalidad de la declaración del solicitante al beneficio por colaboración eficaz, «la realización de actos de investigación necesarios» que permitan su verificación.

Resulta evidente que la declaración del solicitante de un beneficio premial no es un acto probatorio, ni siquiera un acto de investigación, sino un tema de indagación o pesquisas.

No es necesario indagar mucho para establecer que toda legislación moderna del denominado derecho penal premial, como parte de la política criminal empleada por los Estados contra el fenómeno de las organizaciones criminales, tienen como punto de partida la experiencia italiana que nació a partir del año 1978, con la dación de la primera legislación contemplando soluciones premiales como respuesta al secuestro del conocido y tristemente extinguido político italiano Aldo Moro.

La legislación italiana vigente a partir de 1982 prevé como conducta pasible del beneficio del derecho Penal Premial a la colaboración, que se diferencia de la también reconocida disuasión, en que esta última implica la plena confesión de los delitos cometidos y la disposición para eliminar o atenuar el daño o peligro del delito, o impedir la comisión de otras conductas conexas; mientras la colaboración en las palabras de la comentarista de la normatividad

itálica Cármen Lamarca Pérez, «...requiere además ayudar a la autoridad en la recogida de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros partícipes, o bien proporcionar elementos de prueba relevantes para la exacta reconstrucción del hecho y el descubrimiento de sus autores»[200].

La propia autora hispánica, al presentar la figura de la colaboración mediante el suministro de pruebas para la identificación de otros responsables, la define de la siguiente forma:

> «El precepto se encuentra redactado en términos bastantes restrictivos, pues no basta la mera colaboración con las autoridades gubernativas o judiciales, sino que se requiere coadyuvar eficazmente a la obtención de pruebas decisivas...Coadyuvar eficazmente equivale **a prestar una colaboración suficiente que determine de modo efectivo la obtención de la prueba por parte de la autoridad**...Lo importante es que las pruebas sirvan para identificar a los responsables...»[201].

En consecuencia la legislación comparada y la doctrina que a partir de ella se formula, sirve de base a la interpretación de la legislación nacional para establecer que la declaración del solicitante a un beneficio de colaboración eficaz no constituye prueba, sino tema de investigación que permita realizar actos de investigación en la instrucción y quizás producir prueba en el juicio oral.

Cuando el Fiscal de la Primera Fiscalía Provincial Penal Especial, dispuso se remita a la Segunda fiscalía la trascripción de la parte pertinente de la declaración del colaborador 063-001 para que sea incorporado en la fase de instrucción de este proceso penal, claramente señaló que el objeto de tal acto era «su incorporación y su posterior verificación judicial», entendiendo correctamente que se trataba de un tema de investigación y no de un acto de investigación, menos de una prueba.

5.2. Ausencia de incriminación

Sin perjuicio de la falta de conducencia de la declaración de un solicitante a beneficio de colaboración eficaz para ser considerado como

---

200 Lamarca Pérez, Carmen, *Tratamiento Jurídico del Terrorismo*, Colección Temas Penales, Serie A Nº 3, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1985, p. 327.

201 *Ibidem*, p. 341.

prueba, debemos señalar que en el examen del contenido de la trascripción no se encuentra el dicho incriminatorio que alega el Ministerio Público en la requisitoria.

El colaborador 063-001 sobre el papel del procesado en la reunión del comité en las instalaciones del SIN expresó:

«...en esta reunión el General actuó de coordinador».

El colaborador señala claramente que la determinación de las características técnicas de los vehículos no fue consecuencia de influencia externa al Comité Especial, por el contrario señala que «no hubo influencia de nadie, y que la elección de dichas características fue por decisión colegiada de los cinco miembros».

Incluso se refiere a la elaboración de las bases administrativas sin señalar irregularidad y menos injerencia indebida del Director General de la Policía.

La presunción de inocencia no se destruye con indicios contingentes, insuficientes.

6. Análisis de la manifestación policial de Juan Ramírez Canabal

Tiene los siguientes problemas probatorios:

a) Falta de conducencia.
b) Ausencia de incriminación.

6.1. Falta de conducencia

Dos razones determinan la no conducencia de la declaración policial:

a) La manifestación policial es un acto de investigación extrajudicial y no un acto de prueba.
b) La manifestación policial no es un acto de prueba, sino un acto de investigación.

Como se explica más adelante, por convenir a la presentación de la defensa técnica que se realiza, tratándose de un testigo, la prueba testimonial es la que se produce en el juicio oral, no en la fase de instrucción, menos en el procedimiento preliminar policial.

6.2. El investigado no fue asistido en el procedimiento preliminar por abogado defensor en violación de la garantía de la defensa procesal

En el acta de la manifestación policial de Juan Ramírez Canaval se aprecia que no estuvo asistido por abogado defensor, supuestamente porque renunció a designarlo.

La falta de abogado defensor en la indagatoria determinó su nulidad por violación de la garantía de la defensa procesal.

La vigencia de la garantía de la defensa para el imputado comienza con el inicio de la persecución penal[202].

El significado de persecución penal para la determinación del inicio de la vigencia de la garantía de la defensa ha sido establecido de la manera más amplia, para que aquélla se extienda al procedimiento preliminar, tanto, el judicial, el fiscal, como el policial, en el que la garantía de la defensa es tan necesaria por los severos problemas que existen en la investigación policial para que el investigado a través de su defensa proteja otros derechos fundamentales[203].

El artículo 139 inciso 14 de la Constitución fija como momento de inicio de la vigencia de la garantía de la defensa, la citación o detención por la autoridad[204].

El criterio que determina a partir de cuándo la garantía de la defensa procesal tiene vigencia es el peligro de afectación de derechos fundamentales por decisión de la autoridad, sea judicial, fiscal o policial[205] [206].

La irrenunciabilidad de la defensa procesal significa que no puede ser objeto de renuncia por el imputado; éste no podría solicitar al Juez Penal que acepte su no defensa en el proceso penal[207] [208] [209].

La defensa es un derecho inalienable de la persona porque es una manifestación de su libertad, asimismo constituye una cuestión de orden público porque la sociedad tiene el interés que sólo se sancione penalmente al culpable, cuya responsabilidad únicamente puede determinarse a través de un proceso penal en el que se haya garantizado la defensa del imputado[210] [211].

---

[202] Nakazaki Servigón, César, *La garantía de la defensa procesal: defensa eficaz y nulidad del proceso penal por indefensión*, Universidad de Lima Facultad de Derecho XXV años, Fondo Editorial, Lima, 2000, p. 20.

[203] *Ibidem*, p. 20.

[204] *Ibidem*, p. 20.

[205] *Ibidem*, p. 20.

[206] Carocca Pérez, Alex, *Garantía constitucional de la defensa procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, p. 201.

[207] Nakazaki Servigón, César, *op. cit.*, p. 23.

[208] Carocca Pérez, Alex, *op. cit.*, p. 21.

[209] Nakazaki Servigón, César, *op. cit.*, 24.

[210] *Ibidem*, p. 25.

[211] Fontecilla Riquelme, Rafael, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 1978, pp. 249 y 250.

Al ser la defensa derecho inalienable y cuestión de orden público, el encausado no puede renunciar a ella, la que se le debe garantizar «aún contra su voluntad», asignándole un abogado que técnicamente lo defienda en el proceso penal[212] [213].

En los sistemas procesales penales en los que se establezca que la defensa es irrenunciable, el abogado es imprescindible; «ningún proceso puede carecer de defensor»[214] [215].

La defensa es necesaria y obligatoria «aun en contra de la voluntad del imputado»; si se niega a hacerlo, el Estado debe suministrarle de oficio un defensor oficial que cumpla con la función de defender[216] [217].

El artículo 8° inciso 2 parágrafo e de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece:

> «8°...2. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:
>
> ...e) Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiera por sí mismo ni nombrara defensor dentro del plazo establecido por la ley.» (Resaltado del autor)[218].

El autor argentino Eduardo JAUCHEN explica el principio de exclusión probatoria, cuyo fundamento constitucional es el artículo 2 incisos 10 y 24 parágrafo a; «las garantías constitucionales imponen los límites del principio de la libertad probatoria. Si bien todo objeto de prueba puede ser probado y por cualquier medio, de las garantías individuales, se derivan las limitaciones para la adquisición del conocimiento del hecho que motiva el proceso...todo elemento de convicción que se incorpore al proceso debe respetar las normas constitucionales y procesales para su obtención y producción (...)

---

212 NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *op. cit.*, p. 25.
213 FONTECILLA RIQUELME, Rafael, *op. cit.*, tomo II, p. 250.
214 NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *op. cit.*, p. 25.
215 SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho Procesal Penal*, HARLA, México, 1990, p. 198.
216 NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *op. cit.*, p. 25.
217 JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005, p. 157.
218 NAKAZAKI SERVIGÓN, César, *op. cit.*, p. 25.

conforme a la regla de la exclusión probatoria, debe ser excluido para su valoración cualquier elemento de prueba que se haya obtenido o incorporado al proceso en violación a una garantía constitucional o de las formas procesales dispuestas para su producción»[219].

El artículo 94 inciso 1 de la Ley Orgánica del Ministerio Público establece como obligación del Fiscal a cargo de un procedimiento preliminar, el designar defensor a la persona que se niega a nombrar patrocinador.

No aparece en el acta que el investigado hubiese decidido ejercer su autodefensa y menos que el Ministerio Público determinase la procedencia de la adopción de tal forma de defensa técnica, por ejemplo comprobando que estaba en condiciones psicológicas o técnicas para ello.

La violación de la garantía de la defensa en la realización de la indagatoria determina su nulidad absoluta, la imposibilidad legal de utilizarla como prueba de cargo[220].

6.3. Ausencia de incriminación

Sin perjuicio de la falta de conducencia por las razones expuestas, en el contenido de la manifestación policial no se encuentra incriminación contra el General; en la respuesta a la pregunta 5 expresamente se señala que en la reunión nuestro defendido dio una «opinión técnica» por haber sido Director de la Policía de Carreteras, la que el manifestante calificó de útil porque permitió cerrar algunos puntos discrepantes en el comité con relación a algunas especificaciones técnicas de los vehículos.

No establece que el Director General haya transmitido una instrucción del Presidente de la República ordenando la adopción de criterios técnicos distintos a los que decidiese autónomamente el Comité.

En la manifestación policial se señala que la reunión fue conveniente porque abrevió el tiempo y permitió la culminación de las bases.

En el juicio oral Juan Ramírez Canaval ha brindado testimonio. El testigo respondió en los siguientes términos:

---

219 Jauchen, Eduardo, *La Prueba en Materia Criminal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, 1992, p. 260.

220 Nakazaki Servigón, César, *op. cit.*, pp. 37 a 43.

«¿Quién estuvo a cargo de la elaboración de las especificaciones, técnicas y económicas para este proceso 003-99 que usted presidio?

Dijo: Que el comité completo, quien habla, el asesor jurídico del Ministerio del Interior, que tenía un cargo en la oficina de Informática del Ministerio, un coronel de la Policía, y el Comandante, quien era experto en vehículos, y el Coronel quien era experto en equipos de comunicaciones».

7. Valoración del testimonio de Vladimiro Montesinos Torres

El testimonio impropio de Vladimiro Montesinos Torres tiene los siguientes problemas:

a) Inconducencia por inobservancia de las reglas de la prueba trasladada.
b) Antecedentes de deshonestidad.
c) Falta de uniformidad del dicho incriminatorio.

7.1. Inconducencia por inobservancia de las reglas de la prueba trasladada

La prueba trasladada es la que se actúa o admite en otro proceso judicial y que se presenta incorpora a la causa penal si la ley lo permite[221].

El Código de 1940 no regula a la prueba trasladada por lo que vía interpretación sistemática se puede acudir al artículo 198 del Código Procesal Civil, por cierto adecuado a las reglas del proceso penal, por ejemplo al respeto a la garantía a la defensa procesal de mucho mayor intensidad que en el proceso civil.

La prueba trasladada tiene que cumplir con dos requisitos:

Tiene que haber constituido prueba en el proceso fuente.

La parte contra la que se pretende probar tiene que haber intervenido en el proceso fuente, salvo la posibilidad de ratificación o reproducción.

Se incorpora al proceso penal mediante copia certificada.

A continuación se verifica la inobservancia de los requisitos de la prueba trasladada.

7.2. Tiene que haber constituido prueba en el proceso fuente

El testimonio de cargo se habría producido en el proceso penal 002-2002; al rendir su declaración instructiva, cuya copia de la parte pertinente obra a fojas en el tomo 42.

---

[221] Devis Echandía, Hernando, *op. cit.*, tomo 1, p. 367.

En su instructiva Montesinos incriminó al procesado al manifestar que recibió $ 2'000.000 de dólares del Ministro del Interior, del Director General de la PNP y del Coronel del Ejército; informándole el Director General que $ 1'500.000 dólares fueron obtenidos por la comisión recibida por la adquisición de camionetas Phandfinder.

Durante el juicio oral de ese mismo proceso penal, Vladimiro Montesinos expresa que no se ratificaba sobre el dicho incriminatorio dado en la declaración instructiva, afirmando que lo manifestado en la misma respondió a la utilización de la técnica de desinformación «porque yo requería hacer mi evaluación de datos en función de la situación creada».

DICHO INCRIMINATORIO	INSTRUCTIVA
RETRACTACIÓN	INTERROGATORIO EN JUICIO ORAL

La declaración de Vladimiro Montesinos Torres no ha constituido prueba en el proceso penal N° 002-2002 porque se produjo en la instructiva y no se reprodujo a través de testimonio en juicio oral.

Como se vuelve a insistir, en la fase de instrucción no se realizan los actos de prueba sino los actos de investigación, por ser el juicio oral la fase del proceso penal en el que se ejercita con todo vigor el derecho a la defensa[222] [223] [224].

ACTOS DE INVESTIGACIÓN	ACTOS DE PRUEBA
1.- El acto de investigación no se refiere a una afirmación, sino a una hipótesis, a un estado de desconocimiento o conocimiento imperfecto de los hechos[225] [226] [227].	1.- El acto de prueba está dirigido a convencer al juez de la verdad de una determinada afirmación que forma el objeto del proceso[228] [229] [230].

---

[222] San Martín Castro, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 793 a 796.
[223] Sánchez Velarde, Pablo, *op. cit.*, pp. 665 y 666.
[224] Ortells Ramos, Manuel, obra colectiva, *Derecho Jurisdiccional*, tomo III, *Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1995, pp. 173 a 176.
[225] *Ibidem*, pp. 173 y 174.
[226] San Martín Castro, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 793 y 794.
[227] Sánchez Velarde, Pablo, *op. cit.*, p. 665.
[228] Ortells Ramos, Manuel, *op. cit.*, p. 174.
[229] San Martín Castro, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 793 y 794.
[230] Sánchez Velarde, Pablo, *op. cit.*, p. 665.

2.- El acto de investigación forma parte de la instrucción está al servicio de funciones, por ejemplo como fundamento de autos cautelares[231 232 233].	2.- El acto de prueba forma parte del juicio oral y sirve como fundamento de la sentencia[234 235 236].
3.- El acto de investigación permite alcanzar la posibilidad o probabilidad[237 238 239].	3.- El acto de prueba permite alcanzar la certeza[240 241 242].
4.- El acto de investigación permite la restricción de la garantía de la defensa procesal[243 244 245].	4.- El acto de prueba exige el respeto absoluto de la garantía de la defensa procesal[246 247 248].
5.- El acto de investigación realizado por un juez distinto al sentenciador, o por un fiscal o un policía, como regla no puede sustituir a la prueba[249 250 251].	

Al ser la instructiva un acto de investigación no puede sustentar una sentencia condenatoria, máxime si en el juicio oral del proceso penal fuente el testigo impropio se retractó, esto es, no mantuvo la incriminación.

7.3. La parte contra la que se pretende probar tiene que haber intervenido en el proceso fuente, salvo la posibilidad de ratificación o reproducción

El procesado no ha sido parte en el proceso penal 002-2002, por tanto no pudo participar en el acto de producción de la declaración

---

231 ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, p. 174.
232 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 794.
233 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 665.
234 ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, p. 174.
235 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 794.
236 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 665.
237 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, pp. 174 y 175.
238 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 794.
239 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, pp. 665 y 666.
240 ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, pp. 174 y 175.
241 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 794.
242 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, pp. 665 y 666.
243 ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, p. 175.
244 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 794 y 795.
245 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 666.
246 ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, p. 175.
247 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 794 y 795.
248 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 666.
249 ORTELLS RAMOS, Manuel, *op. cit.*, pp. 175 176.
250 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 795 y 796.
251 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, p. 666.

incriminatoria para controlarla y contraprobarla, como manifestaciones del ejercicio del derecho a la defensa.

La indefensión es más clara si adicionalmente se considera que en una instructiva las partes afectadas por los dichos incriminatorios que en ella se produzcan, evidentemente no pueden participar por la naturaleza reservada del acto procesal.

Cuando la parte contra la que se pretende probar no ha intervenido en el proceso penal fuente, la declaración tiene que reproducirse en el proceso penal en el que se le pretende utilizar; situación que no ha acontecido en este caso; pues en su declaración instructiva de fecha 10 de mayo del 2005 (fojas 18003), Montesinos ejerció su derecho al silencio, es decir se negó a responder; y en el interrogatorio en la audiencia señaló: «En ningún momento el General Dianderas me ha dado dinero».

La Segunda Sala Penal Especial en la sentencia del 30 de marzo del 2007, dictada en el proceso penal N° 39-2004, «Caso SITRAMUN-Lima», expresamente establece que para la validez de un testimonio debe cumplirse, entre otros requisitos con el siguiente:

> «a) debe haber sido admitido y recabado en legal forma, lo cual está relacionado con las garantías de defensa y de contradicción...»[252].

7.4. Ausencia de antecedentes de deshonestidad del testigo

Es un hecho judicialmente notorio que Vladimiro Montesinos Torres tiene la condición de condenado por lo que se evidencia la ausencia de este requisito de eficacia probatoria, para cuyo significado nos remitimos a lo explicado en el apartado 1.1.1) de este escrito al demostrar igualmente su falta en el caso de la testigo de cargo Matilde Pinchi Pinchi.

7.5. Ausencia de uniformidad del dicho incriminatorio

Vladimiro Montesinos Torres no ha sostenido una incriminación contra Dianderas Ottone uniforme y persistente, no sólo en el proceso fuente, en el que se produjo, sino tampoco en este proceso penal.

---

[252] Segunda Sala Penal Especial, proceso penal N° 39-2004, sentencia del 30 de marzo del 2007, p. 41.

PROCESO PENAL 002-2002	DICHO INCRIMINATORIO	INSTRUCTIVA
PROCESO PENAL 002-2002	RETRACTACIÓN	JUICIO ORAL
PROCESO PENAL 018-2004	SILENCIO	INSTRUCTIVA
PROCESO PENAL 018-2004	JUICIO ORAL	NEGACIÓN DEL HECHO

Es evidente la falta de uniformidad y persistencia del dicho incriminatorio de Vladimiro Montesinos.

DEVIS ECHANDÍA establece como requisito de eficacia probatoria del testimonio, que si hay varias declaraciones del mismo testigo no existan graves contradicciones entre ellas[253].

El magistrado español Carlos Climent DURAN afirma que cuando la declaración del testigo se reproduce o se repite ante autoridad judicial, si el testigo se contradice, desdice o no es persistente en su incriminación, perderá credibilidad; la verificación del mantenimiento de las afirmaciones del testigo será un elemento de juicio sólido para creer en la verdad de la declaración[254].

El gran maestro italiano Nicola FRAMARINO DE MALATESTA enseña que la máxima eficacia probatoria del testimonio depende de la certeza de los hechos que tenga el testigo y que por tanto pueda proporcionar al Tribunal, las contradicciones sobre los hechos principales eliminan el valor probatorio del testimonio; y las contradicciones sobre los hechos secundarios hacen que disminuya el significado probatorio del testimonio[255].

La Segunda Sala Penal Especial en la sentencia del «Caso SITRAMUN-Lima» reconoce como requisito de eficacia probatoria:

> «j) que si hay varias declaraciones del mismo testigo, no existan esas graves contradicciones entre ellas, lo que quiere decir que la

---

253 DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. city.*, tomo 2, p. 130.

254 CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal, Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 153.

255 FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las Pruebas en Materia Criminal*, volumen II, Temis, Bogotá, 1973, pp. 102 y 103.

concordancia o armonía entre las varias declaraciones que haya prestado el testigo es tan necesaria para la eficacia probatoria...»[256].

8. Valoración del testimonio de José Villanueva Ruesta

El testimonio impropio de José Villanueva Ruesta tiene los siguientes problemas:

Falta de uniformidad del dicho incriminatorio.

No reproducción de incriminación en testimonio dado en el juicio oral.

8.1. Falta de uniformidad del dicho incriminatorio

La falta uniformidad en la incriminación en este testigo de cargo es evidente.

INDAGATORIA	INCRIMINACIÓN
TESTIMONIO INSTRUCTORIO	RETRATACIÓN
TESTIMONIO EN JUICIO ORAL	NIEGA LA INCRIMINACIÓN

El significado de la falta de una incriminación uniforme y persistente ya ha sido explicado en el punto c) del apartado 1.3) al realizar la valoración individual del testigo impropio Vladimiro Montesinos Torres.

8.2. No reproducción de incriminación en testimonio dado en juicio oral

Siendo evidente que José Villanueva Ruesta no ha dado un testimonio de cargo en el juicio oral, sino en el procedimiento preliminar del Ministerio Público, en este punto demostraremos la improcedencia de sustituir el testimonio en juicio por el testimonio extrajudicial producido en la policía o la fiscalía.

Al establecer las reglas probatorias que ha fijado la Corte Suprema dentro del sistema de libre apreciación o criterio de conciencia, se señaló como una de ellas, la necesidad que el Tribunal verifique la realización por el Ministerio Público de una mínima actividad probatoria que produzca el desvanecimiento de la presunción de inocencia; precisándose que la prueba de cargo suficiente para quebrar la

[256] Segunda Sala Penal Especial, proceso penal N° 39-2004, sentencia del 30 de marzo del 2007, p. 42.

presunción de inocencia tiene que cumplir con las siguientes exigencias[257]:

a) Que la prueba haya sido obtenida sin vulneración, directa e indirecta, de los derechos fundamentales (Inutilización de las pruebas reflejas).
b) Que la prueba haya sido practicada en el juicio oral.
c) Que cuando se trate de prueba preconstituida, tiene que haber sido imposible su reproducción en el juicio oral y garantizado el derecho de defensa.

8.3. La regla que la prueba solamente se produce en el juicio oral

La regla probatoria es que solamente cabe valorar como pruebas a las que se han practicado en el juicio oral en presencia del tribunal sentenciador[258] [259] [260] [261].

El fundamento de esta regla radica en el hecho que en el juicio oral se observan de forma estricta los principios y garantías procesales de contradicción, inmediación, imparcialidad y publicidad[262] [263] [264] [265].

Los principios y garantías procesales resultarían burlados si el tribunal fundamentase su convencimiento, por ejemplo, sobre

---

[257] CORTE SUPREMA DE JUSTICIA; Ejecutorias supremas: del 7 de marzo de 1974 expedida en la Causa N° 1429-93-B; del 3 de octubre de 1988 expedida en la Causa # 472-88; del 14 de febrero de 1994 expedida en la Causa N° 3101-93; del 13 de septiembre de 1995 expedida en la Causa N° 2392-94-B; del 14 de enero de 1999 expedida en la Causa N° 4588-98; y del 16 de abril del 2002 expedida en la Causa N° 4439-2001. Ver César SAN MARTÍN CASTRO, *op. cit.*, tomo II, pp. 899 y 900.

[258] CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal – Doctrina y Jurisprudencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 189.

[259] TOMÉ GARCÍA, José Antonio, obra colectiva, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 1997, p. 474.

[260] SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., tomo II, Grijley, Lima, 2003, pp. 792 y 793.

[261] RIVES SEVA, Antonio Pablo, *La Prueba en el Proceso Penal*, 3ª ed., Aranzadi, Pamplona, España, 1999, pp. 64 y 65.

[262] CLIMENT DURÁN, Carlos, *op. cit.*, p. 189.

[263] GIMENO SENDRA, Vicente, obra colectiva, *Derecho Procesal Penal*, 3ª ed., Colex, Madrid, 1999, p. 627.

[264] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 270.

[265] ORTELLS RAMOS, Manuel, obra colectiva, *Derecho Jurisdiccional*, tomo III, *Proceso Penal*, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1995, p. 328.

declaraciones dadas en el procedimiento preliminar (policial, fiscal y judicial), sin que hayan sido reproducidas mediante la comparecencia de los testigos al juicio oral[266].

Manuel Miranda Estrampes expresa que el tribunal, llegado el momento de expedir sentencia, únicamente puede formar su convicción en base a las pruebas practicadas en el juicio oral[267].

En observancia de la regla que la prueba se produce en el juicio oral, los actos de investigación realizados por la Policía, el Ministerio Público o el Juez Instructor, no pueden ser valorados por el tribunal como prueba de cargo para fundamentar una sentencia condenatoria porque no se han producido en el juicio oral; no son verdaderas pruebas, pues para ello tendrían que haberse practicado en el plenario[268] [269].

Solamente en casos excepcionales se le asigna valor probatorio a los actos de investigación producidos en el procedimiento preliminar:

a) **La prueba preconstituida (irreproducibilidad originaria)**: Se trata de aquellas diligencias policiales o sumariales que por su propia naturaleza son esencialmente irreproducibles en el juicio oral en la forma como originalmente se produjeron; de allí que tengan que ser llevadas al plenario a través de la lectura del acta que se levantó al momento de su actuación y el examen como testigos de las personas que participaron en la realización. Por ejemplo, el registro domiciliario que efectúa la Policía[270] [271] [272].

b) **La prueba anticipada (irreproducibilidad sobrevenida y previsible)**: Aquellos casos en los que accidentalmente por causa sobrevenida es racionalmente previsible que no se podría practicar la prueba en el juicio oral, de allí que se opta por producirla antes de comenzarlo. Se incorpora al plenario a través de la lectura del acta que se levantó al momento de su realización. Por ejemplo, el grave estado de salud que por enfermedad sufre el testigo justifica considerar

---

[266] Climent Durán, Carlos, *op. cit.*, p. 189.
[267] Miranda Estrampes, Manuel, *op. cit.*, p. 268.
[268] Climent Durán, Carlos, *op. cit.*, p. 189.
[269] San Martín Castro, César, *op. cit.*, Tomo II, pp. 792 y 793.
[270] Climent Durán, Carlos, *op. cit.*, p. 195.
[271] Gimeno Sendra, Vicente, *op. cit.*, pp. 371 y 372.
[272] San Martín Castro, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 797 a 800.

que no podrá declarar en el juicio oral cuando se realice, por tanto se recibe la testimonial en fase de instrucción con la intención que sea empleada en el plenario[273] [274].

c) **La prueba accidentalmente irreproducible (irreproducibilidad sobrevenida e imprevisible)**: Aquellos casos en los que habiendo comenzado el juicio oral no es posible que el testigo comparezca al mismo por causa de fallecimiento, por grave enfermedad, por desaparición, etc. Se incorpora al plenario a través de la lectura del testimonio brindado en el procedimiento preliminar judicial[275] [276].

Para que los medios de investigación que se producen en el procedimiento preliminar sean valorados como pruebas en el juicio oral, es necesario que cumplan ciertos requisitos:

a) **Requisito material:** El medio de investigación debe ser irreproducible en el juicio oral[277] [278].

b) **Requisito subjetivo:** En la actuación del medio de investigación debe intervenir el Juez por gozar de la suficiente independencia para garantizar la debida producción de la prueba. Sin embargo se admiten casos en los que por razones de urgencia las diligencias sean realizadas solamente por la Policía[279] [280].

c) **Requisito objetivo:** Se debe garantizar la contradicción del medio de investigación al momento de su realización[281] [282].

d) **Requisito formal:** El procedimiento para la actuación del medio de investigación debe ser igual al que se observaría en el juicio oral (por ejemplo interrogatorio directo) para la realización del acto de prueba. Se debe incorporar al plenario a través de la lectura de documentos[283] [284].

---

273 CLIMENT DURÁN, Carlos, *op. cit.*, p. 195.
274 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 797 a 800.
275 CLIMENT DURÁN, Carlos, p. 195.
276 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 797 a 800.
277 CLIMENT DURÁN, Carlos, *op. cit.*, p. 197.
278 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 799.
279 CLIMENT DURÁN, Carlos, *op. cit.*, p. 197.
280 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 797 a 800.
281 CLIMENT DURÁN, Carlos, *op. cit.*, p. 197.
282 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 799.
283 CLIMENT DURÁN, Carlos, *op. cit.*, p. 197.
284 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 799.

8.4. Improcedencia de la valoración como prueba de cargo de la declaración dada en el procedimiento preliminar en caso de testimonios contradictorio en el proceso penal peruano

Mientras que en el derecho procesal penal español existe una norma expresa sobre la lectura en el juicio oral de la declaración brindada por el testigo en la fase de instrucción ante las contradicciones que se observan con la declaración practicada en el plenario, el artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal[285]; en el derecho procesal penal peruano no se encuentra una disposición similar en el Código de Procedimientos Penales.

El artículo 248 del Código de 1940 establece: «Los testigos declararán en el orden que establezca el Presidente del Tribunal. No podrá darse lectura a la declaración que prestó en la instrucción un testigo, cuando este deba producir oralmente su testimonio en la audiencia, bajo pena de nulidad del juicio oral y de la sentencia».

Florencio Mixan Mass, el autor nacional de la obra más importante que existe en el Perú sobre el juicio oral, comentando la norma procesal afirma que al estar prohibida la lectura en audiencia de la declaración del testigo hecha ante el juez de instrucción, se le tiene «como inexistente desde el punto de vista de la relevancia jurídico - probatoria: solo se tendrá como declaración la prestada oralmente ante el tribunal»[286 287].

El Código de Procedimientos Penales regula expresamente el caso del testigo contradictorio en juicio oral; en el artículo 250 se establece:

> «Artículo 250°.- Si el Presidente notare diferencias en puntos importantes entre las declaraciones prestada en la instrucción y en la audiencia, procurará mediante preguntas apropiadas, que se explique clara y detalladamente la razón de esas divergencias...» *(Resaltado de los defensores)*

---

[285] En el Derecho Procesal Penal del Perú no existe una norma igual al artículo 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal de España, por lo que no es posible «importar» la discusión en los términos que se dan en la península ibérica pues faltaría la base legal que da origen a la doctrina examinada. El problema sobre la función de la declaración del testigo practicada en la instrucción tiene que ser resuelto con las reglas que rigen al proceso penal peruano.

[286] Mixán Mass, Florencio, *El Juicio Oral*, 2ª ed. actualizada, Gráfica El Liberal, Trujillo, 1978, p. 174.

[287] Mixán Mass, Florencio, *Juicio Oral*, Ediciones BLG, Trujillo, 1993, p. 217.

Ante un testimonio contradictorio la norma procesal penal peruana establece como medida a utilizar por el tribunal sentenciador, la realización de un interrogatorio adecuado al testigo para que explique las contradicciones. **No se contempla la lectura de la declaración dada en la instrucción como si se prevé en la legislación procesal penal hispana.**

El Código de 1940 no contempla que la declaración practicada en el procedimiento preliminar judicial pueda ser oralizada en el juicio oral en caso de contradicción con el testimonio producido en la audiencia.

La única excepción a tal regla se encuentra en el artículo 253, que solamente contempla que las declaraciones dadas por el testigo en el procedimiento preliminar, sean leídas y sometidas a debate en el caso que pese a haber sido llamado a juicio oral, no asista a la audiencia, siempre que el tribunal penal o alguna de las partes soliciten su lectura.

La norma procesal admite la lectura del testimonio practicado en la fase de instrucción siempre y cuando tenga la calidad de **prueba testifical producida anormalmente,** esto es, de imposible realización en el juicio oral por causa sobreviviente, la inasistencia del testigo a las audiencias pese a los requerimientos o apremios judiciales.

El artículo 253 regula una de las excepciones de la regla que la prueba testimonial es la que se practica en el juicio oral, la llamada prueba testifical producida anormalmente.

Tal regla procesal se estableció desde el texto primigenio del Código de 1940, manteniéndose tanto en la modificatoria del Decreto Ley 21895 del 3 de agosto de 1977 y en la del Decreto Legislativo 126 del 15 de junio de 1981, cuya interpretación siempre permitió fijar que la prueba anormal cuya causa era la imposibilidad de la actuación del testimonio en juicio, es la única excepción a la regla que la prueba testimonial se produce en el plenario.

La prueba testimonial se produce normalmente con la comparecencia personal del testigo al juicio a fin que sea examinado por el tribunal sentenciador y las partes, sin embargo ciertos casos de irreproducibilidad sobrevenida e imprevisible en el juicio oral, admiten una producción anormal de la prueba testifical[288].

---

[288] Climent Durán, Carlos, *op. cit.*, pp. 226 y 227.

La interpretación del artículo 253 establece que el tribunal sentenciador únicamente podrá recurrir a la prueba testifical producida anormalmente, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Imposibilidad de actuación de la prueba testifical por inasistencia del testigo al juicio oral.
b) La oralización de la declaración practicada en el procedimiento preliminar de oficio o a pedido de parte.
c) La declaración dada en el procedimiento preliminar debe haberse producido respetando las garantías procesales.

9. Análisis de la Ejecutoria del 01 de diciembre del 2004 de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema

Existe el error en diversos juicios orales de pretender desconocer la regla que la prueba testimonial es la que se produce en el juicio oral, invocando la Ejecutoria Suprema del 01 de diciembre del 2004 dictada en el proceso penal 3044-2004.

Corresponde establecer el alcance técnico que se le debe asignar a la Ejecutoria Suprema invocada.

La Sala Penal Permanente, en la Ejecutoria del 01 de diciembre del 2004, ha elaborado la siguiente doctrina judicial:

a) El tribunal sentenciador no está obligado a creer en el testimonio producido en el juicio oral, puede darle mayor credibilidad a la declaración producida en el procedimiento preliminar (policial, fiscal y judicial). La doctrina de la Corte Suprema afirma correctamente que el sistema probatorio de libre apreciación permite al tribunal sentenciador apartarse del testimonio producido en el juicio oral cuando es contradictorio, sin embargo tiene un problema de claridad pues no define por cual de las posiciones que existen en la doctrina opta; la declaración del procedimiento preliminar es ¿prueba testifical o elemento de valoración de la prueba testimonial producida en el juicio oral?

b) La doctrina de la Corte Suprema afirma correctamente que para asignar a la declaración producida en el procedimiento preliminar una función en el juicio oral, se tiene que verificar que haya sido producida observándose las garantías procesales. Sin embargo la propia exigencia de garantía de derechos fundamentales que establece la Corte Suprema se ve en peligro cuando se extiende a las declaraciones practicadas en el procedimiento preliminar policial, sin considerar que la realidad

peruana indica que los actos de investigación policial se llevan a cabo, como regla, sin respetar el derecho a la defensa, desconociendo que deben observarse ciertas formas para que la diligencia policial pueda ser prueba en el juicio oral.

c) La doctrina de la Corte Suprema reconoce acertadamente la necesidad de oralizar en el juicio oral a la declaración dada en el procedimiento preliminar, sin embargo incurre en grave error al buscar el fundamento legal de tal medida, pues en vez de recurrir al artículo 250 que regula expresamente el caso del testimonio contradictorio, utiliza la regla del artículo 253 que corresponde a la prueba testifical producida anormalmente que, como ya se estableció, solamente puede ser empleada en caso que el testigo no asista al juicio y sea imposible la práctica de la testimonial en el plenario.

La carencia de una norma procesal que permita la utilización por el tribunal sentenciador de las declaraciones dadas en el procedimiento preliminar en caso de testimonio contradictorio, impide encontrar fundamento legal para la doctrina de la Sala Penal Permanente, por las siguientes razones:

a) No existe un vacío normativo que integrar; en el proceso penal peruano el caso del testimonio contradictorio está expresamente regulado por el artículo 250, que no contempla la lectura de las declaraciones preliminares, sino un interrogatorio especial sobre las contradicciones y la constancia en acta de las partes contradictorias del testimonio dado en juicio.

b) Las declaraciones preliminares solamente pueden ser incorporadas al juicio oral en dos casos: **a)** vía lectura de las actas que documentan al testimonio para que sirvan de elementos de valoración de la prueba testifical producida en el plenario (artículo 262); y **b)** prueba testimonial producida anormalmente del artículo 253.

Las normas procesales penales interpretadas admiten como única excepción a la regla que el testimonio se produce en el juicio oral, el caso de la prueba testimonial producida anormalmente, es decir, la valoración de un testimonio producido en la fase de instrucción que resulta de imposible actuación en el juicio oral por inasistencia del testigo en el plenario pese a haberse agotado las medidas procesales necesarias para lograr su examen en el plenario.

La declaración instructoria o sumarial no puede sustituir a la prueba testimonial, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de

Justicia por ejemplo en la ejecutoria suprema del 28 de abril del 2004 emitida en la causa N° 2722-2003-Huánuco, en la que se consideró que a pesar de la existencia de una declaración incriminatoria en el procedimiento preliminar policial, su no ratificación en juicio oral constituía un caso de insuficiencia probatoria de cargo.

Finalmente se examina como se resuelve en el Código Procesal Penal del 2004 el problema del testimonio contradictorio.

Se diferencian expresamente los actos de investigación que se realizan en la fase de investigación preparatoria a cargo de los fiscales penales y los actos probatorios que se efectúan en la fase del juicio los jueces penales.

Se recoge la regla general que la prueba se produce en el juicio, no en el procedimiento preliminar o fase de investigación preparatoria.

La prueba testimonial se produce en el juicio conforme se establece en el artículo 378.

En el caso del testimonio contradictorio se puede leer la parte pertinente de la declaración dada en el procedimiento preliminar «para hacer memoria», conforme al inciso 6 del artículo 378. No se admite que la declaración dada en el procedimiento preliminar sustituya a la prueba testimonial producida en juicio, por lo que la primera solamente servirá como elemento de valoración de la segunda.

Solamente se puede utilizar la declaración dada en la investigación preparatoria mediante la lectura del acta o documento procesal, en el caso de imposibilidad de actuación de la prueba en el juicio, por fallecimiento, enfermedad, ausencia del lugar de residencia, desconocimiento de su paradero o por causas independientes de la voluntad de las partes; el artículo 383 regula la prueba testimonial producida anormalmente igual que el artículo 253 del Código de 1940.

XV
Prueba Indiciaria

1. Introducción

Con la entrada en vigencia del Código Procesal Penal, vemos emerger un nuevo marco normativo en que queda reasumida toda la temática abordada por la Corte Suprema de Justicia de la República (Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22) y el Tribunal Constitucional (sentencia del 13 de Octubre del 2008, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC) en materia de prueba indiciaria; en efecto la temática en torno al indicio tiene su primera expresión madura en el inciso 3ro. del artículo 158 del Código Procesal Penal[289], regulación que no sólo tiene una importancia teórica, sino también y sobre todo una significación práctica evidente.

Marco normativo cuya operatividad por parte del titular de la acción penal[290] y, en su oportunidad, por los órganos jurisdiccionales, acorde a la reciente producción jurisprudencial antes glosada, exige una alta complejidad y sofisticación en el procedimiento de reconstrucción del *thema probandum*, vía la prueba indiciaria; precisamente al expedirse la sentencia del 13 de Octubre del 2008[291], el Supremo Intérprete de la Constitución recalca la necesidad de un

---

[289] Inc. 3, del art. 158: La prueba (entiéndase la convicción judicial de responsabilidad) por indicios requiere: a) Que el indicio esté probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; y c) Que cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten contraindicios consistentes.

[290] Inc. 1ero., del art. IV del Título Preliminar del C.P.P.: El Ministerio Público es el titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio.

[291] Exp. N° 00728-2008-PHC/TC.

cambio de paradigma en relación a la praxis judicial que se ha venido observando en la elaboración y motivación de las sentencias condenatorias en base a la prueba indiciaria, en efecto destaca la finalidad de que sea abra una nueva cultura sobre la debida motivación de las resoluciones en general, y de las resoluciones judiciales en particular, porque solo así estaremos a tono con el mandato contenido en el texto constitucional (artículo 139, inciso 5, de la Constitución)[292].

Finalmente, debemos destacar como hipótesis que la prueba indiciaria, en muchos casos sin que se explicite, deviene en el sustento de una considerable cantidad de pretensiones punitivas[293], lo que ya de por sí resulta cuestionable; por otro lado, en los procesos penales y sentencias que sí explicitan la utilización de la prueba indiciaria, en su mayoría, a la luz de la reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y del Código Procesal Penal, resultan abiertamente nulos por deficiente motivación, todo lo cual nos impele a la tarea de identificarlas y aplicar los correctivos necesarios, ya que se configurarían casos de personas condenadas como consecuencia de una praxis judicial cuestionable desde la óptica de la garantía constitucional de la motivación de la resoluciones judiciales.

---

[292] Y todo ello a fin de que las partes conozcan los verdaderos motivos de la decisión judicial, lejos de una simple exteriorización formal de esta, siendo obligación de quien la adopta el emplear ciertos parámetros de racionalidad, incluso de conciencia autocrítica, pues tal como señala la doctrina procesal penal, no es lo mismo resolver conforme a una corazonada que hacerlo con criterios idóneos para ser comunicados, sobre todo en un sistema procesal como el nuestro, que tiene al principio de presunción de inocencia como regla de juicio, regla que tantas veces obliga a resolver incluso contra la propia convicción moral. Desde luego que el nivel de dificultad en la elaboración de la motivación (discurso motivador) puede crecer en el caso de los tribunales colegiados, pero ello responde a la lógica del propio sistema, toda vez, que a estos se les atribuye generalmente la resolución de los casos más complejos o de mayor transcendencia, así como el reexamen de lo actuado y resuelto por los órganos judiciales inferiores.

[293] Una inmensa porción de los casos penales se determina por prueba puramente indiciaria. Buena parte del conocimiento que guía nuestras vidas hoy en día, de lo que la ciencia sabe y de las decisiones más relevantes de nuestra vida, se deben a pruebas indirectas. BAYTELMAN A., Andrés y DUCE J., Mauricio, *Litigación Penal Juicio Oral y Prueba*, Alternativas, Lima, 2005, p. 323.

2. Descripción del marco normativo[394]

2.1. Construcción normativo de la prueba indiciaria

El inciso 3ero. del artículo 158 del Código Procesal penal establece que la prueba por indicio requiere:

a).- Que el indicio **esté probado.** Al respecto el numeral «c)» recalca que, cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que **no se presenten contra-indicios consistentes.**	b).- Que **la inferencia esté basada** en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.	**c).- Hecho final - delito (hecho consecuencia o hecho indiciado)[295].**

2.2. Marco normativo de complementación

Artículo II del Título Preliminar (Presunción de inocencia):	1.- Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme **debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales.** **Artículo 10 (Indicios de delitos en proceso extra penal):** Cuando en la sustanciación de un proceso extra-penal aparezcan indicios de la comisión de un delito de persecución pública el Juez de oficio o a pedido de parte, comunicará al Ministerio Público para los fines consiguientes.
Artículo 156, inciso 2 (Objeto de prueba):	No son objeto de prueba **las máximas de la experiencia, las Leyes naturales** (...), lo imposible **y lo notorio.**
Artículo 158, inciso 1 (valoración):	En la valoración de la prueba el Juez deberá **observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados.**
Artículo 393, inciso 2 (Normas para la deliberación y votación):	El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a **examinarlas individualmente y luego conjuntamente** con las demás. La valoración probatoria **respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.**

[294] La secuencia de los rótulos del presente ítem designa pasos de un proceso de construcción de la denominada prueba indiciaria que tiene su concreción en el inciso 3ero. del artículo 158 del Código Procesal Penal.

[295] El citado dispositivo procesal expresamente no lo consigna como elemento integrante de la prueba indiciaria, empero en el contexto de la argumentación se encuentra implícita.

2.3. Marco normativo de protección

Art. 397, inciso 1 (Correlación entre acusación y sentencia):	La sentencia no podrá tener por acreditados hechos u otras circunstancias que los descritos en la acusación y, en su caso, en la acusación ampliatoria, salvo cuando favorezca al imputado.
Art. 425, inciso 2 (Sentencia de Segunda Instancia):	La Sala Penal Superior sólo **valorará independientemente la prueba** actuada en la audiencia de apelación, y las pruebas pericial, documental, preconstituida y anticipada. La Sala Penal Superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de inmediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba en segunda instancia.
Art. 429, inciso 4 (Causales para interponer recurso de casación):	Si la sentencia o auto ha sido expedido con **falta o manifiesta ilogicidad de la motivación**, cuando el vicio resulte de su propio tenor.
Art. 439, incisos 1, 3 y 4 (Procedencia de la acción de revisión):	1.- Cuando después de una sentencia se dictará otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito a persona distinta de quien fue primero sancionada, y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, **resulta de su contradicción la prueba de inocencia de alguno de los condenados.** 3.- Si se demuestra que un elemento de prueba, apreciado como decisivo en la sentencia, **carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.** 4.- Si con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que solos o en conexión con las pruebas anteriormente apreciadas sean capaces de establecer la inocencia del condenado.

3. Identificación de los elementos integrantes de la prueba indiciaria regulados en el Código Procesal Penal

El inciso 3ero. del artículo 158 del Código Procesal penal establece que la prueba por incidio requiere:

a).-Que el indicio **esté probado.** Al respecto el numeral «c)» recalca que, cuando se trate de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que **no se presenten contraindicios consistentes.**	b).- Que **la inferencia esté basada** en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia.	**c).- Hecho final - delito (hecho consecuencia o hecho indiciado)[296].**

[296] Expresamente no lo consigna como elemento integrante de la prueba indiciaria, empero en el contexto de la argumentación se encuentra implícita.

Red categorial que organizamos de la siguiente forma:

1.- Probado:	El hecho base ha de estar plenamente probado por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno[297].
2.- Contingente:	Aquello que puede ser de modos diferentes a lo que es en sí mismo (y que, para Aristóteles, es algo propio del ser móvil y sometido a cambio) y como aquello que no está libre de contradicción. Será, pues, posible aplicar tal distinción al proceso de conocimiento y hablar de un objeto de conocimiento necesario o contingente, o bien de un conocimiento que posea el carácter de conocimiento necesario o contingente[298].
3.- Plurales:	Los indicios deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa[299].
4.-Concordantes:	Según la consolidada elaboración de la jurisprudencia son concordantes los indicios lo que convergen todos hacia una reconstrucción lógica y unitaria del hecho[300].
5.-Convergentes:	Hay que poner de relieve que el efecto de refuerzo de la convergencia de los indicios se verifica solamente en caso de concurrencia de varios indicios autónomos y no en la hipótesis de múltiples indicios mediatos, que procedan de una misma hilación conjetural. En resumen, hay convergencia de indicios cuando, concurriendo, se completan recíprocamente de modo que forman una verdadera y propia prueba acumulativa[301].
6.-Contraindicios:	El juez debe pesar y comparar respectivamente las pruebas en contra aducidas, así también, cuando se trata de apreciar en su verdadero valor las acriminaciones que resultan de los indicios, importa considerar

297 Ver Considerando cuarto de la Ejecutoria del 6 de Septiembre del 2005, R.N. N° 1912-2005, y Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 del 13 de Octubre del 2006.

298 MUÑOZ, Jacobo / VELARDE, Julián, *Compendio de epistemología*, Trotta, Madrid, 2000, p. 419.

299 Ver Considerando cuarto de la Ejecutoria del 6 de Septiembre del 2005, R.N. N° 1912-2005, y Acuerdo Plenario N° 1-2006/ESV-22 del 13 de Octubre del 2006.

300 TRAVERSI, Alessandro, *La Defensa penal – técnicas argumentativas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2005, p. 53. Quien precisa que por lo demás no se requiere que tales requisitos coexistan todos y cada uno de los indicios que valorar, ya que el juicio sobre la gravedad, la precisión y la concordancia debe ser fruto de una valoración unitaria y sintética, no atomizada, de todas las pruebas objeto de consideración, de manera que permita colmar las lagunas que cada prueba contiene en sí misma.

301 *Ibidem*, pp. 53 y 54.

	atentamente todos los hechos de un orden opuesto. Los contraindicios, por vía de conclusión, hacen ver poderosamente debilitados los indicios de cargo, en cuanto de ellos resulte a favor del acusado una explicación enteramente favorable de los hechos que parecían correlativos del delito[302].
7.- Consistentes (consistencia):	Duración, estabilidad, solidez. Trabazón, coherencia entre los elementos de un conjunto[303].
8.- Inferencias:	El proceso discursivo por el que alguien pasa de una información, una creencia o un conocimiento a otra creencia u otro (presunto) conocimiento. Por ejemplo, uno infiere: i) que dos y dos son cuatro a partir de las nociones o definiciones que conoce de la suma aritmética y de los números en cuestión; o ii) que, a juzgar por todos los indicios, el mayordomo ha sido el culpable. En esta perspectiva epistémica, las inferencias siguen corriendo a cargo de algún agente discursivo y discurriendo en una dirección, pero ahora se mueven en un marco de creencias, presunciones y presuposiciones[304].
9.- Reglas de la lógica[305]:	La lógica es una ciencia que se ocupa del conocimiento humano en cuanto es argumental, es decir en su función inferencial, mediante la cual discurrimos, combinamos conocimientos, extremos conclusiones. Nuestro cerebro no se limita a captar y registrar datos; también – y es su característica más notable – los relaciona derivando unas información de otras, para fundamentar o concluir[306].

302 MITTERMAIER, Karl Joseph Anton, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 373.

303 Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda Edición, Madrid, 2001, p. 631.

304 MUÑOZ, Jacobo / VELARDE, Julián, *Compendio de epistemología, op. cit.*, p. 332.

305 El Código Procesal Penal en la relación a las reglas de la lógica destaca lo siguiente: Inc. 2 del art. 393.: El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, **especialmente conforme a los principios de la lógica.**

306 GARCÍA RESTREPO, Luis E., *Elementos de lógica para el Derecho*, Temis, Bogotá, 2008, p. 14. Agregando el citado autor que: Y como el derecho es una disciplina, por naturaleza, lógica, debe evitar los «pecados contra la lógica» como admitir o introducir contradicciones, inconsistencias o incoherencias (...). Los individuos se vuelven malos pensadores porque no reflexionan el tiempo suficiente, no buscan pruebas y, menos aún, contrapruebas, o dependen de alguna autoridad dogmática -incluida la propia- para sustentar sus juicios.

10.- Reglas de la ciencia[307]:	Los conceptos científicos son las unidades básicas del conocimiento científico y se expresan lingüísticamente en los términos de un lenguaje. En ellos puede distinguirse dos elementos fundamentales: su contenido empírico y su contenido teórico. El contenido empírico, o extensión, es aquello a lo que refiere, y el contenido teórico es el conjunto de propiedades y relaciones que comprende. El primero está conectado con la investigación empírica, y el segundo, con los procedimientos teóricos a través de los que se da cuenta de las propiedades del referente. Contenido empírico y teórico pueden modificarse con el desarrollo de la ciencia[308] [309].
11.- Reglas de la experiencia[310]:	Las máximas de experiencia son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, independientes del caso concreto que debe decidirse en el proceso y de las singulares circunstancias de él, conquistadas con la experiencia, pero autónomas respecto de los casos singulares de cuya observación han sido deducidos, y además de los cuales deben valer para nuevos casos[311].

[307] Al respecto el maestro Michele TARUFFO destaca que: el fenómeno cada vez más relevante y frecuente del uso de «pruebas científicas» demuestra que no sólo no hay impermeabilidad alguna entre la determinación judicial de los hechos y el uso de metodologías científicas, sino que cada vez es más habitual que los hechos sean determinados científicamente en el proceso. Permanece así inalterable el carácter de específica «cientificidad» de la prueba, derivado del hecho de que ésta supone el uso de métodos y conocimientos que trascienden el saber del hombre medio, pero esto no impide que corresponda en todo caso al juez servirse de esas pruebas particulares en la determinación de los hechos. En: La prueba de los hechos, Trotta, Madrid, 2002, p. 333. Por su parte el tratadista Augusto M. MORELLO relieva que: El juez –y primero los letrados de partes al controlar su admisibilidad y observar las conclusiones (científicas) del dictamen o el de los consultores técnicos respectivos– deberá, por consiguiente, comprender (al conocer y asumir) el tema probatorio, primero desde el perfil científico que lo identifica y distingue y, recién después, interiorizarlo desde la vertiente del Derecho cubriéndolo con el manto jurídico y consecuentes derivaciones (jurídicas) que provocará en la sentencia. «La Prueba científica», en *La Prueba: Tendencias modernas*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 155.

[308] GÓMEZ RODRÍGUEZ, Amparo, *Filosofía y metodología de las ciencias sociales*, Alianza Editorial, Madrid, 2003, p. 115.

[309] El Código Procesal Penal en la relación a las conocimiento científicos destaca lo siguiente: Inc. 2 del art. 393: El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica (...) y **los conocimientos científicos**. El conocimiento científico, el proceso cognoscitivo en general, que se apoya en el conocimiento sensible, en la experiencia sensorial.

4. Apreciación de indicios de culpabilidad, con la correspondiente sentencia condenatoria[312]:

Hecho básico.- Se acredita el conocimiento sobre la base de la prueba indiciaria constituida por los siguientes hechos básicos:	La conexión racional.- Se reputa lógica, coherente, racional y ajustada a las normas de la experiencia:	Hecho consecuencia:
1.- Por el hecho de figurar en el paquete postal el primer apellido de la demandante, no en inglés («Renshaw»), como hubiera sido lo procedente, sino expresado mediante una posible pronunciación fonética en castellano («Renso»), lo que se estima indicativo de que la comunicación de este apellido se habría realizado en forma verbal.	1.-La condena no se habría sustentado en la sola valoración contra reo de su negativa a prestar declaración. Contrario a ello ha existido otras pruebas indiciarias acreditativas de la existencia del elemento subjetivo del tipo penal aplicado a los hechos acreditados.	1.-Se estable que la condenada conocía el contenido del paquete postal, quien fue detenida en la calle tras haber recogido de la portería y antes de haber llegado a abrirlo.

Así mismo, como especie del conocimiento intelectual, el científico requiere de los actos del entendimiento, de los conceptos, de los juicios y de los raciocinios; se trata de «juicios sobre objetos que se fijan intelectualmente por otros juicios», y de «razonamientos que de juicios determinados permiten obtener otros juicios nuevos». CUELLO IRIARTE, Gustavo, *Derecho probatorio y pruebas penales*, Legis, Bogotá, 2008, p. 217.

310 El Código Procesal Penal en la relación a las conocimiento científicos destaca lo siguiente: **1).-** Inc.2 del art. 156.: **No son objeto de prueba las máximas de la experiencia,** las leyes naturales (...) y lo notorio; **2).-** Inc.2 del art. 393.: El Juez Penal para la apreciación de las pruebas procederá primero a examinarlas individualmente y luego conjuntamente con las demás. La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, **las máximas de la experiencia (...).**

311 LEONE, Giovanni, *Presunciones, ficciones e indicios, Compilación y extractos*, Fernando Quinceno Alvarez, Editorial Jurídica Bolivariana, 2002, p. 33.

312 En el presente caso la Sala confirma la condena sustentada en el dato objetivo de que la actora recibió un envío postal procedente de Brasil que contenía 247.3 gramos de cocaína, con una riqueza media del 44,3 por 100 y un valor aproximado en el mercado de 2.720.300 pesetas. Increpando la condenada: la penalización del derecho a no declarar resultante de sustentar la condena penal impuesta sobre el hecho de haber querido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido, guardar silencio ante los agentes policiales y no declarar sino ante el Juez. En cuanto que de este silencio suyo inicial, expresivo del ejercicio de su derecho a no declarar, se habría derivado un indicio de culpabilidad que mediante el correspondiente juicio de inferencia ha llevado al pronunciamiento de condena, se habría de constatar –según aduce la recurrente–, que su presunción constitucional de inocencia se habría visto desvirtuada sin una suficiente base probatoria de cargo.

2.- Porque, no obstante el breve lapso transcurrido entre la entrega del envío por parte del portero de la finca y su detención en la calle, la acusada no habría realizado comprobación alguna ni mostrado tampoco extrañeza por la recepción, como hubiera sido lógico si su contenido realmente le hubiese sido desconocido.	2.- La audiencia Provincial ha partido de datos objetivos y acreditativos, tales como que el paquete –con un contenido de tan notoria importancia y valor económico– viniese remitido a la dirección de un establecimiento regentado por la destinataria, que el primer apellido de esta viniese redactado en términos fonéticos y no en los propios de su ortografía y, en fin, que esta excusase su firma en el acta levantada con ocasión de la diligencia judicial de apertura.	
3.- Por cuanto la doble negativa de la acusada a firmar el acta de apertura de la correspondencia en presencia judicial y a prestar declaración ante los Agentes de la Guardia Civil, aun realizada en legítimo ejercicio de sus derechos, resultaría enteramente contraria a la reacción lógica de una persona supuestamente involucrada contra su voluntad en un tráfico de drogas[313].		

[313] Una posición contraria es la esbozada por el Maestro ASENCIO MELLADO, quien en relación al «descubrimiento de la falsedad de la coartada» indica que: No obstante, nuestro Tribunal Supremo ha estimado que el fracaso de la coartado puede ser utilizado como un *indicio* más que, unido a otros, permite llegar a una conclusión de culpabilidad en función de que la incoherencia de las manifestaciones de descargo y su falta absoluta de verosimilitud hacen devenir más acentuados los restantes datos incriminatorios. Nosotros estimamos que el descubrimiento de la falsedad de la coartada no puede ser en buena lógica un indicio de culpabilidad, y ello por faltar los elementos que tipifican el indicio y, en especial, por no responder el elemento racional al que es común a toda prueba indiciaria.

5. Apreciación de indicios insuficientes

Hecho básico.-	Falta de conexión racional:	Rechazo por el Ad quem de la «consecuencia»:
1.- Se declara como hechos probados que el recurrente era copropietario, junto con el también procesado Luis Bravo Ricardo, del Bar Alaska, de Barcelona, «lugar frecuentado por personas dedicadas al tráfico de drogas, situación que aquellos conocían y en la que participaban[314].	1.-Resulta evidente que de los hechos probados (copropiedad del bar y conocimiento de algunos clientes procesados) no se infiere razonablemente que el recurrente fuera autor de un delito de tráfico de drogas[315].	«Se infiere con claridad la existencia de elementos suficientes para apreciar unas conductas incardinables en el tráfico de drogas», y se puede concluir, con el Ministerio Fiscal, que los consocios del bar estaban «más atentos a las consecuencias económicas del tráfico que a este en sí, indudablemente favorecido en el establecimiento que regentaban».

Así, y en tanto que el indicio es un hecho normalmente positivo (huellas, objetos en poder del acusado, etc...) que sirve para probar directamente la autoría del delito, el contra indicio o coartada opera en sentido negativo y supone la intercalación de un razonamiento adicional falto de base causal al menos por sí solo.

La prueba de la falsedad de la coartada únicamente permite inferir que su autor no realizó lo que efectivamente alega (si sostiene que estaba en otro lugar se puede confirmar que no fue cierto; si mantiene que compró las joyas a X que no fue así), pero, en ningún caso cabe afirmar directamente, por una operación elemental sin elementos interpuestos que el imputado, negativamente, fue partícipe en los hechos positivos. Para que ello fuera así siempre sería necesario un indicio positivo que confirmara el hecho principal sin que, por la misma razón, la coartada falsa sea susceptible ni de confirmar ni de negar la veracidad de los hechos positivos por su completa ajenidad respecto de ellos. ASENCIO MELLADO, José María, «Presunción de Inocencia y Prueba Indiciaria», en *Los Principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia, op. cit.*, pp. 178 y 179.

314 El anterior relato factico, según se lee en la resolución, se basa en las declaraciones de ambos coencausados asistentes al local, hecho este último coincidente con un informe policial. De lo anterior, según la Audiencia Nacional, «se infiere con claridad la existencia de elementos suficientes para apreciar unas conductas incardinables en el tráfico de drogas», y se puede concluir, con el Ministerio Fiscal, que los consocios del bar estaban «más atentos a las consecuencias económicas del tráfico que a este en sí, indudablemente favorecido en el establecimiento que regentaban».

6. Esquema de la estructura de la prueba por indicios

(Exigibles para los estadios de la formalización de la investigación preparatoria[316], acusación y sentencia[317])

Hecho básico[318]:	La inferencia este basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia[319] (deben tenerse en cuenta los principios de: normalidad, causalidad y oportunidad):	Hecho consecuencia[320]:

315 Así lo reconoció la posterior Sentencia del Tribunal Supremo, con apoyo del Ministerio Fiscal, que en su informe declaró la inexistencia de indicios suficientes a través de los cuales se pudiese concluir sin arbitrariedad que el procesado participaba en el tráfico de drogas. En efecto, ninguno de las pruebas practicadas constituye prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, y de ellas no se deduce lógicamente la autoría, por parte del recurrente, del tipo por el cual fue condenado. La resolución motivada no contiene una motivación suficiente del juicio de inferencia, el cual por su debilidad y apertura, cabría que condujese a conclusiones alternativas, sin que ninguna de ellas pudiera considerarse efectivamente probada. En suma, la prueba indiciaria tampoco fue en este caso prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del recurrente. Tal vulneración constitucional no fue reparada por el Tribunal Supremo al dictar su Sentencia en casación. En esta, como se ha dicho, se declara que «no existe un apoyo indiciario del razonamiento de la Audiencia» para condenar al recurrente como participante en el tráfico de drogas, pero se concluye que sí existió base probatoria suficiente para condenarle como autor de ese delito por omisión, en función de su «posición de garante en relación a la comisión de delitos de carácter grave» dentro del ámbito cerrado constituido por el local comercial de su titularidad. Los hechos probados, según la Sala Segunda del Tribunal Supremo, permitirían concluir una «participación omisiva en el delito».
Sin embargo, el anterior juicio condenatorio tampoco se basa en una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, entendida como «aquella encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituya el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo, por una parte, y, por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad». En efecto, de los hechos acreditados no se concluye unívocamente que el recurrente conociera las actividades delictivas concretas que se dice venían realizándose en su bar. En segundo lugar tampoco resulta acreditada la existencia misma del tráfico en éste, que simplemente se presume. Por ello no quedan probados ni el elemento subjetivo ni el objetivo del tipo delictivo que se imputa al recurrente.

316 El inciso 1 del artículo 336 del Código Procesal Penal, establece que: Si de la denuncia, del Informe Policial o de las Diligencias Preliminares que realizó, **aparecen indicios** reveladores de la existencia de un delito (...), dispondrá la formalización y la continuación de la Investigación Preparatoria.

1.- Indicio o hecho básico incriminador, por ejemplo: Una pretensión punitiva basada en la identificación de una huella digital perteneciente al procesado, que se encontraba inserta en unas gafas de sol que aparecieron en el suelo de la sucursal bancaria y que, según declaración de un testigo, se le cayeron a la persona que había perpetrado el atraco en la oficina.	1.- Verificación de una conexión racional «incriminante»: Debe haber un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano mediante un proceso mental razonado[321].	1.-Acreditación del factum típico:
2.- Contraindicios o hechos básicos no incriminadores[322], por ejemplo: el procesado, titular de la gafas, indicó que se la sustrajeron	2.-No verificación de una conexión racional «incriminante», que puede configurarse por la confluencia de contraindicios.	2.-No acreditación del factum típico: En el caso citado el T.S. afirmó que no podía consistir prueba de cargo decisiva para

[317] Artículo 349 del Código Procesal Penal:
1.- La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá: (...) b).- **La relación clara y precisa del hecho** que se atribuya al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. **En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; c) Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio.** (...).

[318] Para un mejor abordaje global y objetivo, por parte del Juez sentenciador, debe bifurcarse en: 1.- Hechos básicos incriminados, y 2.- Hechos básicos no incriminadores o contra indicios.

[319] Letra «b)» del inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal. Una de las más típicas debilidades de la argumentación en torno a la prueba indiciaria está, precisamente, en la premisa intermedia: la pretensión de que cierta premisa pertenece a dichas máximas de la experiencia o que es exigida por el sentido común. BAYTELMAN A., Andrés / DUCE J., Mauricio, *Litigación Penal - Juicio Oral y Prueba, op. cit.*, p. 321.

[320] Al respecto LEONE señala que: la correlación lógica entre el indicio y el hecho a probar debe ser entendida en un doble sentido: en primer lugar, en sentido positivo, los indicios deben desembocar en una única conclusión; y en segundo lugar, en un sentido negativo, deben excluir radical y absolutamente cualquier otra conclusión. Citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal, op. cit.*, p. 244.

[321] En definitiva se trata de una operación lógica, consistente en un razonamiento inductivo, cuyo discurso ha de reflejarse en la sentencia. Sentencias del Tribunal Constitucional 174/1985, 229/1988, 197/189, 124/1990, 78/1994 y 175/1995. CLIMENT DURÁN, Carlos, *La Prueba Penal, op. cit.*, p. 863.

días antes, adjuntando copia de la denuncia policial respectiva, manifestando que posiblemente las hubiere usado un tercero y fuera este el autor del atraco.		afirmar la autoría del robo, puesto que no puede descartarse la realidad, afirmada por el procesado, de que le hubieran «sustraído» unos días antes las gafas, las hubiere usado un tercero y fuera este el autor del atraco[323].
Regla: Debe explicitarse los medios probatorios que lo acreditan[324].	**Regla:** Debe explicitarse las máximas de la lógica, experiencia y los conocimientos científicos[325].	**Regla:** Superado los estadios anteriores, se debe explicitar que elementos de la estructura típica o título de participación se configuró.

7. Del rol de la defensa técnica en la configuración de la prueba indiciaria

Debemos estar atentos al relajamiento de los patrones probatorios en casos de delitos intolerables de prueba dificultosa, en los que es acentuada la necesidad de condenar por exigencias preventivo

---

322 Por así exigirlo la sentencia del 8 de Agosto del 2005, Exp. N° 4831-2005-PHC/Tribunal Constitucional, donde se puntualiza que: de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba uno está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de **no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso** (...). (el subrayado es nuestro). Finalmente el párrafo tercero del artículo 158 del Código Procesal Penal, al establecer que cuando se trata de indicios contingentes, éstos sean plurales, concordantes y convergentes, **así como que no se presenten contraindicios.**

323 Ejemplo elaborado a partir del referido por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal, op. cit.*, p. 236.

324 Letra «a)» del inciso 3 del artículo 158 del Código Procesal Penal, dispositivo que se ve complementado con: el artículo 352 del Código Procesal Penal, establece: (...) 5.- La admisión de los medios de prueba ofrecidos requiere: a).- Que la petición contenga **la especificación del probable aporte** a obtener para el mejor esclarecimiento del caso; (...) 6.- (...) En el auto de enjuiciamiento **se indicarán los hechos específicos que se dieren por acreditados o los medios de prueba necesarios para considerarlos probados.**

325 Inciso 2 del artículo 393 del Código Procesal Penal: La valoración probatoria respetará las reglas de la sana crítica, especialmente conforme a los principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

generales[326]. El defensor técnico debe controlar minuciosamente que todos y cada uno de los indicios que se incorporen a la instrucción sean absolutamente ciertos, comprobados, basados en hechos plenamente probados[327].

Una de las más típicas debilidades de la argumentación en torno a la prueba indiciaria está, precisamente, en la premisa intermedia o base relacional, que puede estar sustentada en las reglas de la lógica, de la experiencia o de la ciencia. Otra posible fuente de error, pasible de ser capitalizada por la defensa técnica, reside en la valoración del hecho indicador, que necesariamente debe ser acreditado con un medio probatorio. Pero si el yerro es predicable del proceso de inferencia lógica, es preciso aceptar la validez de la prueba que acredita el hecho indicador, y a partir de ello demostrar que el fallador se marginó de las leyes de la ciencia, los principios de la lógica, o las reglas de experiencia, identificando de cuál se trató, cómo opera correctamente y de qué manera se le desconoció en el caso concreto[328].

Está de más decir que la defensa debe permanecer sumamente atenta ante la aparición o inclusión de indicios, los que van surgiendo desde la prevención inicial y avanzan indefectiblemente hacia el juicio. Desde un primer momento y durante la instrucción, es preciso que se impugne todo indicio que no se encuentre plenamente basado en claros y demostrados hechos concretos y que se incorporen al sumario según las prescripciones de la misma, o sea que en definitiva los indicios han de poseer como punto de partida hechos plenamente probados y acreditados. Resumiendo, debemos insistir en que el defensor técnico debe controlar minuciosamente que todos y cada uno de los indicios que se incorporen al sumario sean absolutamente ciertos, comprobados, basados en hechos plenamente probados[329].

---

[326] La realización de un justo proceso encuentra expresión en una jerarquía de valores en la cual la tutela de los derechos fundamentales puede ser preeminente a la búsqueda de la verdad en la reconstrucción de aquello sobre lo que versa la controversia. Ver: MAZZARESE, Tecla, «Razonamiento Judicial y Derechos Fundamentales. Observaciones Lógicas y epistemológicas», en *Interpretación y Razonamiento Jurídico*, Santiago ORTEGA (comp.), Hermeneia Editores, Lima, 2008, pp.114.

[327] Ver al respecto HALL: Carlos N., *La prueba penal*, Nova Tesis, Rosario, Santa Fe, 2004, p. 439.

[328] CANO JARAMILLO, Carlos Arturo, *Oralidad, debate y argumentación, op. cit.*, p. 217.

[329] HALL, Carlos N., *La Prueba Penal, op. cit.*, pp. 437 y 439.

XVI
Alegaciones de apertura

Estas intervenciones iniciales o en la audiencia de instalación del juicio oral son sumamente importantes, porque en esta etapa inicial del juicio oral los integrantes del Colegiado comienzan a formarse una idea del *thema probandum*, resultando recomendable ya en este estadio procesal evidenciar las contradicciones y deficiencias de la acusación fiscal, lo que en algunos casos podría preparar el terreno para viabilizar una solución favorable anticipada del caso, evitando llegar a la sentencia, por ejemplo, vía un medio de defensa técnico o el sobreseimiento de la causa.

TRAVERSI identifica dos posibles estrategias de refutación: Estrategia de refutación sin exposición de contrahipótesis; y estrategia de refutación con exposición de contrahipótesis. En la estrategia de refutación sin exposición de contrahipótesis la defensa se limita a desbaratar la tesis incriminatoria desvirtuando su contenido probatorio o la coherencia lógica de las pruebas que impiden la corroboración de la imputación. En la estrategia de refutación con exposición de contrahipótesis se propone además una explicación alternativa de los hechos que resultan incompatibles con las tesis incriminatoria.

Somos de la opinión que en general debemos optar por la estrategia de refutación a secas ya que una explicación alternativa o hipótesis delictiva paralela, podría conllevar a referirse a otros coprocesados, por ejemplo, al afirmar que nuestro patrocinado no pertenecía a la comisión especial de licitación, siendo el funcionario competente José, originando una controversia entre coprocesados, circunstancias en las cuales pueden destruirse mutuamente, lo que a la postre sería capitalizado por el fiscal, y puede perfilarse un escenario en que ambos sean condenados, o que efectivamente el patrocinado se le absuelva del presente proceso penal, pero por la información que pueda haber accedido su coprocesado y al declararlo se puede activar un nuevo proceso penal.

En síntesis debemos interiorizar las siguientes reglas: i) Cuando intente impresionar a la gente con palabras, tenga en cuenta que cuando más diga tanto más vulnerable será y tanto menor control de la situación tendrá; y ii) El momento del triunfo es a menudo el momento de mayor peligro. En el fragor de la victoria, la arrogancia y un exceso de confianza en sus fuerzas pueden llegar a impulsarlo más allá de la meta que se habría propuesto en un principio, y al ir demasiado lejos serán más los enemigos que se creará que los que logren vencer. No hay nada como la estrategia y la planificación cuidadosa. Fíjese un objetivo y, cuando lo alcance, deténgase[330].

Nuestros alegatos de apertura conllevará a que los sujetos procesales opositores sepan la dura batalle que libraremos, lo que podría conllevar a un retiro de la acusación fiscal, precedida de un control de la acusación fiscal, o que el fiscal no disperse sus recursos en nuestro cliente y lo direccione a otros. Un dato a tener presente por los abogados, es que el Colegiado Sentenciador valora positivamente que el mismo abogado defensor que se hizo cargo de las alegaciones de apertura y desarrollo del juicio oral efectúe los alegatos finales.

Otra perspectiva de los alegatos de apertura consiste en efectuar una superficial declaratoria de inocencia del patrocinado, sin revelar el propósito de nuestras acciones, de esta forma si el fiscal o parte civil no tienen la menor idea de que es lo que queremos lograr, les resultará imposible preparar una reacción; efectivamente, en los supuestos de una acusación deficiente, en la que no se hayan desarrollado los presupuestos de la prueba indiciaria, no obstante que se alega la misma como pilar probatorio de la supuesta colusión, nos preguntamos: ¿por qué nosotros debemos alertar de dicho defecto, otorgándole al fiscal una segunda oportunidad para reestructurar su acusación? En estos supuestos podemos dejar que se desarrolle el juicio oral y en la etapa de los alegatos finales utilizar todos nuestros argumentos refutativos alegando la inobservancia de los precedentes jurisprudenciales sobre la materia, sin posibilidad, dado el estadio del juzgamiento, que el fiscal corrija su pretensión punitiva.

---

[330] GREENE, Robert / ELFFERS, Joost, *Las 48 Leyes del Poder*, Atlántida, Buenos Aires, 2003, pp. 65 y 500.

Como insumos constitucionales a fin de refutar la acusación fiscal[331], podemos utilizar los siguientes:

1.- Desde la óptica de los estándares de exigencia probatoria que debe observar el Ministerio Público para formular acusación:	1.1.- La Constitución (artículo 159°) ha asignado al Ministerio Público una serie de funciones constitucionales, entre las cuales destaca la facultad de ejercitar la acción penal ya sea de oficio o a pedido de parte, tal como dispone el artículo 159°, inciso 5, de la Constitución. Si bien es una facultad discrecional reconocida por el poder constituyente al Ministerio Público, es obvio que esta facultad, en tanto que el Ministerio Público es un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, **no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales. [Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 6204-2006-PHC, Tribunal Constitucional]** **1.2.- Principio de interdicción de la arbitrariedad:** Lo expuesto precedentemente tiene su fundamento, por otro lado, en el principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual es un principio y una garantía frente a la facultad discrecional que la Constitución ha reconocido al Ministerio Público. De ahí que se haya señalado en sentencia anterior (Exp. N° 06167-2005-PHC/TCM FJ 30) que el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, **se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica. [Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 6204-2006-PHC, Tribunal Constitucional]** Si bien dichas exigencias se orientan a la etapa postulatoria del proceso penal, esto es, denuncia, las mismas con mayor razón resultan trasladables al estadio procesal de la etapa intermedia, inter en el que si se pretende formular acusación, se debe contar con un progresivo incremento de

[331] La acusación fiscal es la primera ocasión en la que se realiza un análisis integral de los actuados dentro del proceso penal; luego de concluidos los plazos de investigación y o efectuados los informes finales en los procesos ordinarios, el Fiscal debe revisar el expediente y sus incidentes, si los hubiera, con la finalidad de apreciar todas las diligencias actuadas y documentos que se han acompañado y así poder emitir el dictamen correspondiente, con una visión amplia de lo sucedido y un examen minucioso de los medios probatorios existentes. NAVAS RONDON, Carlos, *La Acusación Fiscal*, Lima, 2000, p. 19.

	los elementos incriminantes[332]. De todo lo cual, podríamos construir la tesis de que resulta arbitrario, vago e infundado postular el inicio del juicio oral contando solamente con la sindicación de un colaborador eficaz, sin contar con corroboración periférica o que no haya concluido el proceso de colaboración; máxime, si efectuamos una proyección de la etapa decisoria del proceso penal (sentencia), ante la ausencia de elementos incriminantes, resultaría inevitable una absolución.
2.- Desde la óptica de la conceptualización de la etapa intermedia que exige una revisión y valoración de los resultados de la etapa de la instrucción:	La etapa intermedia tiene por objeto revisar y valorar los resultados de la instrucción examinando la fundamentación de la acusación y resolviendo sobre el reconocimiento de la pretensión penal, con el fin de decidir si procede o no abrir el juicio. **[Ejecutoria Suprema del 4 de Mayo del 2005, R.N. Exp. N° 2715-2004, Primera Sala Penal Transitoria]**
3.- Fijación del objeto del proceso por parte del Ministerio Público:	El objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el Fiscal, de suerte que el objeto del proceso **se concreta 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 ejercitada por el Fiscal–, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos. **[Ejecutoria vinculante del 13 de Abril del 2007, Queja N 1678-2006, Sala Penal Permanente]**
4.- Concreción del objeto del proceso en el dictamen final:	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 en un tipo penal de carácter homogéneo –esos hechos son formulados por el Minis-

[332] Así, SAN MARTÍN CASTRO sostiene: «La incoación del proceso penal requiere la determinación de un hecho concreto que prima facie tenga los caracteres de un delito. Por ello es que, inicialmente y en vía de la preparación de la pretensión, se pide al Fiscal que precise la conducta incriminada (art. 94.2 LOMP), y, luego, al Juez que detalle los contornos fácticos de la imputación y su calificación jurídico penal (arts. 77° del Código de 1940 y 114°-115° del Código de 1991). A partir de la resolución judicial se va formando la pretensión que se definirá en la acusación, donde la pretensión jurídica y fáctica es más rigurosa (arts. 225° del Código de 1940 y 260° del Código de 1991), que se coronará en el auto de enjuiciamiento (el art. 294° del Proyecto de 1995 exige que en dicha resolución se detalle el delito con indicación del texto legal correspondiente). Es de reiterar que el objeto del proceso se va conformando progresivamente». SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, tomo I, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003, p. 414.

	terio Público a una persona determinada, y en su definición o concreción no puede intervenir el órgano jurisdiccional–; que el escrito de acusación formaliza la pretensión penal y en función a ese marco fáctico debe pronunciarse el órgano jurisdiccional. **[Ejecutoria vinculante del 13 de Abril del 2007, Queja N 1678-2006, Sala Penal Permanente]**
5.- La existencia de suficientes elementos de convicción: La acusación fiscal no	es sino la interposición de la pretensión procesal penal, consistente en una petición fundada dirigida al Órgano Jurisdiccional para que imponga una pena (u otra consecuencia jurídica del delito) a una persona, por un hecho punible que se afirma se ha cometido.Ahora bien, de acuerdo a nuestra normatividad (art.221 del Código de Procedimientos Penales) esta acusación se emitirá cuando, concluidas las investigaciones, se tenga por comprobada la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, debiendo entenderse que esta comprobación del delito y de la responsabilidad que **exige la acusación solo supone la existencia en autos de suficientes elementos de convicción que permitan sustentar al menos la probabilidad de que el imputado ha cometido el delito, de tal manera que sea razonable esperar su condena, pues todavía es en la fase del juzgamiento,** como etapa principal del proceso, rodeada de las garantías de inmediación, oralidad, publicidad, entre otras, donde se va a establecer con certeza, en forma definitiva, la realidad del hecho punible y la responsabilidad del procesado y con ello las bondades de las afirmaciones formuladas por el Fiscal acusador. **[Dictamen Numero 640-2007-Lima, del 4 de Abril del 2007, emitido vía consulta por el Señor Doctor Avelino Guillen Jáuregui, Fiscal Adjunto Supremo de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal]**
6.- Desde la óptica de la posibilidad de solicitar la nulidad del dictamen fiscal acusatorio:	No obstante ello, como ha venido sosteniendo esta Suprema Sala en reiterada jurisprudencia, y pese a lo expuesto, es posible – asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto –una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a prueba de la parte civil– que integra la garantía constitucional de defensa procesal – **o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameritan un nuevo pronunciamiento fiscal** y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción, tales como se omite valorar determinados actos de investigación o de prueba, no se analiza determinados hechos que fueron objeto de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción, así como, desde otra perspectiva, se niega inconstitucionalmente la actuación de prueba pertinente ofrecida oportunamente en la oportunidad, el modo y forma de ley por la parte civil o cuando admitida la prueba no se actúa en función a situaciones irrazonables, que no son de cargo de aquella. **[Ejecutoria vinculante del 13 de Abril del 2007, Queja N° 1678-2006, Sala Penal Permanente].**

En efecto el Fiscal Supremo Ramos Heredia destaca que las decisiones del Fiscal también deben ser motivadas, lo cual está implícito en la cobertura de los principios rectores del proceso penal, que abarcan la fase de investigación preliminar e inclusive antes. Relievando que la decisión del Fiscal exige un camino de carácter eminentemente subjetivo, basado en su percepción, en la forma como se produce la representación consciente del entorno externo comunicado por el transmisor. Dicha percepción es el resultado del conocimiento, experiencia y la observación que tenga el Fiscal, la que se traduce en la construcción de iniciales enunciados fácticos que deberá comprobar de manera urgente. Una segunda fase de decisión para el Fiscal es comprobar, como resultado de la fase preliminar de investigación, si debe o no continuar con las investigaciones, si el resultado se basa en una mínima actividad probatoria, que le permite decidir por la de continuar. Dicha decisión debe haber alcanzado el estándar de argumentación requerida en dicho momento, es decir, la verificación de indicios reveladores de la existencia de un delito[333].

1. La garantía de la determinación del hecho en la acusación

La garantía de la determinación del hecho en la acusación está consagrada en el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 3 parágrafo d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo 8 inciso 2 parágrafo d de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 139 inciso 14 de la Constitución Política de 1993.

La interpretación del artículo 92 inciso 4 de la Ley Orgánica del Ministerio Público y del artículo 225 inciso 2 del Código de Procedimientos Penales a la luz de la Constitución de 1993 y los Tratados en materia de Derechos Humanos, permite establecer cuál debe ser el contenido de la acusación[334].

---

[333] RAMOS HEREDIA, Carlos, *El razonamiento fiscal, de la sospecha al indicio*, Ediciones Magna, Lima, 2009, pp. 17 y 103.

[334] NAKAZAKI SERVIGÓN, César, «Medidas para la recuperación del procesado detenido», *Revista Bibliotecal del Colegio de Abogados de Lima*, Edición Bicentenario 1804, N° 7, 2004, pp. 341 a 352, Lima, 2004. La ley procesal penal que tenga por objeto un derecho fundamental, como el derecho a la defensa, debe ser interpretada de forma sistemática con la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos. No se puede asignar por interpretación jurídica a una norma procesal penal referente a derechos fundamentales un

No cualquier acusación es idónea para posibilitar una adecuada y eficaz defensa[335].

Entre los institutos que protegen al sujeto de no ser manipulado por difusas consideraciones de justicia, se halla la garantía de la determinación del hecho en la acusación. Para acusar penalmente a la persona se le debe decir qué cosa ha hecho y por qué es un hecho punible. Si el principio se diluye se expone al ciudadano a la mayor arbitrariedad[336].

El contenido de la requisitoria debe ser una relación clara, precisa, circunstanciada, del hecho[337].

La situación fáctica que el fiscal le atribuye al sujeto imputado debe estar claramente circunstanciada e identificada, es decir, como hecho ocurrido en el mundo[338].

La acusación correcta y garantizadora debe describir con la mayor minuciosidad posible todos los caracteres de modo, tiempo y lugar de la acción u omisión objeto de la requisitoria[339].

El objeto de la acusación es una descripción completa, clara y suficiente del acontecimiento histórico, que necesariamente tiene que ser observado para que ésta pueda cumplir su finalidad[340].

La garantía de la determinación del hecho en la acusación:

1.- Descripción clara del hecho.	2.- Descripción precisa del hecho.
3.- Descripción circunstanciada del hecho (espacio, tiempo, modo, etc.)	

significado que sea contrario a la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos que forman parte del orden jurídico interno con el rango de normas constitucionales. El Tribunal Constitucional en el proceso de habeas corpus de César Humberto Tineo Cabrera contra la Sala Penal Especial de la Corte Suprema (Expediente N° 1230-2002-HC-TC), estableció como garantía de la persona y exigencia del Estado, el que la ley se interprete conforme a la Constitución y a los tratados sobre derechos humanos. Igualmente así lo estableció la Sala Penal Superior Especial B en los procesos cautelares penales 011-2001 N y Ñ.

335 JAUCHEN, Eduardo M., *Derechos del Imputado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2005. p. 369.

336 SANCINETTI, Marcelo A., *La nulidad de la acusación por indeterminación del hecho y el concepto de instigación*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2001, p. 48.

337 *Ibidem*, p. 17.

338 *Ibidem*, p. 17.

339 *Ibidem*, p. 21.

340 *Ibidem*, p. 44.

Los requisitos de la acusación no responden a un ritualismo absurdo o a un exceso formal, son el medio para garantizar al imputado que pueda defenderse de los cargos formulados en su contra[341].

El autor argentino Eduardo J. JAUCHEN afirma que las exigencias de una acusación clara, precisa, específica y circunstanciada tiene por finalidad que el acusado tome conocimiento pormenorizado de cuál, cómo, dónde y de qué modo habría cometido el delito que se le atribuye[342].

La necesidad de individualizar el hecho en la acusación constituye una garantía por los siguientes fundamentos[343]:

Fundamentos de la garantía de la determinación del hecho en la acusación:

1.- El derecho a la defensa.	2.- El derecho a un debido proceso
3.- La identificación del objeto del proceso.	

La experiencia enseña que si el fiscal ni siquiera puede identificar el hecho concretamente es por 3 causas posibles:

1.- No existen pruebas de cargo sobre el hecho.

2.- No se ha llegado a conocer el hecho concreto.

3.- Se restringe el derecho de defensa del acusado para evitar que se conozca que el hecho concreto no es delito.

La individualización del hecho en la acusación tiene dos funciones:

1.- Función de información al acusado del núcleo de la imputación.

2.- Función de delimitación del objeto del proceso.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia del 14 de noviembre del 2005 expedida en el proceso de hábeas corpus seguido por el denominado caso de la General Electric Company, cuestionando el auto de procesamiento penal invoca al principio de la imputación necesaria como «la primera exigencia del respeto a la garantía

---

[341] *Ibidem*, p. 21.
[342] JAUCHEN, Eduardo J., *op. cit.*, p. 369.
[343] *Ibidem*, pp. 52, 53 y 55.

constitucional de la defensa»; en el fundamento 16 precisa el TC que la imputación necesaria no se satisface «únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirige, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación sea cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan...»[344].

2. Exigencias de una Acusación ordinaria

Componentes exigidos acordes a su naturaleza de Pretensión.	Exigencias en detalle que debe observar un Dictamen Acusatorio.	
A. Fundamentación Fáctica	a1. Precisión Circunstanciada del Hecho (acciones u omisiones dolosas o culposas) atribuidas al imputado.	- Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídica-penal las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal. **(Acuerdo Plenario N° 06-2009- FJ. 7°).**
	a2. Orden y coherencia del Fundamento Fáctico.	- El fundamento de hecho o relato de los hechos debe ser suficiente –circunstanciado –, no vago, oscuro, o desordenado. **(Acuerdo Plenario N° 06-2009.- FJ. 10°).**
	a3. Apreciación de los Resultados probatorios	- Debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado con mención fundamentada del resultado de las investigaciones (instrucción). **(Acuerdo Plenario N° 06-2009.- FJ. 7°).** - La acusación escrita contendrá **la apreciación de las pruebas actuadas, la relación ordenada de los hechos probados y de aquellos que, a su juicio, no lo hayan sido (Art. 92° LOMP).**

[344] Tribunal Constitucional, Proceso de Habeas Corpus a favor de Jeffrey Immelt y otros contra el Juez del Vigésimo Quinto Juzgado Penal de Lima, signado como Exp. N° 8125-2005-PHC/TC.

B. Fundamentación Jurídica	**b1. Mención del Título de Imputación (Calificación jurídico-penal del hecho imputado)**	- Debe incluir un título de imputación determinado, es decir, una calificación jurídica del hecho punible objeto de instrucción. Éste comprende la precisión de los elementos legales del hecho punible, la indicación de la ley penal correspondiente con las normas que correspondan referidas a la tipicidad objetiva y subjetiva, al grado del delito, a la forma de autoría o de participación. **(Acuerdo Plenario N° 06-2009.- FJ. 7°).**
	b2. Tipificación-Subsunción.	- La tipificación «debe estar definido en debida forma» (sic) con mención del conjunto de circunstancias necesarias para la **«debida individualización fáctica y jurídica del hecho acusado» (sic). (Acuerdo Plenario N° 06-2009.- FJ. 10°).**

3. Exigencias respecto de una Acusación Complementaria: (Art. 263° del CdePP.)

Presupuesto legal	Cuando el Fiscal hubiera omitido pronunciarse en la acusación escrita sobre un hecho o hechos **que hubieren sido materia de instrucción.**
Exigencia	Luego de escuchar a las partes, la Sala se pronunciará respecto al auto ampliatorio de enjuiciamiento correspondiente.

4. Control de la Acusación - Fundamentación Fáctica

Desde la perspectiva de la **fundamentación fáctica,** se tiene que cabe diferenciar dos tipos de acusación: Una sobre la cual recae el Acuerdo Plenario en referencia (sobre Control de Acusación); y, otra, prevista en el artículo 263ª del Código de Procedimientos Penales, esto es, la Acusación Complementaria.

Habida cuenta que inclusive esta última, si bien puede ser formulada en el Acto Oral; debe ceñirse a hechos que afloran de la instrucción (no de las actuaciones y/o diligencias probatorias del Juicio Oral); con mayor razón, una Acusación no Complementaria –sujeta al Control que regula el susodicho Acuerdo Plenario– no puede sino circunscribirse a los hechos inherentes a la actividad probatoria de la fase de investigación y no a otros.

Y es que lo señalado no puede ser de otro modo, si se tiene en cuenta que el ámbito material de los hechos instruidos viene definido por el Auto de Apertura de Instrucción, y la emisión del mismo sólo corresponde evidentemente al Juez Instructor. Luego, cualesquier ampliación a los contornos fácticos de la instrucción sólo es de competencia del mismo Juez.

Así, concluida la instrucción, y emitido el respectivo Informe por parte del Juez Instructor, elevados los autos a la Sala, queda activada la etapa intermedia, cuya operatividad es la de un control por parte de aquella de los resultados de la instrucción, de cómo los hechos instruidos se han visto sido o no solventados mediante la actividad investigatoria correspondiente, control que se efectúa de cara a determinar el acceso o no de la causa a la fase de Juicio Oral.

Es en el contexto de dicho control (de los resultados de la instrucción), que la Sala remite los autos al Ministerio Público para que el Fiscal Superior emita su correspondiente Dictamen. Cuando dicho Dictamen es Acusatorio, deberá éste ceñirse a las exigencias antes señaladas, una de las cuales es precisamente el que tal Acusación debe importar un análisis de los resultados de la instrucción en función, obviamente de los hechos delimitados en el auto de procesamiento y, eventualmente, de los autos de ampliación. Así, el citado Acuerdo Plenario en su FJ 07 establece lo siguiente: «... **La acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado (...) con mención fundamentada del resultado de las investigaciones ...**»; y añade: «... **Desde el Derecho Penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de (...) instrucción ...**».

5. Control de la Acusación - Fundamentación Jurídica

Situación diferente se verifica en el ámbito de la Fundamentación Jurídica, donde según reza el mismo Acuerdo, en su FJ 08, aquél «...tiene un carácter relativo ...» (sic); añadiendo: «... lo que interesa (...) es la definición de los hechos que han sido objeto de investigación (...) y que no se altere (...) la homogeneidad del bien jurídico tutelado ...».

Así las cosas, es evidente que al pretenderse variar a través de un Dictamen Acusatorio la imputación del tipo básico al tipo agravado, lo que en buena cuenta se pretende es que cambie la imputación, sin más, asimilando esta última una serie de datos fácticos que son los que

precisamente dan contenido al supuesto agravado del delito imputado. Estos nuevos datos fácticos no tienen sino la naturaleza de nuevos hechos puesto que no han sido, en absoluto, objeto de instrucción, y que por lo mismo no pueden estar dentro de los resultados probatorios que compete al Fiscal Superior señalar a través de su Dictamen Acusatorio.

6. Supuestos habilitantes para declarar la nulidad de la Acusación Fiscal

A partir del Precedente Vinculante del 13 de abril del 2007, Queja N 1678-2006, destacan como supuestos habilitantes para declarar la nulidad de la decisión fiscal los siguientes:

1.- Ponderación de otros derechos en conflicto:	Los problemas de ponderación son problemas de optimización. En ellos se trata de cumplir los principios en colisión en la medida óptima, es decir, en la mayor medida posible, habida cuenta de las posibilidades fácticas y jurídicas. Una satisfacción plena del contenido ordenado por los principios está excluida, a causa de la colisión entre ellos. Cuanto mayor es el grado de satisfacción de un principio, menor es el del otro. Cuanto más se admita la libertad de expresión, menos se cumplirá el mandato de la honra, y mayor será la restricción de este derecho, y viceversa[345].
2.- Afectación al derecho a la prueba de la parte civil:	El Tribunal estima conveniente precisar que el ámbito de actuación de la procuraduría pública en defensa de los intereses del Estado, no sólo opera una vez que se ha iniciado un proceso penal, sino también en el procedimiento preliminar. Bien sea en la realización de investigaciones preliminares, bien en la formulación de la denuncia penal, cuando ese sea el caso, y ciertamente se prolonga durante todo el proceso penal cuando se ha constituido en parte civil, incluyendo, desde luego, las investigaciones complementarias que se ordenen, una vez iniciado el proceso[346].
3.- Por indefensión:	Así la indefensión con trascendencia jurídico-constitucional se produce solo cuando el interesado se ve, de forma injustificada, imposibilitado para impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos o cuando la vulneración de las normas procesales o procedimentales lleva consigo la privación del derecho a la defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado al quedar privado de su derecho a alegar, probar y, en su caso, para replicar las argumentaciones contrarias[347].

345 SIECKMANN, Jan-R., *El modelo de los principios del Derecho*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, pp.163 y 164.

346 Sentencia del 9 de Agosto del 2006, Exp. N° 003-2005-PI/TC, Pleno Jurisdiccional, Tribunal Constitucional.

347 MALJAR, Daniel, *El proceso penal y las garantías constitucionales*, Ad Hoc, Buenos Aires, p. 761.

4.- Notorias incoherencias:	La incoherencia narrativa se presenta cuando existe un discurso confuso, incapaz de trasmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión, produciéndose así una manifiesta incoherencia narrativa, y cuya consecuencia lógica puede ser la inversión o alteración de la realidad de los hechos, lo que la hace incongruente e inconstitucional[348]. El criterio de la coherencia resulta importante porque entre diversas posibles narraciones sobre los hechos A, B, C, X y D es razonable que prevalezca la más coherente, y que sean pasadas por alto las que no atribuyen coherencia al conjunto de los hechos probados. Se trata de lo que, en el terreno epistemológico, Harman ha denominado inferencia de la mejor explicación que consiste en que dado un hecho concreto, si hay para él varias hipótesis explicativas posibles evidencialmente equivalentes, pero una de ellas es claramente mejor en lo que se refiere a su poder explicativo, es decir, proporciona la explicación, más probable, o la más elegante, o la más profunda, o la más simple, o la menos rebuscada, o la más comprehensiva, o la más coherente con explicaciones anteriores, etc., entonces (en ausencia de otras circunstancias relevantes que pudieran modificar la decisión) parece lógico aceptar esa hipótesis en lugar de otras[349].

[348] Sentencia del 13 de Octubre del 2008, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC. El Tribunal Constitucional en la citada sentencia consigna como «ejemplo»: El magistrado Román Santisteban, en su voto dirimente, en un primer momento señala que, la occisa agarró «*otro cuchillo* [el tercero] *con el que la atacó* [a la acusada, ocasionándole un corte en la región palmar de la mano derecha], *dando lugar a que la acusada que portaba un cuchillo de cocina que había cogido anteriormente, comenzó a atacarla, mientras que la damnificada hacía lo mismo*»; sin embargo, en líneas posteriores, sin mediar fundamentación ni explicación alguna, concluye que «*la occisa privilegió la agresión con un elemento de menor peligrosidad (objeto contundente duro o inclusive sus propios puños), la encausada utilizó primordialmente el arma cortante que portaba en la manos*».
Se ha dicho que toda sentencia debe ser debidamente motivada, clara, contundente, y sobre todo «no contradictoria»; sin embargo, según se puede apreciar de la propia argumentación efectuada por la Sala Penal, ésta presenta una gruesa incoherencia en su narración que no permite establecer con claridad la línea de producción de los hechos, y más arbitrariamente, invierte la realidad de los mismos, los que, según la propia Sala penal estuvieron «fehacientemente probados», por lo que este Colegiado Constitucional encuentra que existen suficientes elementos de juicio que invalidan la decisión cuestionada por ser *arbitraria* e incoherente. Una motivación ilógica e incongruente vulnera el principio de prohibición de la arbitrariedad (artículos 3°, 43° y 44°, de la Constitución) y la obligación de la debida motivación establecida por el artículo 139°, *inciso* 5, de la Constitución.

[349] ITURRALDE SESMA, Victoria, *Aplicación del Derecho y Justificación de la Decisión Judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 351.

5.-Contradicciones:	Las contradicciones son proposiciones lógicamente imposibles, al contrario de las tautologías que son lógicamente necesarias. Las contradicciones no son sensatamente concebibles o imaginables, no pueden darse en ningún mundo, como por ejemplo ser culpable y no ser culpable, caer hacia arriba, dibujar un círculo cuadrado, estar en el lugar del crimen y no estar allí, disparar sin tener acceso directo o indirecto al arma, etc.[350].
6.- Defectos de contenido:	La formulación de cargos por el fiscal está sometida a exigencias concretas. En principio, cada cargo debe ser hecho con veracidad, como resultado de lo investigado. Por ende, no cabe añadir las calidades, apreciaciones u opiniones subjetivas y circunstancias que podría referir un agraviado o testigo; pero, que careciera de razonabilidad o elementos probatorios de respaldo. En la práctica se estaría afectando al indicado con cargos no fundamentados. La emisión de una acusación supone cumplir con los siguientes requisitos: a) la individualización del acusado o de los acusados; b) individualización del responsable civil; c) individualización del hecho o de los hechos que la motivan; d) relacionamiento de la prueba con cada hecho; e) calificación legal de los hechos y f) requerimiento de pena y reparación civil[351].

350 GARCÍA RESTREPO, Luis, *Elementos de lógica para el Derecho*, Temis, Bogotá, 2003, p.108. Un posible caso de contradicción es el referido en la sentencia del 14 de Abril del 2008, Exp. N° 16-2001, en el que se consigna en el ítem «7.- En relación al supuesto medio comisivo» que: no debemos obviar referir la falta de coherencia y postura sobre el particular por el Ente persecutor: así en relación al «aporte», «medio comisivo» o «contribución» del acusado Wiese Moreyra, consistente en la entrega de la comisión del 5% del valor total de la venta fue calificado como carente de relevancia penal por el titular de la acción penal, al precisar, que: «si bien la Asociación Peruana de Agentes Inmobiliarios mediante su carta de fecha 20 de Junio del 2001 (...) indica que en nuestro mercado inmobiliario es práctica acostumbrada cobrar cinco por ciento sobre el precio final de la venta, en el proceso penal **no se cuestiona el hecho del pago de la comisión por parte del procesado Augusto Wiese Moreyra**, sino que los procesados para beneficiarse realizaron actos de concertación con los funcionarios de la Caja». Posición que luego pretende modificar sustancialmente en su dictamen del 23 de Marzo del 2007, donde señala que: por otro lado, este Ministerio Público como titular de la acción penal considera oportuno aclarar respecto a lo expuesto en nuestro dictamen N 37-06 de fecha 03 de Agosto del 2006, en el punto sexto de la página 37,947 último párrafo, en relación a lo informado por la «Asociación Peruana de Agentes Inmobiliarios» mediante su carta de fecha 20 de Junio del 2001 obrante a fs. 19292 (t.34) en el que indica que en nuestro mercado inmobiliario es práctica acostumbrada cobrar el 5% sobre el precio final de la venta. **Al respecto debemos aclarar y puntualizar que este pago de comisión no sería cuestionable en el ámbito privado, pero si resulta un hecho ilícito y doloso en el ámbito de la administración pública**(...), ya que pagar comisiones por la realización de un contrato (...) propicia la comisión de actos de corrupción.

351 ANGULO ARANA, Pedro, *La Función Fiscal*, Jurista Editores, Lima, 2007, pp. 334 y 404.

7.- Omisión de valorar determinados actos de investigación o de prueba:	Cuando el juzgador examina cada uno de los medios probatorios puestos en juego por las partes contendientes efectúa un razonamiento fáctico o no normativos, que muchas veces se compone de varios razonamientos encadenados, con lo que adquiere así una cierta complejidad. Este examen supone la realización de un razonamiento deductivo, en el que se toman en consideración los hechos expuestos por el correspondiente medio probatorio (manifestación de un testigo, confesión de la parte, contenido de un documento, etc.), y son puestos en relación con una determinada máxima de la experiencia, llegándose a determinarse así si tales hechos (los afirmados por el testigo o por la propia parte, o los recogidos en el documento aportado a efectos probatorios) han sucedido o no han sucedido en la realidad, es decir, si son o no son susceptibles de ser creídos en atención a su verosimilitud o a su falta de verosimilitud, con lo que se llega a la conclusión correspondiente sobre el valor que debe darse a la información suministrada por tal medio probatorio[352].
8.- Omisión de analizar determinados hechos que fueron objeto de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción:	Que la acusación fiscal de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 225 del C.de.P.P., modificado por la Ley Nº 24388, concordante con lo dispuesto en el inc. 4 del numeral 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe contener la acción u omisión punible atribuida a cada imputado y las circunstancias que determinen su responsabilidad, entiéndase una relación ordenada, expresa y circunstanciada de los hechos atribuidos a título de delito, que reúna además las condiciones de precisión, claridad y suficiencia, referidas en el fundamento decimo sexto de la sentencia del T. C., recaída en la causa 8125-

[352] Todas estas operaciones se encaminan a comprobar, por tanto, la credibilidad de las pruebas aportadas por las partes, y este juicio de credibilidad aparece integrado por varios silogismos probatorios, el primero de los cuales está referido a la fiabilidad o confianza que genera cada uno de los medios probatorios, estando referido el segundo a la determinación de la significación que debe otorgarse a los hechos expuestos por el juzgador por cada uno de esos medios de prueba, y refiriéndose el tercero a la verosimilitud o creencia de que son verdaderos o falsos los hechos así aportados al proceso. CLIMENT DURAN, Carlos, *La prueba penal*, tomo I, Valencia, 2005, p. 86. Un referente legal lo podría constituir el inc. 1ero. del art. 298, al estipular como causal de nulidad la identificación, en la sustanciación de la instrucción o en la del proceso de juzgamiento, omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal. Dispositivo que debe ser concordado con el numeral 2 del art. 225 del mismo cuerpo normativo, que recalca como contenido de la acusación fiscal: la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad, faz del contenido de la pretensión fiscal cuya construcción se efectúa a partir de la valoración de los elementos probatorios.

	2005-PHC/TC, constituyendo tal determinación, el núcleo del *thema probandum* del proceso, esto es la base fáctica del debate probatorio y jurídico de la audiencia; erigiéndose por ende, en un requisito indispensable para la conformación de un debido proceso en su segunda etapa, al resultar indispensable para la validación de los principios de tutela jurisdiccional efectiva y de defensa. Ello en virtud que, solo tales acciones u omisiones y circunstancias, detalladas en la acusación fiscal, constituyen el contenido incriminatorio fáctico del juzgamiento, el mismo que resulta inmutable, esto es, no puede ser sobrepasado para efectos del pronunciamiento judicial, conforme debe colegirse de lo dispuesto en el inciso primero del numeral 285-A del precitado cuerpo legal[353].
9.- Negación inconstitucional de la actuación de prueba pertinente ofrecida oportunamente:	El derecho a que se admitan los medios probatorios, como elemento del derecho de prueba, no implica la obligación del órgano jurisdiccional de admitir todos los medios probatorios que hubieren sido ofrecidos. En principio, las pruebas ofrecidas por las partes se pueden denegar cuando importen pedidos de medios probatorios que no sean pertinentes[354], conducentes[355], legítimos[356] o útiles[537], así como manifiestamente excesivos[358].

[353] Auto del 19 de Diciembre del 2006, Exp. N° 16-2001, Segunda Sala Penal Especial, a partir de dicha consideración la Sala Superior concluye que: «de la revisión del extremo acusatorio del dictamen fiscal (...) permite advertir que si bien en su formulación se ha rotulado el punto II como «Hechos» y el punto IV como «Valoración de los Hechos y la Responsabilidad Penal de los Procesados»; analizando el contenido de tales puntos, se denota en la determinación de los cargos fácticos la ausencia de una relación ordenada, expresa y circunstanciada de los hechos atribuidos a cada uno de los acusados a título de delito, narrada con precisión, claridad y suficiencia, de tal modo que permita evidenciar clara e inequívocamente cuáles son las acciones atribuidas a título de delito a cada uno de los encausados, así como su contexto temporal y circunstancial; omisiones que en un contexto de debido proceso dificultaría el debate probatorio, en un proceso con las características de complejidad del presente, ante el dilema ¿qué hechos probar? Y ¿de qué cargos defenderse? Siendo esto así la acusación formulada en la presente causa no cumple a cabalidad las exigencias contenidas en el inciso segundo del numeral 225 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 24388, concordante con lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, las que deben interpretarse a la luz del fundamento 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la causa 8125-2005-PHC/TC; situación ante la cual corresponde que el Colegiado efectuando el control formal de regularidad que le corresponde».

[354] Exige que el medio probatorio tenga una relación directa o indirecta con el hecho que es objeto de proceso. Los medios probatorios pertinentes sustentan hechos relacionados directamente con el objeto del proceso.

[355] El legislador puede establecer la necesidad de que determinados hechos deban ser probados a través de determinados medios probatorios. Será

10.- No actuación de prueba admitida en función a situaciones irrazonables:	El derecho a la prueba está determinado: por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que estos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que éstos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el fin de darle el mérito probatorio que tenga en la sentencia[359].

7. La declaratoria de nulidad en las diferentes instancias del proceso penal

7.1. A nivel de 1era. Instancia

1.- La potestad jurisdiccional, vía el control de la legalidad, no puede limitarse a canal de expresión de las pretensiones de las partes, ya que, debe reestructurar las condiciones del litigio (mediante, por ejemplo, la actuación de prueba admitida, pero no actuada arbitrariamente, evitando que las decisiones jurisdiccionales terminen funcionalizadas por parte de alguno de los sujetos procesales en pugna y/o por el Ministerio Público en los supuestos de distorsión o minimización de las bases fácticas que engloban el *thema probandum*. Empero, dicha potestad o discrecionalidad es ejercitada en tanto y en

---

inconducente o no idóneo aquel medio probatorio que se encuentre prohibido en determinada vía procedimental o prohibida para verificar un determinado hecho.

356 No pueden admitirse medios probatorios obtenidos en contravención del ordenamiento jurídico, lo que permite excluir supuestos de prueba prohibida.

357 Se presenta cuando contribuya a conocer lo que es objeto de prueba, a descubrir la verdad, a alcanzar probabilidad o certeza. Sólo pueden ser admitidos aquellos medios probatorios que presten algún servicio en el proceso de convicción del juzgador, mas ello no podrá hacerse cuando se ofrecen medios probatorios destinados a acreditar hechos contrarios a una presunción de derecho absoluta; cuando se ofrecen medios probatorios para acreditar hechos no controvertidos, imposibles, notorios, o de pública evidencia; cuando se trata de desvirtuar lo que ha sido objeto de juzgamiento y ha hecho tránsito a cosa juzgada; cuando el medio probatorio ofrecido no es el adecuado para verificar con él los hechos que se pretenden ser probados por la parte; y, cuando se ofrecen medios probatorios superfluos, bien porque se ha propuesto dos medios probatorios iguales con el mismo fin (dos pericias con la finalidad de acreditar un mismo hecho) o bien porque el medio de prueba ya se había actuado antes.

358 Ver sentencia del 17 de Octubre del 2005, Exp. N° 6712-2005-HC/TC.

359 Sentencia del 8 de Agosto del 2005, Exp. N° 4831-2005-PHC/TC.

cuanto, no se haya clausurado el ejercicio de la acción penal, vía la doble conformidad del Ministerio Público, en los procesos sumarios ello sucederá al coincidir el Fiscal Superior con lo opinado por el Fiscal Provincial por el sobreseimiento de la causa; mientras que en el proceso ordinario con la coincidencia del Fiscal Supremo con lo opinado por el Fiscal Superior, en iguales términos. Bajo dichas consideraciones, al configurarse la doble conformidad del Ministerio Público, no resulta viable la operatividad de las causales de nulidad de la decisión fiscal, por parte el Juez penal o la apertura de competencia del *Ad quem*, vía el concesorio de apelación.

2.- En los supuestos habilitantes para la declaratoria de nulidad de la decisión fiscal, en concreto, omisión de valorar determinados actos de investigación o de prueba, podría configurar el supuesto en que el Juez Penal, declare la nulidad de la decisión fiscal - un dictamen que opina por el sobreseimiento -, a efectos de que valore determinada prueba, eminentemente incriminatoria, lo que cuestionaría la imparcialidad del órgano jurisdiccional, ya que, tácitamente impele a la evacuación de un dictamen acusatorio.

3.- ¿El Tribunal debe absolver o archivar el procesado por no contener la acusación una correcta adecuación típica o no identificación de elementos de prueba que sustente su pretensión o debe declarar la nulidad de la decisión fiscal o su devolución para que subsane dichas deficiencias?, o ¿acaso resultaría contrario a la igualdad de armas e imparcialidad, so pretexto de asegurar la defensa en juicio que el Fiscal pudiera corregir sus errores funcionales a expensas de las garantías glosadas y el derecho del imputado a procurar y obtener un pronunciamiento que defina su situación?[360]. Consideramos, en estos supuestos, la configuración de una causal de no apertura de instrucción o sobreseimiento, por no contener la denuncia o acusación una correcta adecuación típica o no identificación de elementos de prueba que sustente su pretensión, sin necesidad de entrar a valorar el fondo del asunto; dejando de lado, la idea que los jueces penales están obligados a resolver el fondo de todos los casos que se les presente, superando, de esta forma una praxis judicial tuitiva del accionar del Ministerio Público.

---

[360] CHIARA DÍAZ, Carlos, HORACIO OBLIGADO, Daniel (coord.), *Garantías, medidas cautelares e impugnaciones en el proceso penal*, Nova Tesis, Santa Fe, 2000, p. 208.

4.- Debe tenerse en cuenta que, el derecho a recurrir, es decir al de impugnar, se encuentra ligado como obviamente se observa al de doble instancia, (de revisión de la decisión por un superior jerárquico) lo que para el caso del pedido de sobreseimiento del Fiscal inferior, tiene una especial configuración, pues frente al dictamen fiscal en el cual declara no haber mérito para formular acusación, el derecho de la doble instancia, será de aquel que sintiéndose desfavorecido con dicho criterio (parte civil) pueda hacer que dicho pronunciamiento sea revisado por una instancia superior, en este caso el Fiscal Superior, con cuyo pronunciamiento, entonces, se encontrará satisfecha la garantía de la doble instancia, en lo que ha esta incidencia corresponde y que obviamente condiciona la continuación del proceso principal. De esta forma, los espacios de discusión a nivel del ente persecutor deben ampliarse y configurarse de cara a que los sujetos procesales ejerzan su derecho de contradicción en relación a lo opinado por el Fiscal inferior o de «primera instancia»[361].

En efecto, lo expuesto no debe considerarse bajo ningún punto de vista como una restricción al derecho que le asiste a la parte civil o agraviado en el proceso penal, pues no olvidemos por ejemplo que interpuesta una denuncia de parte ante el Ministerio Público, éste puede denegar formalizar la denuncia ante el Poder Judicial, teniendo la parte agraviada la facultad de interponer queja, a efectos que el superior revise el pronunciamiento cuestionado; pero no solo ello, en caso el representante del Ministerio Público formalice denuncie penal y el Juez respectivo, emita un auto de no ha lugar, el representante de la sociedad (y del agraviado se entiende) puede interponer recurso de apelación; frente a este panorama, la pregunta pertinente es: ¿Qué recurso legal tiene el inculpado contra la resolución que abre proceso penal? Ninguno, y ello, acaso ha sido esbozado como restricción de su derecho a la doble instancia.

---

[361] Un referente de ello lo constituye en denominado caso «Cantuarias Salaverry» en el que se traslada la operatividad del debido proceso a nivel preliminar, en efecto se deja sentado que: «este Colegiado ha reconocido que el debido proceso se proyecta también al ámbito de la etapa prejurisdiccional de los procesos penales, es decir, en aquella cuya dirección compete al Ministerio Público.» (ver sentencia del 28 de Febrero del 2006, Exp. N° 6167-2005-PHC/TC).

7.2. En relación a la declaración de nulidad de la decisión fiscal a nivel de 2da. Instancia

1.- La potestad jurisdiccional, vía el control de la legalidad, no puede limitarse a canal de expresión de las pretensiones de las partes, ya que, debe reestructurar las condiciones del litigio (mediante, por ejemplo, la actuación de prueba admitida, pero no actuada arbitrariamente, evitando que las decisiones jurisdiccionales terminen funcionalizadas por parte de alguno de los sujetos procesales en pugna y/o por el Ministerio Público en los supuestos de distorsión o minimización de las bases fácticas que engloban el THEMA PROBANDUM. Empero, dicha potestad o discrecionalidad es ejercitada por el *Ad quem*, en tanto y en cuanto, no se haya clausurado el ejercicio de la acción penal por el titular de la acción penal, vía la doble conformidad del Ministerio Público.

2.- La afirmación que el error de tipificación del Ministerio Público debe ser corregido por el *Ad quem* en cumplimiento del Principio de Legalidad, debe ser contextualizada en los supuestos en que no se haya clausurado el ejercicio de la acción penal, vía la doble conformidad del Ministerio Público.

De esta forma, es viable la declaratoria de nulidad de la decisión fiscal, pero no en los supuestos de doble conformidad del ente persecutor, caso paradigmático analizado por el Tribunal Constitucional en su sentencia del 13 de Marzo del 2006, Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, otro límite a dicha potestad lo constituye, el Principio de Imparcialidad consagrado en el Acuerdo Plenario N° 3-2007/CJ-116.

3.- Resulta inaceptable y contrario a los roles y responsabilidades que le compete a la parte civil pretender incoar la nulidad de la decisión fiscal, por causales, consentidas por esta, ya sea por su inacción o no cuestionamiento oportuno. En todo caso, la declaratoria de nulidad de la decisión fiscal, por parte del órgano jurisdiccional, debe estar precedida de un progresivo y coherente cuestionamiento por la parte civil, salvo que el fundamento que se esgrime devenga en sobreviniente.

4.- Es necesario tener en cuenta que si bien la Constitución reconoce el derecho a la doble instancia de manera general, la misma requiere de un análisis en relación a la particular naturaleza de los procesos penales y a las garantías que la propia constitución a ese respecto reconoce, tanto más cuando el principio de la doble instancia

según los tratados internacionales, del que nuestro País es parte, está referido exclusivamente a la posibilidad de revisión de una sentencia condenatoria, es decir, a favor del procesado[362].

Así por ejemplo el Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, establece en su artículo 14.5, que: «Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sea sometido a un tribunal superior...»; por su parte la Convención Americana sobre Derecho Humanos, dispone en su artículo 8 sobre garantías judiciales, que todo inculpado tiene, inciso h) «derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior». Ello es así, si atendemos a como históricamente se ha desarrollado el proceso penal, y como en ella se han ido ganando garantías para los individuos sometidos al poder acusador del Estado.

5.- En este procedimiento incidental de «forzamiento de la acusación» o «corrección», el agraviado no encuentra desprotegido su derecho a que se «castigue», al presumible culpable del daño sufrido, todo lo contrario, pues frente a la no acusación del Ministerio Público, que era el representante de su causa, tiene debidamente suplida tal «retirada» por nada menos que el órgano jurisdiccional competente, quien, de ser convencido por la parte civil, elevará lo actuado al Fiscal Supremo en el entendido que para el proceso instruido, se amerita la formulación de acusación, por lo que de ser el Fiscal Supremo del mismo criterio de su Fiscal Superior, no habrá otra cosa que hacer que sobreseer la causa.

6.- No se pregona o se pretende que en un proceso de tanta trascendencia como el proceso penal, el Juez sea un mero espectador de las actuaciones de las partes, pues si bien es él el director del proceso, ello, en todo caso, estando a la naturaleza de estos procesos deberá serlo en tanto y en cuando exista «cargos» en contra del imputado; en este sentido, pretender impulsar o reactivar el proceso penal por el órgano jurisdiccional –cuando el representante del Ministerio Público, tanto quien estaba encargado en el caso concreto de perseguir la sanción

---

[362] Como consecuencia de mi nueva orientación acerca de lo que significa el recurso contra la sentencia en un sistema judicial dependiente del Estado de Derecho -que excluya su comprensión conforme a su origen inquisitivo–, fundamentalmente una garantía para el condenado que involucra la necesidad de la conformidad de dos tribunales para que el sufra una pena. MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, tomo I, *Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 803.

penal, como quien «supervisa» su actuación, es decir su superior jerárquico- implica afectación al Principio Acusatorio. Siguiendo este hilo argumental, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, marcado distancia del precedente vinculante que analizamos, en su ejecutoria del 13 de Abril del 2007, Queja N° 1678-2006, es enfático en señalar que no es posible que el órgano jurisdiccional, valorando el fondo del asunto, y en caso de discrepancia, ordene que se formule acusación, menos aun asumir un rol activo y de oficio declarando la nulidad de un proceso penal.

En efecto el control de la legalidad sobre el dictamen fiscal tiene su límite en el principio acusatorio, de esta forma, únicamente es posible revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el fiscal formule acusación, si es que el Fiscal Superior o Supremo que interviene en la absolución del grado discrepa del dictamen en referencia; de no hacerlo, se debe sobreseer la causa sin más, dada la base persecutoria constitucionalmente impuesta al proceso penal.

8. Casuística sobre el control de la Acusación Fiscal

8.1. En cuanto al principio acusatorio, es evidente –según doctrina procesalista consolidada- que se trata de una de las garantías esenciales del proceso penal, que integra el contenido esencial del debido proceso, referida al objeto del proceso, y determina bajo que distribución de roles y bajo qué condiciones se realizara el enjuiciamiento del objeto procesal penal[363].

8.2. (Fijación del objeto del proceso por parte del Ministerio Público). El objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el Fiscal, de suerte que el objeto del proceso se concreta 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 ejercitada por el Fiscal-, respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos[364].

---

[363] Ejecutoria del 13 de Abril del 2007, Queja N° 1678-2006, Sala Penal Permanente.
[364] Ejecutoria vinculante del 13 de Abril del 2007, Queja N° 1678-2006, Sala Penal Permanente.

8.3. (Concreción del objeto del proceso en el dictamen final). 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 en 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–; que el escrito de acusación formaliza la pretensión penal y en función a ese marco fáctico debe pronunciarse el órgano jurisdiccional[365].

8.4. (Anulación del procedimiento por notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido del dictamen fiscal). No obstante ello, como ha venido sosteniendo esta Suprema Sala en reiterada jurisprudencia, y pese a lo expuesto, es posible –asumiendo una ponderación de otros derechos fundamentales en conflicto– una anulación del procedimiento cuando, de uno u otro modo, y de manera especialmente relevante, se afecte el derecho a prueba de la parte civil –que integra la garantía constitucional de defensa procesal– o la decisión fiscal incurra en notorias incoherencias, contradicciones o defectos de contenido que ameritan un nuevo pronunciamiento fiscal y, en su caso, la ampliación de la propia instrucción, tales como se omite valorar determinados actos de investigación o de prueba, no se analiza determinados hechos que fueron objeto de la denuncia fiscal y del auto de apertura de instrucción, así como, desde otra perspectiva, se niega inconstitucionalmente la actuación de prueba pertinente ofrecida oportunamente en la oportunidad, el modo y forma de ley por la parte civil o cuando admitida la prueba no se actúa en función a situaciones irrazonables, que no son de cargo de aquella[366].

8.5. (La existencia de suficientes elementos de convicción). La acusación fiscal no es sino la interposición de la pretensión procesal penal, consistente en una petición fundada dirigida al Órgano Jurisdiccional para que imponga una pena (u otra consecuencia jurídica

---

[365] Ejecutoria vinculante del 13 de Abril del 2007, Queja N° 1678-2006, Sala Penal Permanente.

[366] Ejecutoria vinculante del 13 de Abril del 2007, Queja N° 1678-2006, Sala Penal Permanente.

del delito) a una persona, por un hecho punible que se afirma se ha cometido. Ahora bien, de acuerdo a nuestra normatividad (art.221 del Código de Procedimientos Penales) esta acusación se emitirá cuando, concluidas las investigaciones, se tenga por comprobada la existencia del delito y la responsabilidad del procesado, debiendo entenderse que esta comprobación del delito y de la responsabilidad que exige la acusación solo supone la existencia en autos de suficientes elementos de convicción que permitan sustentar al menos la probabilidad de que el imputado ha cometido el delito, de tal manera que sea razonable esperar su condena, pues todavía es en la fase del juzgamiento, como etapa principal del proceso, rodeada de las garantías de inmediación, oralidad, publicidad, entre otras, donde se va a establecer con certeza, en forma definitiva, la realidad del hecho punible y la responsabilidad del procesado y con ello las bondades de las afirmaciones formuladas por el Fiscal acusador[367].

8.6. (La concreción de la acusación escrita durante el discurrir del juicio oral). La acusación fiscal escrita, según se ha puntualizado, mencionó un hecho global, propio de una actividad múltiple en los marcos de una organización delictiva dedicada al tráfico ilícito de drogas. La concreción más específica se fue produciendo en el curso del juicio oral, a raíz del hecho base introducida por la Fiscalía Superior; pertenencia a una organización delictiva dedicada al tráfico de drogas, cuya premisa fáctica estaba incluida desde el inicio del Atestado Policial en la nota de información y que luego fue consolidado en el curso del juicio oral con una serie de testimoniales, a los que el imputado y su defensa dieron cumplida respuesta. En consecuencia, no se trata, en estricto sentido, de nuevos hechos.

De este modo no existió sorpresa –la acusación y, por ende, la sentencia no fueron sorpresivas– y, por lo tanto, no se produjo efectiva indefensión material, que requiere que se haya producido para el interesado una imposibilidad real, efectiva y definitiva de alegar y defender sus derechos en el proceso, es decir, que constituya algo más que un defecto puramente formal, para alcanzar a ser un menoscabo real y efectivo del derecho de defensa. El juicio oral, en su dilatado

---

[367] Dictamen N° 640-2007-Lima, del 4 de Abril del 2007, emitido vía consulta por el Señor Doctor Avelino Guillen Jáuregui, Fiscal Adjunto Supremo de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal.

tiempo desarrollo, permitió una amplia actividad procesal a las partes acusadoras y acusadas, y cada elemento de prueba fue materia de los medios de prueba correspondientes, en cuya actuación intervinieron todas las partes, incluido el imputado recurrente, de suerte que los principios acusatorio, de contradicción e igualdad de armas han sido respetados escrupulosamente.

Por consiguiente, no existe motivo para anular ese extremo de la imputación y, menos, para declarar la insubsistencia de la sentencia. La parte recurrente tuvo conocimiento de los hechos imputados y posibilidad real y efectiva de impugnarlos, desvirtuarlos en el plenario, único proceso, donde se practicaron «in facie iudicis» las pruebas propuestas por las partes[368].

8.7. **(Control y devolución de la acusación fiscal).** DADO CUENTA; con la acusación fiscal de fojas 13075; integrada a fojas 13390 y 13424; y ATENDIENDO: PRIMERO.- La artículo 225 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 24388, concordante con lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe contener la acción u omisión punible atribuida a cada imputado y la circunstancias que determinen su responsabilidad, es decir tiene que contener una relación ordenada, expresa y circunstanciada de los hechos atribuidos a título de delito que reúna además las condiciones de precisión, claridad y suficiencia, referidas en el fundamento jurídico 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, caso Jefferey Immelt y otros, («16, En otras palabras, la obligación de motivación del juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo de aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados en pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa»), constituyendo tal determinación, el núcleo del *thema*

[368] Ejecutoria Suprema del 6 de Agosto del 2007, R.N. N° 1882-2006, Sala Penal Permanente.

probandum del proceso en su segunda etapa, en observancia de los principios de tutela jurisdiccional efectiva y de defensa, por cuanto las acciones u omisiones y circunstancias detalladas en la acusación fiscal, constituyen el contenido incriminatorio fáctico del juzgamiento, el mismo que resulta inmutable, esto es no puede ser sobrepasado para efectos del pronunciamiento judicial, conforme se desprende de los dispuesto en el inciso 1° de artículo 285 A del Código acotado, dispositivo legal incorporado por el artículo 2° del decreto Legislativo N° 959; SEGUNDO.- Es así que en el proceso penal la acusación fiscal es de vital importancia, pues es en mérito a ella que se realiza el contradictorio (juicio oral) y concluido éste, es que se expide sentencia absolutoria o condenatoria, con arreglo a los artículos 284 y 285 del Código de Procedimientos Penales, según sea el caso; TERCERO.- Que mejor analizada la acusación fiscal y sus integraciones inicialmente mencionadas con el fin de expedir el auto superior de enjuiciamiento, con arreglo a lo prescrito en el artículo 229 del Código de Procedimientos Penales, se advierte lo siguiente : 1) Que si bien en la formulación de la acusación fiscal de fojas 13075 se anota como punto II «IMPUTACIÓN», PUNTO III «ANÁLISIS Y EVALUACIÓN DE LOS HECHOS», PUNTO III.2 «MARCO REFERENCIAL», PUNTO III.3 «FUNDAMENTOS DE CARGO» y punto III.4 «ANÁLISIS DE LA AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN», se aprecia que en la determinación de los cargos fácticos, en cuanto a los encausados Víctor Alberto Venero Garrido, Javier Manuel Revilla palomino, Alfonso Máximo Balabarca Torres, César Samillan Incio, Abelardo Belisario Campbell Espinoza; Jorge Enrique Pérez Zumaeta, Javier Enrique Sarmiento Camino, Juan Silvio valencia Rosas, Manuel Tafur Ruiz Alfonso Edilberto Mercado Rosas, Rubén Aguilar Quevedo, Guillermo Augusto Cáceres Burga, Héctor Augusto Quezada Machiavello y César Enrique Victorio Olivares, no se ha glosado en forma clara la relación ordenada, expresa y circunstanciada de los hechos imputados a cada uno de estos, el título del delito, narrada con precisión, claridad y suficiencia, de modo tal que permita evidenciar clara e inequívocamente cuáles son las acciones atribuida a título de ilícito penal en su contra, así como su exacto contexto temporal y circunstancial; y 2) Respecto a los encausados Carlos Eduardo Alejandro Indacochea Ballón, Carlos Alberto Gabriel Modonese Cobian, Gustavo Rodolfo Romero Herrera, Augusto Jaime Patiño, César Alberto Iglesias Camminati, Humberto

Guido Rozas Boniccelli, Ramiro Rojas Chavez, Alfredo Jesús Barrios Esquivel, César Manuel San Miguel Traverso y Roger Percy Tabory Andrade, analizados debidamente el contenido de los puntos anteriormente mencionados, no se indica la relación ordenada de los cargos fácticos atribuidos a cada uno de éstos a título de delito, ni su contexto temporal exacto y circunstancial de los mismos, omisiones que en un contexto del debido proceso dificultarían el debate probatorio del contradictorio (juicio oral), en un proceso complejo como es el presente, ante el dilema de ¿Qué hechos probar? y ¿De qué cargos defenderse?; CUARTO.- Que, siendo así las cosas la acusación fiscal formulada en esta causa no cumple las exigencias a que se refiere el inciso 2° del artículo 225 del Código de Procedimientos Penales, modificado por el artículo 1° de la Ley número 24388, concordante con lo dispuesto en el inciso 4° del artículo 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, exigencias que se deben interpretar en atención al fundamento jurídico 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente a que se señala en el considerando primero de la presente resolución. Por estas consideraciones y a fin de evitar nulidades posteriores: DISPUSIERON DEVOLVER los autos al señor Fiscal Superior a fin que subsane las omisiones anotadas en el tercer considerando de la presente resolución[369].

8.8. (Control y devolución de la acusación fiscal). Que la acusación fiscal de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del numeral 225 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 24388, concordante con lo dispuesto en el inc. 4 del numeral 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, debe contener la acción u omisión punible atribuida a cada imputado y las circunstancias que determinen su responsabilidad, entiéndase una relación ordenada, expresa y circunstanciada de los hechos atribuidos a título de delito, que reúna además las condiciones de precisión, claridad y suficiencia, referidas en el fundamento decimo sexto de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la causa 8125-2005-PHC/TC, constituyendo tal determinación, el núcleo del *thema probandum* del proceso, esto es la base fáctica del debate probatorio y jurídico de la audiencia; erigiéndose por ende, en un requisito indispensable para la conformación de un debido proceso en su

[369] Auto del 16 de Julio del 2007, Exp. N° 048-2004, Tercera Sala Penal Especial.

segunda etapa, al resultar indispensable para la validación de los principios de tutela jurisdiccional efectiva y de defensa. Ello en virtud que, solo tales acciones u omisiones y circunstancias, detalladas en la acusación fiscal, constituyen el contenido incriminatorio fáctico del juzgamiento, el mismo que resulta inmutable, esto es, no puede ser sobrepasado para efectos del pronunciamiento judicial, conforme debe colegirse de lo dispuesto en el inciso primero del numeral 285-A del precitado cuerpo legal.

De la revisión del extremo acusatorio del dictamen fiscal (...) permite advertir que si bien en su formulación se ha rotulado el punto II como «Hechos» y el punto IV como «Valoración de los Hechos y la Responsabilidad Penal de los Procesados»; analizando el contenido de tales puntos, se denota en la determinación de los cargos fácticos la ausencia de una relación ordenada, expresa y circunstanciada de los hechos atribuidos a cada uno de los acusados a título de delito, narrada con precisión, claridad y suficiencia, de tal modo que permita evidenciar clara e inequívocamente cuáles son las acciones atribuidas a título de delito a cada uno de los encausados, así como su contexto temporal y circunstancial; omisiones que en un contexto de debido proceso dificultaría el debate probatorio, en un proceso con las características de complejidad del presente, ante el dilema ¿qué hechos probar? y ¿de qué cargos defenderse? Siendo esto así la acusación formulada en la presente causa no cumple a cabalidad las exigencias contenidas en el inciso segundo del numeral 225 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Ley N° 24388, concordante con lo dispuesto en el inciso cuarto del numeral 92 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, las que deben interpretarse a la luz del fundamento 16 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la causa 8125-2005-PHC/TC; situación ante la cual corresponde que el Colegiado efectuando el control formal de regularidad que le corresponde[370].

8.9. (El Principio Acusatorio). El Principio Acusatorio integra el contenido esencial del derecho de todo justiciable a un debido proceso, siendo por ello una de las garantías esenciales del proceso penal, pues imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características,

[370] Auto del 19 de Diciembre del 2006, Exp. N° 16-2001, Segunda Sala Penal Especial.

como son el hecho, que no puede existir juicio sin acusación, y que ésta debe ser formulada por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador; asimismo, no puede condenarse por hechos distintos de los acusados, ni a persona distinta de la acusada, además, no puede atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestione su imparcialidad. Que, la primera de las características guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado, siendo por ello, exclusiva su potestad de incoar la acción penal y de acusar, asumiendo el monopolio exclusivo de la postulación de los hechos presuntamente delictivos y la imputación de responsabilidad de los autores y partícipes, cuya descripción fáctica no podrá ser inobservada por el órgano jurisdiccional al momento de resolver.

Que, en este contexto, y aún cuando el Procurador Público expone las razones por las cuales no se encuentra conforme con la resolución que declara no haber mérito para pasar a juicio oral, corresponde sólo al Ministerio Público la persecución del delito, por lo tanto, no es posible que este Supremo Tribunal, valorando el fondo del asunto, y en caso de discrepancia, ordene que se formule acusación, menos aún asumir un rol activo y de oficio (declarando la nulidad de un proceso para actuarse otras diligencias), no sólo por el hecho de encontrarse imposibilitado de hacerlo, puesto que, se vulneraría el Principio Acusatorio que disuade al órgano jurisdiccional de asumir funciones acusatorias, reservadas constitucionalmente sólo al Ministerio Público, sino porque también, se lesionaría el ámbito propio de las atribuciones de esta institución; no está por demás señalar a este respecto, que la prevalencia de dicho principio también es reconocida por el Tribunal Constitucional en sus sentencias correspondientes al Exp. N° 2005-2006-PHC/TC, demandante Enrique Humbert Sandoval y en el Exp. N° 2735-2007-PHC/TC, demandante José Luis Távara Oblitas.

Que, a mayor abundamiento, el propio Fiscal Supremo en lo penal también ha expresado su conformidad con el dictamen del inferior jerárquico, lo que trae a colación, que el Ministerio Público, a nivel institucional está regido por el Principio de Unidad en la Función y en la Dependencia Jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del Superior Jerárquico, y tratándose en este caso de un dictamen coincidente con el del Fiscal Superior que consolida la

posición no incriminatoria, no existe posibilidad jurídica que este órgano jurisdiccional de alzada ordene se dicte una resolución de imputación.

Y en la medida que el Fiscal Superior ha emitido su dictamen no acusatorio, en estricta observancia del artículo 220 del Código de Procedimientos Penales a la Sala Superior sólo le quedaba escoger entre las alternativas de disponer el archivamiento o elevar los autos al Fiscal Supremo en lo Penal, y habiendo optado por la primera quedaba como única opción poner fin al proceso, relievándose el hecho de que al haberse concedido el recurso de nulidad contra el auto de sobreseimiento el Fiscal Supremo se ha pronunciado en el mismo sentido que el Fiscal Superior, es decir, en la instancia superior como en la suprema, han renunciado a su facultad persecutoria del delito, facultad que como se ha dicho corresponde al Ministerio Público y no al órgano de juzgamiento[371].

[371] Ejecutoria Suprema del 19 de Junio del 2008, R.N. N° 819-2008, Segunda Sala Penal Transitoria.

XVII
Alegatos finales

A través del alegato se muestra al juez, de modo ordenado y metódico, los hechos que se sustentan las pretensiones de las partes procesales, la prueba en que se basa cada uno de ellos y las razones jurídicas que amparan nuestro caso. El abogado defensor del acusado se encuentra facultado para responder a la imputación de responsabilidad penal y responsabilidad civil, conforme reconoce el inciso 1 del artículo 390 del Código Procesal Penal. En ese contexto se reconoce capacidad para analizar los elementos y circunstancias del delito, la responsabilidad penal y el grado de participación del acusado, la pena y la reparación civil[372].

1. Reglas de valoración de prueba

La operación judicial de valoración de la prueba se rige por los siguientes principios[373]:

a) El principio de verdad procesal.

b) El principio de libre valoración.

c) El principio de solución de la incertidumbre.

1.1. El principio de la verdad procesal

La función probatoria tiene por objeto que el juez llegue a conocer la verdad de la imputación criminal dirigida contra el acusado[374].

Debe advertirse que en el proceso penal la verdad no equivale a la perfecta correspondencia entre la realidad y la imputación criminal; el proceso penal, como toda obra humana, es limitado e imperfecto; en este solamente se alcanza la llamada verdad judicial[375].

---

372 REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Litigación estratégica y técnicas de persuasión*, Grijley, Lima, 2009, pp. 219, 225.

373 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003. pp. 895 y 896.

374 *Ibidem*, p. 895.

375 *Ibidem*, p. 896.

La verdad judicial es normativa porque se construye sobre la base de reglas que disciplinan la operación probatoria del juez[376].

1.2. El principio de la libre valoración

Dentro de los diversos sistemas probatorios que existen en el derecho procesal está el sistema de la libre convicción o libre valoración que tiene principalmente dos características:

La libertad probatoria del juez para comprobar la imputación criminal[377] [378].

La conclusión de la operación probatoria debe ser consecuencia del «fruto racional de las pruebas»; la libertad de apreciación del juez tiene un límite infranqueable en el respeto a las «normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano»[379] [380].

El sistema probatorio de libre apreciación es el empleado en el proceso penal peruano.

El artículo 283 del Código de Procedimientos Penales consagra al sistema de libre apreciación de la prueba a través de la fórmula «criterio de conciencia»[381] [382].

La Corte Suprema de Justicia ha determinado el significado del sistema probatorio de libre apreciación o criterio de conciencia; un juicio racional y lógico de los jueces en el que se tiene que comprobar si la prueba de cargo quebró la presunción de inocencia, a través de las siguientes reglas de funcionamiento[383]:

---

376 *Ibidem*, p. 896.

377 *Ibidem*, p. 897.

378 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, IDEMSA, Lima, 2004, pp. 713 a 715.

379 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 897-898.

380 SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, pp. 713 a 715.

381 *Ibidem*, pp. 715 a 720.

382 GARCÍA RADA, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 8ª ed., SESATOR, Lima, 1984, pp. 299 y 300.

383 Corte Suprema de Justicia; Ejecutorias supremas: del 7 de marzo de 1974 expedida en la Causa N° 1429-93-B; del 3 de octubre de 1988 expedida en la Causa N° 472-88; del 14 de febrero de 1994 expedida en la Causa N° 3101-93; del 13 de septiembre de 1995 expedida en la Causa N° 2392-94-B; del 14 de enero de 1999 expedida en la Causa N° 4588-98; y del 16 de abril del 2002 expedida en la Causa N° 4439-2001. Ver SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 899 y 900.

a) Mínima actividad probatoria de cargo realizada cumpliendo ciertas exigencias:

Que, la prueba haya sido obtenida sin vulneración, directa o indirecta, de los derechos fundamentales (inutilización de las pruebas reflejas).

Que, la prueba haya sido practicada en el juicio oral.

Que cuando se trata de prueba preconstituida, tiene que haber sido imposible su reproducción en el juicio oral y garantizado el derecho de defensa.

b) Valoración individual de la prueba a fin de verificar los requisitos de existencia, validez y eficacia probatoria.

c) Valoración global o conjunta del tejido probatorio a fin de establecer si permite alcanzar al juez certeza del delito y la responsabilidad penal del acusado.

1.3. El principio de solución de la incertidumbre

Este principio tiene su soporte en el derecho fundamental a la presunción de inocencia garantizado por el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XXVI primer párrafo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 2 inciso 24 parágrafo e de la Constitución Política de del Perú.

Consiste en la exigencia de que la culpabilidad del acusado solamente pueda ser considerada probada si, además de existir prueba de cargo practicada con todas las garantías, su valoración permita alcanzar certeza de la realización del delito y la responsabilidad penal del acusado[384] [385].

La presunción de inocencia exige la absolución del acusado en dos supuestos:

a) La ausencia de prueba adecuada, esto es, cuando las pruebas de cargo no han sido practicadas observando las garantías procesales de los derechos fundamentales del acusado[386] [387].

---

[384] SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 906.
[385] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *op. cit.*, pp. 720 a 722.
[386] SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 907.
[387] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 618.

b) La insuficiencia de prueba de cargo, esto es, existe pruebas de cargo adecuadas perno no permiten al juez alcanzar certeza de la realización del delito ni de la responsabilidad penal del acusado; sin lograr eliminar toda duda razonable[388].

2. Protección constitucional del derecho fundamental a la prueba

El derecho fundamental a la prueba tiene protección constitucional, en la medida en que se trata de un derecho comprendido en el contenido esencial del derecho al debido proceso, reconocido en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. Una de las garantías que asisten a las partes del proceso es la de presentar los medios probatorios necesarios que posibiliten la creación de convicción en el juzgador sobre la veracidad de sus argumentos. Sin embargo, como todo derecho fundamental, el derecho a la prueba también está sujeto a restricciones o limitaciones, derivadas tanto de la necesidad de que sean armonizados con otros derechos o bienes constitucionales *-límites extrínsecos-*, como de la propia naturaleza del derecho en cuestión *-límites intrínsecos*[389].

3. Reconocimiento normativo restringido de la prueba y su relación con la presunción de inocencia

El reconocimiento del derecho a la prueba en la normatividad es restringido y se lo relaciona casi exclusivamente con la presunción de inocencia. Por eso, normalmente aparece bajo la fórmula siguiente: «la persona se considera inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad». Este es el enunciado utilizado en el artículo 2, inciso 24, acápite e, de la Constitución, que reproduce lo estipulado por el artículo XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, y, en cierta forma, lo prescrito en los artículos 11, inciso 1, de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 14, inciso 2, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y 8, inciso 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

No obstante, es menester considerar también que el derecho a la prueba lleva aparejada la posibilidad de postular, dentro de los límites y alcances que la Constitución y las leyes reconocen, los medios probatorios

---

[388] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, p. 618.

[389] Sentencia del 5 de Abril del 2007, Exp. N° 1014-2007-PHC, Tribunal Constitucional.

pertinentes para justificar los argumentos que el justiciable esgrime a su favor. Por ello, no se puede negar la existencia del derecho fundamental a la prueba. Constituye un derecho fundamental de los justiciables producir la prueba relacionada con los hechos que configuran su pretensión o su defensa. Según esta dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión o defensa[390].

4. Exigencias para producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez

La prueba capaz de producir un conocimiento cierto o probable en la conciencia del juez debe reunir las siguientes características: (1) *Veracidad objetiva*, según la cual la prueba exhibida en el proceso debe dar un reflejo exacto de lo acontecido en la realidad; asimismo, *prima facie*, es requisito que la trayectoria de la prueba sea susceptible de ser controlada por las partes que intervienen en el proceso, lo que no supone desconocer que es al juez, finalmente, a quien le corresponde decidir razonablemente la admisión, exclusión o limitación de los medios de prueba. De esta manera, se puede adquirir certeza de la idoneidad del elemento probatorio, pues éste se ajustará a la verdad de lo ocurrido y no habrá sido susceptible de manipulación; (2) *Constitucionalidad de la actividad probatoria*, la cual implica la proscripción de actos que violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba; (3) *Utilidad de la prueba*, característica que vincula directamente a la prueba con el hecho presuntamente delictivo que se habría cometido, pues con esta característica se verificará la utilidad de la prueba siempre y cuando ésta produzca certeza judicial para la resolución o aportación a la resolución del caso concreto; (4) *Pertinencia de la prueba*, toda vez que la prueba se reputará pertinente si guarda una relación directa con el objeto del procedimiento, de tal manera que si no guardase relación directa con el presunto hecho delictivo no podría ser considerada una prueba adecuada[391].

---

[390] Sentencia del 5 de Abril del 2007, Exp. N° 1014-2007-PHC, Tribunal Constitucional.

[391] Sentencia del 5 de Abril del 2007, Exp. N° 1014-2007-PHC, Tribunal Constitucional.

5. Valoración adecuada de la prueba

Como puede verse, uno de los elementos que forman parte del contenido del derecho a la prueba está constituido por el hecho de que las pruebas actuadas dentro del proceso penal sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida. De lo cual se deriva una doble exigencia para el Juez: en primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables (*vid.* STC 4831-2005-PHC/TC, FJ 8). Por ello, la omisión injustificada de la valoración de una prueba aportada por las partes, respetando los derechos fundamentales y las leyes que la regulan, comporta una vulneración del derecho fundamental a la prueba y, por ende, del debido proceso[392].

6. Verificación del ejercicio del derecho fundamental a probar

A juicio de este Tribunal, en el presente caso, no se ha vulnerado el derecho fundamental a probar. En primer lugar, porque, tal como se aprecia de autos, al demandante, en ningún momento del proceso penal, se le ha impedido o restringido cuestionar, como medio de prueba, la fotocopia del Decreto de Urgencia mencionado; prueba de ello es que ha tenido la libertad para formular tacha, a pesar de que, tal como señaló el representante del Ministerio Público en la audiencia pública del proceso penal, de fecha 13 de octubre de 2004 (fojas 236), «(...) el 2 de junio de 2001, en el Ministerio Público, Fiscalía de la Nación reconoció haber firmado dicho documento y ahora dice que no existe (...)». Motivo por el cual, si se considera que el derecho *sub exámine* protege la posibilidad de que el procesado ponga en cuestión o controvierta las pruebas ofrecidas por las otras partes, éste no resulta vulnerado en el presente caso, dado que el demandante ha tenido la oportunidad de oponerse al medio de prueba antes mencionado[393].

---

[392] Sentencia del 5 de Abril del 2007, Exp. N° 1014-2007-PHC, Tribunal Constitucional.

[393] Sentencia del 5 de Abril del 2007, Exp. N° 1014-2007-PHC, Tribunal Constitucional.

7. Criterios para seleccionar y dotar de validez a las declaraciones prestadas por el inculpado o testigo

Es de dejar sentado como doctrina general que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles -situación que se extiende a las declaraciones en sede policial, siempre que se cumpla lo expresamente estatuido en la norma habilitante pertinente referido a la presencia del Fiscal y, en su caso, del abogado defensor-, el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones -que el Tribunal debe precisar cumplidamente-, que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de instrucción que lo dicho después en el juicio oral, en tanto dicha declaración se haya sometido en tal acto a contradicción con las garantías de igualdad, publicidad e inmediación y trasunta una mayor verosimilitud y fidelidad -cumplimiento, en su esencia, de los requisitos de legalidad y contradicción-; que, por otro lado, es de tener presente que las declaraciones prestadas ante el Juez Penal, si bien no pueden leerse bajo sanción de nulidad, conforme el artículo 248 del Código de Procedimientos Penales, tal regla solo es aplicable, antes que el testigo declare en el acto oral, lo cual sin embargo no impide su posterior lectura en la estación procesal oportuna luego de actuarse la prueba personal, conforme a lo dispuesto en el artículo 243 del Código de Procedimientos Penales[394].

7.1. Aplicación de los criterios para seleccionar y dotar de validez a las declaraciones prestadas por el inculpado o testigo

Debe tenerse en cuenta el precedente vinculante recaído en el Recurso de Nulidad N° 3044-2004. Que, a mayor abundamiento su papel de intermediario se puede corroborar con las declaraciones del testigos Ruiz Agüero y las primigenias de los testigos Arce Guerrero, Ramos Viera y Huertas Caballero, que lo identifican como una de las personas con las que el sentenciado Montesinos Torres se comunicaba

[394] Ejecutoria vinculante del 1 de Diciembre del 2004, R.N. N° 3044-2004, Sala Penal Permanente.

para tomar conocimiento o interceder en los procesos, y si bien en el acto oral los tres últimos citados pretenden negar sus dichos; sin embargo, estos crean convicción en el Juzgador si se tiene en cuenta que fueron recibidas con las formalidades señaladas en la norma procesal penal y su contenido guarda concordancia con las demás declaraciones glosadas y el video visualizado, y asimismo la concertación que los miembros de esta Sala advirtieron entre los testigos para modificar sus declaraciones originales y favorecer al acusado Solís Cano debiendo destacarse que los testigos tienen formación profesional, vienen afrontando proceso judiciales y saben ejercer sus derechos en el momento de una diligencia, debiendo acotar que la pregunta que se les formulo fue clara y precisa (ver precedente vinculante recaído en el Recurso de Nulidad N° 3044-2004)[395].

La presunción de inocencia como regla probatoria

La presunción de inocencia, en tanto regla probatoria, implica la necesaria existencia de actividad probatoria de cargo practicada con todas las garantías, de tal forma que su inexistencia obliga al órgano jurisdiccional a dictar una sentencia absolutoria. Esta fase de la presunción de inocencia contiene a su vez ciertas manifestaciones, que se encuentran reconocidas por nuestro NCPP en el inciso 1 del artículo 2, al referir lo siguiente:

> «Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales...».

De lo establecido por el NCPP, podemos deducir los requisitos que ha de cumplir la presunción de inocencia como regla probatoria, lo que se manifiesta en las siguientes afirmaciones:

1. Sólo la actividad probatoria de cargo, debidamente practicada, puede conducir al juzgador al convencimiento de la culpabilidad del acusado. De manera que si no se produjese tal convencimiento, debe operar la presunción de inocencia.

---

[395] Sentencia del 9 de Junio del 2006, Exp. N° 32-2001-SPE/CSJL, Primera Sala Penal Especial.

A partir de aquí queda sentada la separación entre la función de acusador y la de juzgador, impidiendo que el órgano jurisdiccional asuma el rol de acusador, ya que la acusación tiene la carga de descubrir hipótesis y pruebas y la defensa tiene el derecho de contradecir contrahipótesis y contrapruebas.

Con ello se resalta de manera imperativa que es el Estado quien debe probar la culpabilidad que imputa al sujeto en la acusación.

En un modelo inquisitivo, era el imputado quien tenía que demostrar con actos de prueba su inocencia, es decir, en este modelo el inculpado ingresaba al procedimiento bajo la presunción de culpabilidad.

2. La prueba practicada debe constituir una suficiente actividad probatoria de cargo.

En la medida que el imputado se encuentra en un estado de inocencia, no se requiere probar su inocencia y como correlato, la Fiscal ha de satisfacer un determinado estándar de convicción para condenar al acusado.

Para ello, la prueba de dicha culpabilidad debe sortear las barreras de la contradicción, de manera que se presente como información de alta calidad.

Significa que en este presupuesto que existir una mínima actividad probatoria acusadora, objetivamente incriminatoria, que después de sometida a valoración judicial, conduzca a la íntima convicción de culpabilidad, de manera que se hayan probado todos los hechos objeto de la acusación y que se haya agotado el debate contradictorio en todos los medios de prueba.

Esto último se encuentra reafirmado por la Sentencia de Casación N° 03-2007, la que en su fundamento séptimo establece lo siguiente: «Uno de los elementos que integra el contenido esencial de la presunción de inocencia como regla de prueba es que la actividad probatoria realizada en el proceso sea suficiente, (...) ello quiere decir primero, que las pruebas –así consideradas por la ley y actuados conforme a sus disposiciones– estén referidas a los hechos objeto de imputación –al aspecto objetivo de los hechos– y a la vinculación del imputado a los mismos, y, segundo, que las pruebas valoradas tengan un carácter incriminatorio y, por ende, que puedan sostener un fallo condenatorio».

3. La prueba con las características reseñadas debe haber sido obtenida y practicada con el respeto de los derechos fundamentales y garantías procesales que corresponda.

Con ello se tiene que la prueba, que tenga la potencialidad de desvirtuar la inocencia del acusado, ha de ser obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. Esto implica una incorporación de las pruebas respetando los principios de pertinencia, conducencia, utilidad, relevancia y por sobre todo principios de orden constitucional. Asimismo, dentro del juicio oral la prueba ha de actuarse bajo el respeto de los principios de oralidad, inmediación, publicidad y concentración[396].

[396] NEYRA FLORES, José Antonio, *Manual del Nuevo Proceso Penal & De Litigación Oral*, IDEMSA, Lima, 2010, pp. 173 y ss.

XVIII
Extradición



1. Marco teórico de la extradición[397]

La extradición es un instituto jurídico que viabiliza la remisión compulsiva de un individuo por parte de un Estado, a los órganos jurisdiccionales competentes de otro, a efectos que sea enjuiciado o cumpla con una condena señalada, según haya sido su situación de procesado o condenado en la comunidad política de destino.

Es decir, por virtud de ella, un Estado hace entrega de un reo o condenado a las autoridades judiciales de un homólogo, el cual lo reclama para la culminación de su juzgamiento o eventualmente para el cumplimiento de la pena.

En efecto, la extradición debe ser entendida como un procedimiento mediante el cual un Estado es requerido para que haga entrega de un individuo que se encuentra dentro de su territorio y que tiene la condición de procesado o condenado por un delito común, por otro Estado requiriente o solicitante, en virtud de un Tratado, o, a falta de este, por aplicación del principio de reciprocidad, para que sea puesto a disposición de la autoridad judicial competente y se le enjuicie penalmente o para que cumpla y se ejecute la pena impuesta, si se hubiera producido previamente el proceso penal correspondiente.

José HURTADO DEL POZO [*Manual de Derecho Penal*, Lima, Eddili, 1987, p. 260] sostiene que la extradición es un acto de ayuda interestatal en asuntos penales, siendo su finalidad el transferir a una persona, individualmente perseguida o condenada, de la soberanía de un Estado a otro.

Vicenzo MANZINI [*Tratado de Derecho Procesal Penal*, tomo I, EJEA, Buenos Aires, 1951, pp. 182-183] considera que la extradición, en

[397] Sobre el particular resulta paradigmática la sentencia del tres de marzo de dos mil cinco, Exp. N° 3966-2004-HC/TC, Lima, Enrique José Benavides Morales.

cuanto reconoce y limita el interés del Estado requiriente, y a su vez reconoce y disciplina derechos e intereses individuales, pertenece al derecho penal sustancial (denominado derecho penal internacional), puesto que se refiere a la pretensión punitiva del Estado requiriente y a las potestades y los límites jurídicos del Estado requerido; y que pertenece al derecho procesal penal aquella parte del instituto referida a los medios y a las garantías procesales con que se propone, discute y evalúa jurisdiccionalmente la cuestión concreta de la extradibilidad.

Según Gonzalo Quintero Olivares [*Manual de Derecho Penal. Parte General*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 190], la extradición también tiene una naturaleza política, ya que se entronca con el interés político. En dicho contexto, le corresponde al Estado requerido valorar si la extradición es, además de jurídicamente posible, políticamente conveniente.

Vicente Gimeno Sendra, Cándido Conde-Pumpido Tourón y José Garberí Llobregat [*Los Procesos Penales*, tomo 6, Bosh, Barcelona, 2000, p. 834], consideran a la extradición como una institución mixta, con una connotación jurídica y otra política, la cual, a su vez, en el plano estrictamente jurídico, también es híbrida, al pertenecer y estar influida por tres disciplinas jurídicas distintas: el Derecho Internacional, el Derecho Penal y el Derecho Procesal. Es por eso, desde el punto de vista internacional, un acto de relación entre dos Estados que genera derechos y obligaciones mutuas. Procesalmente se trata de un elemental acto de asistencia judicial. Penalmente, no es más que el reconocimiento de la extraterritorialidad de la ley de un país en el ejercicio legítimo de su *ius puniendi*.

Luis Bramont Arias [*Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Vilock, Lima, 1972, pp. 195-196], por su parte, reseña como elementos de la extradición los cuatro siguientes:

a) La presencia imprescindible de una relación entre dos Estados.

En dicha relación un Estado aparece como solicitante del pedido de extradición; en tanto que el otro emerge como recepcionante del pedido.

b) La solicitud o requerimiento de extradición debe reunir ciertas formalidades legales.

c) El individuo sujeto a un pedido de extradición debe tener necesariamente la condición de procesado o condenado por el delito que se le imputa.

d) El delito imputado debe pertenecer a la categoría de los denominados delitos comunes.

Javier VALLE RIESTRA [*Tratado de la Extradición*, vol. I, Afa Editores Importadores S.A., Lima, 2004, p. 14] señala para las situaciones ordinarias que la extradición reposa sobre un trípode en el cual debe estar previsto tipológicamente el delito por el cual se reclama a un inculpado o condenado.

Dicho trípode está conformado por el Código Penal del Estado requiriente, el Tratado de Extradición y el Código Penal del Estado requerido.

Añade, asimismo, que «No se trata de que el hecho tenga el mismo *nomen iuris*. Debe ser estructuralmente del mismo tipo».

Entre las características de la institución destacan las siguientes:

a) Entrega internacional entre Estados de un individuo presunto autor de un acto ilícito o condenado por la comisión del mismo.

b) Se aplica en los casos de comisión de hechos perpetrados en el ámbito territorial del Estado requiriente. En general no se concede la extradición por hechos no previstos como delitos en la ley del Estado requerido.

c) Observancia de que no se haya extinguido la acción penal por prescripción, amnistía, indulto o cosa juzgada.

d) El individuo extraditado puede ser nacional del Estado requiriente, o incluso extranjero ante él.

e) Tal como lo dispone el artículo 37° de nuestra Constitución, la extradición no opera en los casos de los denominados delitos políticos, o por hechos conexos con ellos.

Los delitos políticos son aquellos que atentan contra la estabilidad y normal funcionamiento de los poderes públicos. En ese sentido, la intencionalidad y objetivo del agente se deriva de la relación gobernante-gobernados.

A través de los delitos políticos se impugna, por móviles ideológicos, el poder de los órganos políticos vigentes. Estos no surgen por ningún tipo de razonabilidad personal o ánimo de lucro.

Igualmente, esta excepción se extiende a los actos conexos, cuando la acción criminal sirve para ejecutar o favorecer el atentado contra la organización y funcionamiento del cuerpo político, o para procurar la impunidad del mismo.

Debe señalarse que no se consideran como delitos políticos y, por ende, son factibles de extradición, los casos derivados de terrorismo, magnicidio y genocidio.

f) Tampoco procede la extradición cuando el pedido de remisión compulsiva obedece a razones de discriminación por razones de convicción, nacionalidad, origen, etc.

Debe precisarse que las situaciones excepcionales son las que surgen de los pedidos de extradición amparados en el principio de reciprocidad.

Finalmente, en lo relacionado al procedimiento de extradición, desde la perspectiva del Estado requerido, podrá ser un procedimiento netamente judicial, un procedimiento puramente administrativo-gubernativo, o un procedimiento mixto, que se nutre de características propias de los procedimientos antes señalados, propios de dos sistemas jurídicos de proyección universal, a saber:

a) El sistema anglosajón o de revisión (o del «common law»), vigente principalmente en el Reino Unido y los Estados Unidos de América, en el cual la autoridad judicial realiza una valorización sustancial de las pruebas presentadas por el Estado requiriente y las que el propio extraditable pueda aportar para demostrar su inocencia o eximentes. En dicho sistema, si en sede judicial no se autoriza la extradición, el gobierno no puede concederla.

b) El sistema continental (o romano-germánico), en el cual los tribunales del Estado requerido solamente realizan una evaluación formal en base a los documentos remitidos por el Estado solicitante para verificar que se reúnan todos los requisitos formales. Es decir, no tienen facultades para revisar las cuestiones de fondo tenidas en cuenta para formular el pedido de extradición. Es un sistema jurídico contemporáneo predominante en los países de Europa Occidental (con excepción de Reino Unido y algunos países nórdicos) y de América Latina.

2. Tipos de extradición

En función a los sujetos participantes en el procedimiento, la extradición puede ser clasificada en:

2.1. La extradición activa

Es aquella en donde un Estado es el sujeto requiriente, es decir, aquél en cuya jurisdicción recae la investigación y represión del delito imputado

al individuo extraditable o *extraditurus*. Este es el tipo de extradición seguida al beneficiario del presente proceso constitucional, y sobre el cual nos volveremos a ocupar en los fundamentos N^{os} 32 a 35, *infra*.

2.2. La extradición pasiva

Es aquella en donde un Estado es el requerido. En este caso, carece de relevancia que el sujeto solicitado tenga la calidad de residente, turista o mero transeúnte en el territorio nacional.

Al respecto, deberá acreditarse lo siguiente:

a) Comprobación de no haberse extinguido la acción penal, conforme a una u otra legislación.

b) Comprobación de no tratarse de delitos políticos o de hechos conexos.

c) Comprobación de que, en el caso de un procesado, éste no haya sido absuelto en el extranjero, o, en el caso de un condenado, que éste no haya cumplido la pena. Asimismo, debe verificarse la hipótesis de la acción o de la pena.

Las condiciones exigibles para la extradición son las siguientes:

a) Que el delito se haya producido fuera de la jurisdicción del Estado requerido.

b) Que el delito sea considerado como tal por ambos Estados.

c) Que el hecho que motiva la extradición no hubiese dado motivo para ser juzgado en el Estado requerido.

En función a sus razones cronológicas, la extradición puede ser clasificada en:

a) Extradición primaria

Es aquella en donde el Estado requiere por primera vez la remisión o entrega de un individuo.

b) Extradición renovada

Es aquella en donde el Estado requiere nuevamente la remisión o entrega del individuo, como consecuencia de su fuga luego de haber sido extraditado, a efectos de culminar el juzgamiento o dar cumplimiento efectivo a la condena impuesta.

c) Extradición ampliada

Es aquella en donde el Estado solicita se le permita adicionalmente juzgar por un delito primigeniamente no consignado en la solicitud de extradición.

Respecto a las circunstancias que rodean al individuo, la extradición puede ser clasificada en:

a) Reextradición

Es aquella que se presenta cuando un Estado requiriente, tras haber conseguido la entrega de un individuo, se ve requerido por un tercer Estado a una situación homóloga, por haber cometido este mismo individuo un delito dentro de éste en fecha anterior al perpetrado en su jurisdicción.

b) Cuasi extradición

Es aquella que se presenta en el caso de los marinos, desertores o delincuentes que se refugian en navíos anclados en un puerto bajo su jurisdicción.

En torno a los fines para los cuales es solicitada, la extradición puede ser clasificada en:

a) Extradición procesal o de imputado

Es aquella cuyo objeto consiste en la entrega del extraditable para su enjuiciamiento.

b) Extradición ejecutiva o de condenado

Es aquella cuya finalidad es hacer que el extraditable cumpla una condena previamente impuesta.

3. Fuentes de la extradición

En general, la doctrina reconoce como tales a las fuentes internacionales (tratados y convenios internacionales, sean bilaterales o multilaterales, y las declaraciones de reciprocidad a falta de estos) y a las fuentes nacionales (normas referidas a la extradición dentro de un ordenamiento jurídico, es decir, la Constitución Política, Código Penal, Código Procesal Penal, legislación que tipifica el delito y demás normas sobre extradición).

4. El principio de reciprocidad en los procesos de extradición

Dicha pauta basilar es un elemento de justicia conmutativa que equipara las prestaciones en materia judicial de los Estados en las relaciones internacionales.

El principio de reciprocidad -que, en el caso de autos, ha sido invocado en el procedimiento de extradición del beneficiario- es considerado como fuente supletoria a falta de un tratado o convenio

internacional y en caso sea procedente la solicitud de extradición, ofreciéndose reciprocidad entre los Estados para casos análogos, con el sometimiento a los principios y a las prácticas del Derecho Internacional y según las condiciones de la entrega.

Este principio consagra la más amplia cooperación para el cumplimiento de la justicia; y se aplica fundamentalmente en los casos de delitos de lesa humanidad como narcotráfico y terrorismo.

Francisco FERNÁNDEZ SEGADO [*El sistema constitucional español*, Dykinson, Madrid, 1982] mantiene que es admisible la entrega de una persona a un Estado requiriente cuando éste, al encontrarse en análoga posición, anteladamente manifiesta su posición de asumir similar actitud de facilitar la entrega.

Alberto HUAPAYA OLIVARES [*La extradición*, Gráfica Horizonte, Lima, 2000, p. 48], citando la exposición de motivos del proyecto de Ley Orgánica de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Penal de España, precisa que «El principio de reciprocidad, expresión del principio de igualdad soberana de los Estados, es una fuente de cooperación internacional, pero no puede ejercerse sino con referencia a un marco normativo que la posibilita y acondiciona».

A su vez, César SAN MARTÍN CASTRO [*Derecho Procesal Penal*, t. 2, Grijley, Lima, oct. 2003, p. 1450] señala que el citado principio exige lo siguiente:

a) Indagar si en los archivos hay expedientes de extradición en una u otra dirección con los países que lo soliciten o a los que se solicita la extradición; y,

b) Constatar si en la documentación remitida por el país requiriente se hace la solicitud en condiciones de reciprocidad y se reitera su disposición a prestar una ayuda jurídica análoga a las autoridades nacionales.

Agrega que dicho principio también puede entenderse como la actitud que debe adoptar el gobierno de exigir que el Estado requiriente mantenga en general una actitud de cooperación en materia de extradición o, en su caso, que suela conceder la extradición en supuestos similares, pero sin buscar una estricta correspondencia caso por caso.

5. Marco jurídico de la extradición en el Perú

El tratamiento constitucional de la extradición está previsto en el artículo 37° de la Constitución Política del Perú de 1993, del cual se desprenden los siguientes aspectos:

a) La extradición en el Perú se desarrolla bajo un sistema mixto, en el que intervienen el Poder Ejecutivo y la Corte Suprema de Justicia.

b) La extradición tiene como fuentes los tratados internacionales; las normas internas, de manera complementaria, en lo no previsto en los tratados; y, adicionalmente, el principio de reciprocidad, que se aplica en forma subsidiaria, a falta de tratado.

c) La extradición no se concederá cuando persiga o castigue por motivos de religión, nacionalidad, opinión o raza.

d) La extradición tampoco se concederá cuando se solicite por delitos políticos o conexos con ellos, excluyendo expresamente el genocidio, el magnicidio y el terrorismo.

El Estado peruano tiene celebrados diversos tratados y convenios de extradición bilaterales y multilaterales. Sin embargo, en lo no previsto en los tratados internacionales, la extradición se regirá por las disposiciones de la Ley N° 24710, publicada en el diario oficial *El peruano* el 27 de junio de 1987, conocida como la «Ley de Extradición», que reconoce la extradición activa (artículo 4°), la extradición pasiva (artículo 5°) y la reextradición (artículo 15°).

De la citada ley pueden destacarse, de modo general, las siguientes disposiciones:

a) Las condiciones, los efectos y el procedimiento de extradición se rigen, en primer lugar, por los tratados; y, en defecto de ellos y de manera supletoria, por la ley (artículo 2°).

b) La extradición por reciprocidad (artículo 3°) es reconocida excepcionalmente, y se la concibe, como señala César San Martín Castro [ob.cit. p.1452], no como un principio limitador de la concesión de extradición, sino como fuente supletoria en su sentido tradicional, es decir, que actúa en defecto de un tratado. En todo caso, los límites para que opere están fijados en los artículos 6° y 7° de la ley de extradición.

c) La extradición no será acordada si la infracción por la que es demandada es considerada como una infracción política o como un hecho conexo a tal infracción. (artículo 7°).

d) La extradición, después de concedida, podrá ser revocada, en el caso de error o cuando el extraditado no es conducido por el representante del Estado solicitante dentro del plazo de treinta días;

en ambos casos, al extraditado le será dada su libertad, no pudiendo ser nuevamente apresado por el mismo motivo (artículo 10°).

e) La aplicación del denominado «principio de especialidad», el cual, como lo contempla la Interpol [http://www.interpol.com/public/ICPO/LegalMaterials/ FactSheets/FS11es.asp] «(...) significa que la persona para la que se solicita la extradición solamente puede ser encausada, juzgada y encarcelada por los hechos que motivaron la extradición o posteriores a la misma. Si la persona ha sido extraditada en virtud de una condena, sólo podrá cumplir la pena impuesta en la sentencia condenatoria por la que concedió la extradición. El principio de especialidad exige que la persona entregada sea juzgada sólo por los hechos que motivaron la solicitud de extradición y tal como fueron calificados. Si el Estado requirente descubre posteriormente a la extradición unos hechos anteriores a esta fecha que considera punibles, solicitará al Estado requerido el consentimiento para juzgar a la persona entregada por estos nuevos hechos (solicitud de ampliación de la extradición)».

También forma parte del marco jurídico de la institución materia de autos el Decreto Supremo N° 044-93-JUS, publicado el 14 de diciembre de 1993, y modificado por el Decreto Supremo N° 031-2001-JUS, publicado el 28 de setiembre de 2001, que regula lo relacionado a la extradición activa, institución sobre la cual nos ocuparemos a partir del fundamento N° 32, *infra*.

Las disposiciones de la Ley N° 24710 y del Decreto Supremo N° 044-93-JUS han sido perfeccionadas por las disposiciones de la Sección II del Libro Sétimo del nuevo Código Procesal Penal (artículos 513° a 527°), aprobado mediante el Deceto Legislativo N° 957, publicado el 29 de julio de 2004, que regulan la extradición pasiva y activa; sin embargo, dicho articulado entrará recién en vigencia el día 1 de febrero de 2006, según lo dispuesto por el numeral 4° de la Primera Disposición Complementaria-Disposición Final del mencionado Decreto Legislativo N° 957, modificado por el artículo único de la Ley N° 28460, publicada el 11-01-2005.

6. La extradición activa en nuestro ordenamiento

El caso *sub júdice* se enmarca dentro de la denominada extradición activa, la cual se encuentra contemplada en el artículo 4° de la Ley N° 24710, que señala que:

> «La persona procesada, acusada o condenada como autor, cómplice o encubridor de un delito cometido en el territorio peruano que se encuentre en otro Estado podrá ser extraditada a fin de ser procesada o de cumplir la penalidad que como reo presente le haya sido impuesta».

Nuestro país puede reclamar la extradición de personas que, a pesar de no haber delinquido en el territorio nacional, hubiesen incurrido en ilícito penal en las naves o aeronaves nacionales públicas, o en las naves o aeronaves nacionales privadas situadas en alta mar o en espacio aéreo, en donde ningún Estado ejerza soberanía.

Por su parte, el artículo 2° del Código Penal señala que la extradición es aplicable a todo delito cometido en el extranjero, en los cinco casos siguientes:

a) Cuando el agente delictivo es un funcionario o servidor público y se encuentra en el desempeño del cargo.

b) Cuando el agente delictivo atenta contra la seguridad o la tranquilidad pública, siempre que produzca sus efectos en el territorio de la República.

c) Cuando el agente delictivo agravia al interés del Estado.

d) Cuando el agente delictivo actúa contra un conciudadano, siempre que el delito se encuentre previsto como susceptible de extradición; sea punible en el Estado en que se cometió el ilícito; y que el agente ingrese de cualquier manera al territorio de la República.

e) Cuando el Estado peruano se encuentre obligado a reprimir penalmente, de conformidad con los tratados internacionales.

Con relación al procedimiento pertinente, el artículo 37° de la «Ley de Extradición» establece que:

> «En los casos de extradición activa, si un Juez o Tribunal Correccional considerase que un reo ausente o contumaz debe ser extraditado, formará un cuaderno con la denuncia, sus recaudos, las pruebas de cargo y descargo, el tratado de extradición aplicable al caso y otros documentos que solicite el Fiscal o defensor, y elevará copias a la Corte Suprema para que ésta, en la Sala Plena, de considerarla pertinente, se dirija al Consejo de Ministros, a efecto de que por la vía diplomática se solicite la extradición, al país de refugio del reclamado».

A su vez, el artículo 38° de la mencionada ley dispone que el gobierno puede, o no, acceder al pedido de extradición activa que le plantee la Corte Suprema.

El procedimiento que se aplica en los casos de extradición activa ha sido reglamentado por el Decreto Supremo N° 044-93-JUS; en él aparecen, entre otras, las disposiciones siguientes:

a) La solicitud de extradición activa puede ser presentada por las partes ante el órgano jurisdiccional que tiene a su cargo el proceso penal o iniciarse de oficio por el Juez Penal o la Sala Penal Superior (artículo 1°).

b) Los requisitos esenciales para la admisión de la solicitud de extradición activa son que el procesado haya sido declarado reo ausente o contumaz y se haya dispuesto su ubicación y captura; que, de ser el caso, exista en su contra sentencia condenatoria firme a una pena privativa de libertad superior a un año; y que la Interpol haya informado a la autoridad judicial que el procesado ha sido ubicado en un país determinado, no haciendo falta la detención efectiva del inculpado (artículo 3°).

c) El cuaderno de extradición deberá contener copias legalizadas de las normas sustantivas del tipo penal materia de instrucción, de las referidas a la extinción de la acción penal y de la pena; del tratado de extradición suscrito por el Perú con el gobierno extranjero, de ser el caso; y de las pruebas incriminatorias. Dicho cuaderno requiere dictamen fiscal y decisión de la Corte Suprema, previa vista de la causa, con lo que culmina la etapa denominada «fase judicial» (artículos 8° y 9°).

d) La decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema, en caso de ser favorable a la extradición, origina que el cuaderno correspondiente sea remitido al Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Justicia, con lo que se inicia la denominada «fase gubernativa» (artículo 10°).

e) La solicitud será luego evaluada por una Comisión integrada por dos representantes del Ministerio de Justicia y dos del Ministerio de Relaciones Exteriores (artículo 11°).

f) Teniendo en consideración el cuaderno emitido por la Corte Suprema, el informe de la referida Comisión, los resultados de la evaluación efectuada y sus conclusiones sobre la solicitud de extradición activa solicitada por el Poder Judicial, el Ministro de Justicia expondrá sobre la misma ante el Consejo de Ministros, ente al que corresponde acordar si se acepta o deniega la extradición activa (artículo 13°).

g) El Ministro de Justicia, cumpliendo el acuerdo adoptado por el Consejo de Ministros, accediendo o denegando la solicitud de extradición, expedirá la respectiva Resolución Suprema.

h) En casos urgentes, y especialmente cuando haya peligro de fuga, el Juez Penal o la Sala Penal Superior que tenga a su cargo el proceso penal, podrá solicitar al Estado donde se encuentre el reclamado que dicte mandato de detención provisional con fines de ulterior e inmediata extradición. (artículo 17°).

7. Análisis del acto lesivo materia de controversia constitucional (Caso Benavides Morales)

Luego de analizarse los argumentos de la demanda, el Tribunal Constitucional considera que la controversia en el presente caso, fundamentalmente, gira en torno a determinar si se vulneraron los derechos fundamentales del beneficiario al no haberse sobrecartado oportunamente la solicitud de extradición, hecho que, según alega el recurrente, impidió el ofrecimiento de pruebas de descargo para su incorporación al cuaderno de extradición, afectándose su derecho de defensa.

De autos se desprende que la solicitud de extradición activa materia de controversia tiene como origen el proceso penal seguido por ante el Quinto Juzgado Penal Especial de Lima (Exp. N° 69-2001), en el cual se resuelve abrir instrucción contra don José Enrique Benavides Morales y otros por el delito contra la administración pública-colusión desleal en agravio del Estado peruano, habiéndose dictado en su contra mandato de detención por auto de apertura de instrucción de fecha 6 de mayo de 2002, obrante a fojas 20 del cuaderno de este Tribunal.

Asimismo, mediante resolución de fecha 4 de noviembre de 2002, el beneficiario fue declarado reo ausente por encontrarse en condición de no habido (fojas 60 del referido cuaderno).

De igual manera, al ser capturado el encausado en la República de Alemania, se dispuso, por auto de fecha 1 de octubre de 2003, su detención preventiva en dicho país, con el fin de extraditarlo (fojas 65) -de conformidad con lo establecido por el artículo 17° del Decreto Supremo N° 044-93-JUS-; dicha decisión fue luego formalizada con la solicitud expedida en la misma fecha (fojas 69).

Posteriormente, mediante resolución de fecha 6 de octubre de 2003, el Quinto Juzgado Penal Especial de Lima resuelve solicitar a

las autoridades pertinentes de la República de Alemania la entrega y traslado del beneficiario, disponiendo la formación del cuaderno de extradición; es decir, formula la solicitud de extradición a la que se refiere el artículo 1° del Decreto Supremo N° 044-93-JUS (fojas 82).

Finalmente, es necesario señalar que obra en el cuaderno de este Tribunal, a fojas 12, el escrito de apersonamiento de la Juez del Quinto Juzgado Penal Especial de Lima, al cual adjunta copia de un mensaje de Interpol dando cuenta que la Fiscalía General de Hamm, Alemania, ha declarado inadmisible la extradición del beneficiario, dejando sin efecto la orden de detención dictada el 22 de diciembre de 2003 (fojas 131 y 132), y que su Judicatura ha solicitado mayor información del proceso al Oficial de Enlace Federal de Investigación Criminal de la Embajada de Alemania en el Perú, la cual sería comunicada oportunamente a este Colegiado. Por ello, teniendo en consideración que hasta la fecha no se ha acreditado que la resolución dictada por la citada fiscalía esté referida al caso de extradición materia del presente proceso constitucional (Cuaderno de Extradición N° 67-03 tramitado por el Quinto Juzgado Penal Especial en el Exp. N° 69-2001), y habida cuenta que el beneficiario tiene en trámite diversos procesos de extradición solicitados al Estado alemán, este Tribunal, de conformidad con el principio *in dubio pro accionante* establecido en el penúltimo párrafo del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, procederá a pronunciarse sobre el fondo de la materia controvertida.

Al respecto, el artículo 4° del Decreto Supremo N° 044-93-JUS, modificado por el artículo 1° del Decreto Supremo N° 031-2001-JUS, publicado el 28-09-2001, establece que «De la solicitud de extradición se correrá traslado en el día a los demás sujetos procesales, quienes podrán cuestionar el pedido en el plazo de tres días y, en su caso, ofrecer las pruebas que obren en el expediente principal para su incorporación al cuaderno de extradición».

En el procedimiento de extradición del beneficiario –que es uno de extradición activa y en el cual se invocó el principio de reciprocidad–, la resolución mediante la cual el juez penal formuló la solicitud fue, como ya se ha señalado, expedida el 6 de octubre de 2003 (fojas 82); siendo ello así, el juez debía correr traslado de la misma en el día a los demás sujetos procesales (Ministerio Público, actor, parte civil, de ser el caso); sin embargo, en la referida fecha el beneficiario tenía la

condición de reo ausente, sin domicilio cierto en el cual pudiera notificársele, razón por la cual el juez se encontraba imposibilitado de realizar la citada diligencia dentro del plazo señalado, debiendo proseguir, como en efecto se hizo, el procedimiento de extradición.

Adicionalmente a lo expuesto, se debe tener en cuenta que el beneficiario no ofreció prueba alguna en su defensa que pudiera obrar en el expediente principal, debido a su condición de reo ausente; en todo caso, el *extraditurus* puede presentar las pruebas de descargo respecto de la responsabilidad penal que se le atribuye en el proceso penal para el cual es requerido.

A mayor abundamiento, las piezas procesales presentadas por el Estado peruano en el cuaderno de extradición, deberán ser evaluadas por el Estado alemán, que en definitiva será quien resolverá sobre la procedencia, o no, del pedido de extradición.

Finalmente, respecto a la falta de pronunciamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema sobre el pedido de nulidad de lo actuado en el cuaderno de extradición, es atinente aplicar el segundo párrafo del artículo 298° del Código de Procedimientos Penales, que dispone que «No procede declarar la nulidad tratándose de vicios procesales susceptibles de ser subsanados; o que no afecten el sentido de la resolución». En ese sentido, como ya se ha afirmado, la falta de notificación dentro del plazo de ley de la solicitud de extradición no representa, en el presente caso, una anomalía procesal, ni tampoco comporta la nulidad de lo actuado en sede judicial.

XIX

Teoría del error judicial en materia de delitos contra la Administración Pública y hechos punibles conexos

1. A modo de introducción

El lector seguramente estará de acuerdo con nosotros en que la mayoría de los seres humanos prefiere evitar errores y no cometer equivocaciones en sus actividades cotidianas y profesionales. Todos sabemos que, en el diario vivir, la eficiencia con que realizamos las diferentes acciones está en relación inversa con el número de errores y equivocaciones que cometemos. Para el Juez Penal, *cuando construye el factum del tema probandum,* interpreta y aplica la Ley Penal, el error no sólo lo acompaña de manera constante sino que además forma parte medular de su trabajo profesional, incluso puede decirse que per se el legislador estableció los procedimientos de revisión, con sus diferentes supuesto, para revertir la cosa juzgada en la que subyace como premisa tácita el potencial error que conllevó a la condena de un inocente[398].

La praxis judicial en su gran parte es construir la verdad, para llevarla a cabo el ente persecutor postula una hipótesis, que pretende ser una descripción fiel de lo acaecido en la realidad, y el Juez Penal procede a examinar con todo rigor si la pretensión punitiva es o no

---

[398] Art. 439 del CPP., resultando como supuestos paradigmáticos: «1.- «Cuando después de una sentencia se dictara otra que impone pena o medida de seguridad por el mismo delito o a persona distinta de quien fue primero sancionada, **y no pudiendo conciliarse ambas sentencias, resulte de su contradicción la prueba de la inocencia**(...); 3.- Si se demuestra que un elemento de prueba, **apreciado como decisivo en la sentencia, carece de valor probatorio que se le asignara por falsedad, invalidez, adulteración o falsificación.**». Finalmente en el inciso tercero del art. 444 del referido cuerpo legal, se subraya que la sentencia absolutoria ordenará, de haberse solicitado, «**la indemnización que corresponda por error judicial**», dispositivo que resulta concordante con lo prescrito en el inciso 5 del art. I del título preliminar del Código Penal, que establece que: «**El Estado garantiza la indemnización por los errores judiciales**».

correcta, la misma que además es una verdad parcial y provisional, ya que, a nivel postulatorio y etapa intermedia, solo representa el estado actual de desarrollo de la pretensión punitiva, pasible de ser modificada[399].

En efecto, el artículo 155 del Código Procesal Penal resume magistralmente la actividad probatoria, como un contraste entre un esquema reglado por la Constitución, los Tratados aprobados y ratificados por el Perú y el Código Penal Adjetivo, y la *notitia criminis*. En este juego hay un elemento de incertidumbre a favor de la presunción de inocencia, que es el grado al cual el esquema preestablecido debe poner a prueba; sin embargo, no debe perderse de vista, de lo que no tenemos ninguna duda es de que el proceso penal no construye o describe de manera perfecta el *factum* de la *notitia criminis*, ni siquiera en los supuestos de delitos flagrantes, donde muchas aristas que subyacen en el evento delictivo, y muchas veces las más relevantes, pasan desapercibidas.

Es por ello, ante lo fronterizo y latente del error judicial, dos son las normas que rigen los fundamentos y criterios de valoración de la prueba penal. En primer lugar, el artículo 2° numeral 24 literal d) de la Constitución, que consagra la presunción de inocencia; y, en segundo lugar, el artículo II del Título Preliminar Código Procesal Penal, que dispone que: «*Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada. Para estos efectos, se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales*». Ambas deben ser aplicadas, bajo la preeminencia del derecho a la presunción de inocencia. Si bien el Juez o la Sala sentenciadora son soberanos en la apreciación de la prueba, ésta no puede llevarse a cabo sin limitación alguna, sino que sobre la base de una actividad probatoria concreta -nadie puede ser condenado sin pruebas y que éstas sean de cargo-, jurídicamente correcta -las pruebas han de ser practicadas con

[399] Al inicio de toda investigación, la teoría del caso tiene un carácter muy provisional, dado que se construye con escasa evidencia, que puede ser el relato del cliente, de un denunciante anónimo, o que ha aparecido en la prensa. Sin embargo, esta primera aproximación del caso proporciona una guía de la cual se desarrollará la investigación. HIGA SILVA, César, *Litigación, argumentación y teoría del caso*, ARA Editores, Lima, 2011, p. 38.

todas y cada una de las garantías que le son propias y legalmente exigibles–, se ha de llevar a cabo con arreglo a las normas de la lógica, máximas de la experiencia –determinadas desde parámetros objetivos– o de la sana crítica, razonándola debidamente.

La libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo 283° del Código de Procedimientos Penales, reconoce al juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esa perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba -de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado-, sobre la base de la apreciación lógica realizada por el juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados –en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible–, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso enunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto.

2. Concepto

La sociedad está jurídicamente organizada. Ello quiere decir que existe un conjunto ordenado de normas que regulan las relaciones de los ciudadanos entre sí y de éstos con el Estado. Tales normas deben ser observadas tanto por sus destinatarios –los ciudadanos– cuanto por quien las dicta –el Estado–, incumbiendo su aplicación al poder judicial, que en consecuencia es el competente para determinar cuándo y en qué medida aquéllas han sido transgredidas. Un conjunto de estas normas protege determinados bienes jurídicos colectivos cuya integridad es precisa para garantizar la coexistencia social y constituye el llamado Derecho Penal. Los caudales públicos, la fe pública, entre otros bienes jurídicos en su dimensión comunitaria, son protegidos por la ley, y tal función protectora se produce mediante la conminación de una pena para aquellos que no observen el mandato imperativo que se expresa mediante una prohibición o la exigencia de una conducta positiva.

A los Tribunales de justicia, pues, corresponde exclusivamente declarar la inobservancia de la norma penal, y en tal caso la aplicación de la sanción prevista a tenor de las circunstancias que la propia ley asimismo determina. Tras un juicio de valoración, que surge del contraste del hecho con el Derecho, se declara la culpabilidad o la inocencia de quien ha sido en principio acusado de la comisión de un delito. Así, los hombres técnicos en Derecho -jueces- o profanos -jurados, en los países en que existe esta institución- juzgan a los hombres. Y, como tales, pueden errar en su decisión condenatoria o absolutoria. En este caso se produce el error judicial, que puede darse en todos los ámbitos del Derecho pero que cobra perfiles dramáticos cuando en el orden penal se castiga como autor de un delito quien no lo ha cometido.

Absolver a un culpable -lo que podría llamarse error al revés- por no existir pruebas o no ser éstas suficientes para declarar su culpabilidad, no tan sólo no es reprobable sino que constituye un deber impuesto por la propia ley, que entraña la garantía de que el inocente no será en ningún caso condenado. La justicia, como es notorio no se propone imponer un castigo por el mero hecho de haberse metido un delito, sino castigar tan sólo a quien realmente haya sido el autor del mismo. No afecta a la seguridad jurídica el crimen impune, más sí la vulnera en su esencia misma el castigo del inocente. De ahí, que constituya un principio de inexcusable observancia que desde el momento en que exista la menor duda sobre la culpabilidad del reo deba declararse su absolución, haciendo caso omiso de convicciones subjetivas, por vehementes que éstas puedan ser.

De todo ello se deduce que el juicio positivo de responsabilidad ha de fundarse en la certeza del hecho y de las circunstancias objetivas y subjetivas exigidas por la norma para su declaración. A la certeza se llega, precisamente, a través de la prueba, por lo que el hecho, para entrañar responsabilidad, debe ser probado. La prueba constituye la expresión de su certidumbre, cuando menos de su certidumbre legal.

En ocasiones, obtener tal probanza, dadas las circunstancias rodean al hecho, no es posible o no es tarea fácil. Habrá en tal que dejarlo impune. Todo es preferible al error, cuya sola posibilidad sobrecoge la conciencia[400].

---

[400] Floriot, Rene, *Los errores judiciales*, Noguer, Barcelona, 1972, p. VII.

El Juez es un profesional del Derecho, no es un aficionado o un amateur o inquieto por un saber; su designación como juez, su colocación al servicio de la justicia, tiende al afianzamiento y no al aflojamiento de los criterios de reparto, de dar a cada uno lo suyo. No puede escudarse en un «me pareció» o «yo lo entendí así» o «lo juzgue de tal modo» o «fue mi interpretación», sin dar razón de tales criterios o pareceres, a la luz de la menor y más actualizada doctrina, de los más recientes fallos, de las recomendaciones de congresos y jornadas. Debe rendir cuentas de sus afirmaciones, del porqué de sus asertos, y esa rendición debe luego confrontarse con el saber jurídico vigente, actual, mayoritariamente aceptado y de más alto nivel[401].

El Código Procesal Penal en el artículo 439 contempla diversos supuestos de error judicial, puntualizando en el artículo 441 del mismo cuerpo normativo, que la persona que haya sido condenado y luego sea absuelto por el delito que se le imputaba tenga derecho a una indemnización.

3. De las potenciales fuentes de error en materia de delitos contra la Administración Pública

Entre las fuentes de error y cautelas más importantes que debe tener presente el Juez Penal para evitar el error, podemos enumerar, a modo enumerativo, sin ánimo de exhaustividad y, menos aun de clausura, las siguientes:

1.- El Juez Penal debe, en todo momento, analizar en forma crítica y comparativa las declaraciones vertidas por los sujetos procesales, más aun si se trata de supuestos o efectivos colaboradores eficaces, o casos de testigos impropios, erigiendo la evidencia empírica en su estándar final, vía la corroboración periférica; así el Acuerdo Plenario Nº 2-2005/CJ-116, del 30 de septiembre del 2005, Asunto: Requisitos de la sindicación de coacusado, testigo o agraviado, destacó que: «Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedimental–, corresponde valorar varias

---

401 MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El error judicial*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, p. 155.

circunstancias, que se erigen en criterios de credibilidad –no de mera legalidad–, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir. Las cautelas que ha de tomarse en cuenta resultan del hecho que el coimputado no tiene obligación de decir la verdad, no se le toma juramento y declara sin el riesgo de ser sancionado, sin la amenaza de las penas que incriminan el falso testimonio.

Las circunstancias que han de valorarse son las siguientes:

a) Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad.

b) Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador.

c) Asimismo, debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admita matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada»[402].

2.- El Juez Penal usa una variedad de herramientas y razonamientos: las hipótesis, la analogía in mala parten, muchas veces sin advertirlo, la

---

[402] Los requisitos expuestos, como se ha anotado, deben apreciarse con el rigor que corresponde. Se trata, sin duda, de una cuestión valorativa que incumbe al órgano jurisdiccional. Corresponde al Juez o Sala Penal analizarlos ponderadamente, sin que se trate de reglas rígidas sin posibilidad de matizar o adaptar al caso concreto.

inducción, etc. Algunos tabulan los casos resueltos para postular reglas de la experiencia; otros creativamente reconocen patrones en la dinámica comisiva de los delitos, para aplicarlos a los nuevos casos. La imaginación, el razonamiento lógico, el azar, y el pensamiento interdisciplinario, como lo exige la prueba pericial, convergen comúnmente en el fuero interno del magistrado. En esta línea argumental el artículo 158 del Código Procesal Penal, estatuye que: «*En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia, y expondrá los resultados obtenidos y los criterios adoptados*».

3.- El manejo de la prueba indiciaria debe ser mejorada por controles que aíslan los efectos de las variables o hechos base o que ayudan a distinguir las correlaciones de las causas y por medio de la casuística criminalística, reducir las probabilidades de error. En efecto, los indicios no hablan por sí mismos. Al contrario, los jueces interpretan los resultados y, a veces, esas interpretaciones están atravesadas por prejuicios o preconceptos; por lo que, a su operatividad es consustancial, la exigencia de plasmación expresa del proceso intelectual observado en la resolución o sentencia que hace uso de ella.

4.- Las declaraciones de los sujetos procesales varían en su nivel de certeza, en efecto, no contamos con ningún método que garantice las respuestas o la certeza absoluta; sin embargo, las líneas múltiples de evidencia periférica se erigen como los detonantes para otorgar merito probatorio, como lo recalca el Acuerdo Plenario N° 2-2005/ CJ-116, del 30 de septiembre del 2005, «tratándose de las declaraciones de un agraviado, aun cuando sea el único testigo de los hechos, al no regir el antiguo principio jurídico *testis unus testis nullus*, tiene entidad para ser considerada prueba válida de cargo y, por ende, virtualidad procesal para enervar la presunción de inocencia del imputado, siempre y cuando no se adviertan razones objetivas que invaliden sus afirmaciones. Las garantías de certeza serían las siguientes:

a) Ausencia de incredibilidad subjetiva. Es decir, que no existan relaciones entre agraviado e imputado basadas en el odio, resentimientos, enemistad u otras que puedan incidir en la parcialidad de la deposición, que por ende le nieguen aptitud para generar certeza.

b) Verosimilitud, que no sólo incide en la coherencia y solidez de la propia declaración, sino que debe estar rodeada de ciertas corroboraciones periféricas, de carácter objetivo que le doten de aptitud probatoria.

c) Persistencia en la incriminación, con las matizaciones que se señalan en el literal c) del párrafo anterior».

En este mismo derrotero el inciso segundo del artículo 158 del Código Procesal Penal, prescribe que lo vertido por los testigos de referencia, declaración de arrepentidos o colaboradores, sólo con otras pruebas que corroboren sus testimonios se podrá imponer al imputado una medida coercitiva o dictar en su contra sentencia condenatoria.

Acorde a lo expuesto, identificamos como potenciales fuente de error judicial, los supuestos de condena dictada en base al testigo impropio o colaborador eficaz, donde la única prueba lo constituye la declaración de estos, quienes muchas veces son tentados para descargar sus responsabilidades en otros funcionarios públicos, muchos de ellos sin capacidad de decisión o meros engranajes de la administración pública, esto es, ante una inminente detención o activación de sendos procesos penales, alguien tenía que pagar, al incriminado le tocó ser el cabeza de turco, variables que incrementan las altas probabilidades de juzgar y condenar a quien no lo cometió.

Ante ello, la Sala Suprema debe identificar si en el relato histórico hubo «ciertas incoherencias», esto es, que no fue un testimonio «sin fisuras»; por lo que, debe analizarse críticamente y comparativamente las declaraciones brindadas a nivel preliminar –la policía, el ministerio público–, y las brindadas con posterioridad –instrucción, investigación o juicio oral–; por otro lado, debe identificarse como una posible fuente de error que el procesado haya sido detenido como sospechoso de delitos anteriores -aunque nunca fue haya culpable -, o que haya sido «condenado» social y periodísticamente.

Por eso, el Colegiado Sentenciador debe ser tajante al advertir que no puede admitirse la expresión de sospechas sobre la inocencia de un acusado tras unas detenciones previas. En este contexto deben fijarse cautelas ante posibles errores, el Juzgador debe valorar y justificar porque opta por una u otra versión, resultando insuficiente el simplista recurso de que lo vertido inicialmente es más espontáneo y menos artificioso. Finalmente, se obvia compulsar la coartada del procesado, construida a partir de testimoniales que dan cuenta de que, al momento de la comisión de los hechos, no se encontraba presente en algún recinto estatal.

5.- Administrar justicia es una actividad humana; por lo que no pueden descartarse que algunos magistrados están motivados,

consciente o inconscientemente, por la pasión, venganza, la inexcusable ignorancia, la moral, la asunción de una cruzada individual u otros móviles subjetivos; acorde a ello, el Acuerdo Plenario Nº 3-2007/CJ-116, del 16 de noviembre del 2007, subraya que dicho temores deben estar objetivamente justificados, deben alcanzar una cierta consistencia –no basta la simple opinión del acusado o de la parte recusante–; y la respuesta de si existe parcialidad o no varía según las circunstancias de la causa, a cuyo efecto debe valorarse la entidad o naturaleza y las características de las actuaciones procesales realizadas por el Juez[403].

Empero ello no debe liberarlo de sus deberes y responsabilidades, por ello, no debe recortarse las posibilidades de exigir las observancias de cautelas a fin de evitar el error judicial. Lo que se acentúa en supuestos en la que la equivocación es patente, manifiesta y sistemática. Así cuando los Tribunales- que están servidos por seres humanos- se equivocan, como puede suceder en cualquier otra función o actividad, ya sea en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho, el remedio para corregirlo se encuentra en los recursos procesales y cuando éstos se agotan, si persiste la equivocación (sea real o supuesta, porque también tendrán que reconocer las partes interesadas en un proceso judicial que pueden equivocarse), la seguridad jurídica, que es un principio estabilizador y pacificador de la vida social, impone el aquietamiento y la aceptación de la situación establecida. Cuando la equivocación es palmaria, evidente, inexplicable racionalmente y conducente ha resultado absurdo y además ya no quepa solución a través de los recursos, sino mediante el recurso de revisión.

6.- Toda persona debe hacerse cargo de sus errores, carga que se acentúa en el caso de penas altas, ya que él debe dar el ejemplo de cómo uno es justo; empero, consideramos que en materia de revisión de sentencias el Juez Sentenciador o que participó como integrante de la Sala Revisora debe inhibirse o abstenerse.

7.- Los jueces no son computadoras, y nadie desearía que le juzgase un ordenador; sin embargo, esta opción no debe descartarse en casos judiciales idénticos estructuralmente con los resueltos por el

[403] En tal sentido, el juez consciente de sus prejuicios y de su posición moral frente al problema debe buscar su solución, aplicando criterios normativos y valorativos compatibles con la Constitución y la ley. CASTILLO ALVA, José Luis / CASTILLO CÓRDOVA, Luis, *El precedente judicial y el precedente constitucional*, ARA Editores, Lima, 2008, p. 17.

sentenciador, ya que nos serviría de cautela a fin de evitar un tratamiento desigual o ad hoc, atendiendo a la materia o a las partes.

8.- Las palabras de la Ley cobran vida propia y el contexto social condiciona muchas veces la decisión judicial. La función judicial está lejos del papel del científico y más próximo al del hombre medio: no se le pide que acierte sino que exponga su decisión con arreglo a unos pre conocimientos y conceptos técnicos que solvente la construcción de un relato histórico sólido, coherente, sin fisuras, y fundamentalmente, absorbente y explicable de todo el materia probatorio de cargo y de descargo.

9.- Cuando un fallo judicial no coincide con el material probatorio acopiado y responde a una presión mediática, ¿quién es el responsable real?: ¿el juez, los medios de comunicación, la ONG, etc.?

Es casi un lugar común indicar que en las actuales sociedades los medios de comunicación masiva adquieren relevancia mayúscula para todos los ámbitos vitales de los seres humanos. Parece innecesario añadir que también la adquieren en lo que se refiere a los sistemas penales y, concretamente, en lo que hace a la ceremonia significativa que se desarrolla en los juicios penales. El interés demostrado por los medios de comunicación, y en particular la televisión, al transmitir determinados juicios penales obliga a realizar una reflexión sobre este fenómeno que evite caer, justamente, en aquellos lugares comunes. Y es ello lo que se propone este trabajo de investigación.

Al poner nuestra atención sobre un fenómeno muy actual de nuestra realidad jurídico-social, como es la difusión televisiva de juicios penales, surge un sinfín de preguntas. Ellas provienen no sólo de aquella característica de urgente actualidad sino que también son provocadas por la obligada reflexión sobre materias ya clásicas y estrictamente jurídicas, aunque también de historia, de filosofía y de sociología jurídica. Si bien algunos de esos interrogantes ya fueron objeto de atención con anterioridad resulta fundamental volver a ellos pues, en primer lugar, no por ello se pueden dar por agotados con aquellas reflexiones y, en segundo, todos ellos encuentran un punto significativo de entrecruzamiento en el tema en análisis.

Las relaciones entre los modernos medios de comunicación de masas y la justicia penal son sólo un aspecto de las relaciones entre justicia penal y opinión pública. Ambas relaciones son, además de conflictivas, profundamente complejas y, por otro lado, el momento

de cruce de ambas lógicas en medio del juicio de atribución de culpabilidad o inocencia estatalmente controlado (que es el limitado objeto de este trabajo) es sólo uno de aquellos cruces.

Es necesario recordar que tal punto de encuentro entre la lógica judicial y la lógica mediática no es un fenómeno novedoso sino que debe rastrearse hasta los mismos orígenes de la actividad periodística, aun cuando las constantes presencias de jueces en las pantallas de nuestros televisores nos hacen pensar que el fenómeno actual requiere de análisis que reflejen las novedades del momento histórico que vivimos[404].

10.- El propio sistema reconoce la posibilidad de error; por lo que existen una serie de cautelas: intra proceso penal: apelaciones, recursos de nulidad, recursos de quejas, casaciones y revisiones; extra proceso penal: hábeas corpus y acción de amparo, etc.; máxime, si la experiencia nos demuestra que muchos jueces, fiscales y también abogados defensores con frecuencia no dominan a fondo la teoría del delito, de la cual la mayoría de ellos solamente tienen un conocimiento superficial. Esto se puede constatar mediante la simple lectura de los fundamentos jurídicos de las sentencias, y también por lo que se dice en los juicios orales, o en cualquier audiencia. Tal como afirmamos esa situación se comprueba de manera reiterada[405].

11.- El criterio de conciencia no excluye el deber de que previamente a su decisión, valore y explicite la compulsión de la prueba producida en toda su integridad, puesto que la valoración parcial de las pruebas puede convierte en culpable a un inocente.

12.- Es inadmisible que el juez penal desconozca el marco legal sustantivo y adjetivo, o ignorar la jurisprudencia de los Tribunales Superiores, Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. El Juez Penal para decidir ha de observar el debido proceso, trámites, incidentes, formulismos y plazos, que tienden a reducir el campo de arbitrariedad en la decisión del juez; asimismo, deberá tomar en consideración documentos, pruebas, pericas y alegaciones de la parte investigada y acusada, antes de resolver. Tan grave como un juez parcializado lo es el supuesto de un juez inidóneo, que ignore el insumo jurídico o, mucho más grave aún, que de manera sistemática incurre en causales de nulidades,

---

404 ANTTUA, Gabriel Ignacio, *Justicia Penal Publica, Colección Tesis Doctoral*, Editores del Puerto, Lima, 2005, p. 1.

405 RODRÍGUEZ HURTADO, Mario Pablo, y otros, *Manual de Casos Penales: La Teoría General del Delito y su importancia en el marco de la Reforma Procesal Penal*, p. 13.

convirtiendo el proceso penal en su laboratorio particular, donde mediante ensayo y error pretende arribar a una sentencia. Ante ello, las presidencias de los distritos judiciales deben efectuar un permanente control de la calidad de las resoluciones judiciales, contribuyendo para tal objeto los abogados y justiciable, a fin de apartar a Jueces Penales.

En esta línea argumental, es preocupante la forma de designación de magistrados suplentes, provisionales o supernumerarios, o la promoción a Jueces Superiores, lo que se acentúa dadas las recientes cuestionamiento de las decisiones judiciales desde el hombre medio hasta la máxima instancia del Poder Judicial, lo que exige que las designaciones y promociones se motiven y fundamenten. De esta forma nos preguntamos cómo es posible que candidatos a jueces de primera instancia desaprobados por una o dos veces por el Consejo Nacional de la Magistratura, terminan siendo designados por el Poder Judicial al cargo que les fue negado por el CNM; otra forma sutil de lo asistemático y paradójica en la designación y promoción de Juez Superior, radica en cómo Jueces de Primera Instancia desaprobados por el CNM por una o dos veces en su intento de alcanzar el grado superior inmediato, terminan siendo promovidos por el Poder Judicial como Jueces Superiores cuando el CNM previamente enfatizó que no reúnen el perfil para tal efecto[406].

---

[406] ¿Se puede imaginar una empresa donde no exista una política de selección, de evaluación o promoción del personal?; con mayor razón ¿es posible imaginar una institución del Estado con estas carencias?; peor aún ¿es posible impartir justicia, decidir controversias sobre la vida, la libertad y el patrimonio de las personas sin tener un riguroso sistema de selección, evaluación y promoción que garantice que tengan esta potestad sólo aquellos que cuentan con los conocimientos y destrezas requeridos?
Pues nosotros estamos cercanos de esa realidad, ya que la organización judicial que existe actualmente, y se arrastra casi desde siempre: no diferencia un magistrado eficiente de un mal magistrado y los expone a los mismos cuestionamientos; juzga sólo por la cantidad de sentencias que se emiten, sin tomar en cuenta la calidad de las mismas; le dice a un juez que más pesan los años que el buen desempeño, que hoy se desempeña en especialidad civil pero mañana puede hacerlo en penal, que para ascender le van a plantear exigencias irrazonables, que capacitarse es costoso porque no es una inversión en su carrera, que puede ser sancionado por eficiente, etc.
Una organización así sólo produce más de lo mismo: jueces que vencidos o libremente entregados a ella terminan por empaparse de su «cultura» y comienzan a reproducirla imponiéndosela a los nuevos miembros de la magistratura con el fin de perpetuarla. Por eso, nos urge un cambio. Justicia Viva, *Carrera judicial. Una propuesta de reforma verdaderamente estructural*, Lima, 2005, p. 11.

13.- No hay que pensar que sólo fueron víctimas de errores judiciales los condenados, sino que todos los ciudadanos estamos expuestos a sufrir en mayor o menor grado un error judicial; por lo que, es un tema que nos atañe a todos. Y es que el proceso está sujeto al llamado efecto mariposa (el aleteo de una mariposa en California, puede provocar una tormenta tropical en Australia) de forma que pequeñas causas puede traer grandes y catastróficas consecuencias. Así, lo cierto es que en un proceso judicial, una pequeña circunstancia (el vencimiento de un plazo, un documento perdido, un testigo errado, un peritaje endeble, etc.) puede comportar un fallo judicial alejado del marco normativo.

14.- Con el pasar de los años, nos hemos dado cuenta de la necesidad de aceptar que el juez se equivoca, muchas veces de buena fe, otras no tanta, pero en fin se equivoca. Apelando a la seguridad jurídica, que para todos nosotros resulta imprescindible, hemos terminado por obligar a soportar a unos cuantos los fallos injustos, que no necesariamente son evidentes, olvidando la responsabilidad que sobre nosotros recae como abogados, profesores o facultades de derecho.

Es preocupante ver como en un país tan urgido de justicia y de democracia efectiva se toma el cargo de Juez no por vocación sino por necesidad, se toma temporalmente y no existe compromiso alguno por lograr que los buenos abogados y las buenas facultades se preparen para asumir esta función; sería muy interesante ver cómo los mejores estudiantes se encargan de adelantar la función jurisdiccional del Estado, sin querer por ello decir que sus desaciertos causen menos dolor o daño.

15.- Necesitamos personas con bases éticas muy bien arraigadas, pero resulta mucho más exigible que cuenten con conocimientos y sobre todo con ganas de hacer las cosas bien, personas que deseen encargarse de cimentar el cambio de un país en crisis como el nuestro a partir del buen desempeño de la justicia, ya que no debemos olvidar que el infierno está plagado de las mejores intenciones. En este orden de ideas, un indicador de falta de idoneidad de los Jueces Penales es la continua desaprobación cognitiva en los exámenes de ascenso.

16.- Otros errores son más profundos y difíciles de encontrar o de corregir. Así como los errores provenientes de la ideas internalizadas, estos errores pueden verse disfrazados en suposiciones o prejuicios muy comunes, por ejemplo, considerar que no es pasible la absolución en delitos en los que existe un perjuicio considerable al erario del Estado, o la comisión del mismo en el marco del crimen organizado,

por temor al que dirá la prensa o, lo más grave aún que el derrotero absolutorio únicamente se explicaría por una relación sinalagmática. Aquellos que defienden dichos casos deben estar tan alertas a los posibles errores como los Jueces mismos. Entonces, una herramienta crítica importante es el conocer a los diferentes tipos de errores y perfiles de cada Magistrado, ya que la premisa de que existen letrados que por consideraciones morales o de convicción personal no defiende casos de corrupción u otros, también se extiende a la judicatura[407]. Aquí se presenta un marco de referencia para la clasificación y para poder pensar sobre estos tipos de errores, los cuales varían en sus efectos desde la pequeña hasta la gran escala:

Uso inapropiado de las pruebas periciales (muestras expuestos a otros elementos o contaminadas); procedimiento inapropiado (protocolo experimental obsoleto, habilidad técnica y pericial escasa).

Proceso penal influenciado por el Juez, a quien, so pena de incurrir en resoluciones incoherentes o contradictorias, no le queda otra opción que continuar con el error y emitir una sentencia condenatoria, aseverando en su fuero interno, que en todo caso el Superior Jerárquico deberá corregir -toda vez que está menos expuesto al escrutinio si se trata de una sentencia condenatoria que una sentencia absolutoria-; sin reparar que dada la excesiva carga procesal o la inacción de la

[407] Las políticas legislativas o administrativas basadas en aquella frase de que «el fin justifica los medios», implementadas en temas como los de terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción de funcionarios o atentados contra la seguridad ciudadana siempre han estado reñidas con determinadas garantías que componen el debido proceso. Ello no solo demuestra la incapacidad del Estado para procurar mecanismos que compatibilicen eficiencia en el logro de los fines del Estado (seguridad y orden público, entre otros) y respeto a los derechos fundamentales, sino también una arbitraria discriminación entre ciudadanos, entre aquellos que podríamos denominar «ciudadanos de primera categoría» (a quienes si se les otorga todas sus garantías constitucionales procesales, entre otras) y «ciudadanos de segunda categoría» (a quienes el Estado, en nombre del bien común, reduce o anula determinadas garantías del debido proceso). Las garantías del debido proceso integran también el núcleo básico de los Estados Constitucionales, pues solo en la medida que estas se materialicen en todo proceso jurisdiccional o procedimiento legislativo, administrativo, fiscal o de particulares, se podrá sostener que el uso del poder público o privado es legítimo y no arbitrario. BEAUMONT GALLIRGOS, Ricardo, *El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú*, Conferencia de las Cortes Supremas de las Américas «El Estado de Derecho», Corte Suprema de Justicia argentina, Buenos Aires, 2009, p. 210.

defensa técnica, resulta más problemático alcanzar justicia en la Instancia Superior.

Tres fenómenos diferentes combinados, prejuicio o sesgo, excesiva carga procesal y deficiente o nula defensa técnica, son el caldo de cultivo de la continuación de grasos errores judiciales.

17.- Controles insuficientes a efectos de detectar causas penales sin proyección típica o probatoria, lo que exige el uso creativo de las instituciones de la recusación o inhibición, para que por ejemplo el fiscal que denunció o el juez penal que aperturó proceso penal, no sea el que acuse o emita sentencia.

18.- Comprensión incompleta del *factum* en su integridad, dejando muchas veces de lado, la ponderación de la existencia de contra indicios, ya que de realizarlo traería abajo su esquema de trabajo. En este orden de ideas, se tiene el error de razonamiento (error de lógica, confusión entre correlación o causación), lo que deviene en una de las causales más emblemáticas para que opere el recurso de casación.

19.- Demasiada generalización en la postulación del *thema probamdun*, con la consiguiente contravención del principio de imputación necesaria, y la consiguiente indefensión.

20.- Falta de explicaciones alternativas (creatividad limitada); más aún, si concurren contra indicios.

21.- Sesgo subjetivo de confirmación a toda costa por parte de la Sala Revisora, debido por ejemplo a que la sentencia impugnada proviene de supuestos jueces probos o que en la generalidad de los casos no yerran.

22.- Fraude, y otros errores de juicio en la credibilidad de los testigos; como son los supuestos candidatos a colaboradores eficaces, explicable por su finalidad de ser exentos de responsabilidad o ser pasibles de una pena leve.

23.- Sesgos cognitivos socioculturales (género, origen étnico, clase económica, etc.)

24.- Pobre formación en la materia asignada, ello debido a la inobservancia de la especialidad de los Jueces, llegando a la arbitrariedad de designar a Juez especializados en lo Penal a una Sala de Derecho Constitucional, debido a la animadversión u otras causas, sin reparar que el real afectado es el justiciable.

25.- La reiterada y sistemática demandas de hábeas corpus dejan en claro los déficit motivacionales del auto de apertura de instrucción

o mandato de detención, que estriba principalmente en la ausencia de fundamentación de la vinculación de la imputación judicial que se hace a los beneficiarios con los hechos delictivos, generándoles con ello una situación de indefensión, por desconocer los hechos concretos respectos de los cuales debían defenderse.

La necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa.

En efecto, uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez penal corresponde resolver.

En la casuística, en constante analizar si es arbitrario el auto de apertura de instrucción por la falta de motivación que se alega en la demanda. Al respecto, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales (modificado por la Ley N° 28117) regula la estructura del auto de apertura de instrucción, y en su parte pertinente establece que:

> «Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto

será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción».

Como se aprecia, la indicada individualización resulta exigible en virtud del primer párrafo del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, obligación judicial que este Tribunal considera que debe ser efectuada con criterio de razonabilidad, esto es, comprender que nada más lejos de los objetivos de la ley procesal el conformarse en que la persona sea individualizada cumpliendo sólo con consignarse su identidad (nombres completos) en el auto de apertura de instrucción (menos aún, como se hacía años antes, «*contra los que resulten responsables*», hasta la dación de la modificación incorporada por el Decreto Legislativo N° 126 publicado el 15 de junio de 1981), sino que, al momento de calificar la denuncia será necesario, por mandato directo e imperativo de la norma procesal citada, controlar la corrección jurídica del juicio de imputación propuesto por el fiscal, esto es, la imputación de un delito debe partir de una consideración acerca del supuesto aporte delictivo de todos y cada uno de los imputados.

Esta interpretación se condice con el artículo 14°, numeral 3), literal «b» del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que a este respecto, comienza por reconocer que: «*Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella*». Con similar predicamento, el artículo 8°, numeral 2), literal «a» de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, dispone que: «*Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas:...b) Comunicación previa y detallada de la acusación formulada*». Reflejo de este marco jurídico supranacional, es el artículo 139°, inciso 15) de nuestra Norma Fundamental, que ha establecido: «*El principio que toda persona debe ser informada, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención*». Se debe señalar que, a pesar del tenor de esta norma constitucional, de la que pareciera desprenderse que el derecho del

imputado se limita al momento de su propia detención, lo cierto es que esta toma de conocimiento, constituye la primera exigencia del respeto a la garantía constitucional de la defensa que acompaña a lo largo del proceso en todas las resoluciones del mismo.

Examinado los autos de apertura de instrucción en materia de delitos contra la Administración Pública y conexos, es posible afirmar que no se adecúan en rigor a lo que quieren tanto los instrumentos jurídicos internacionales de derechos humanos, como la Constitución y la ley procesal penal citados. No cabe duda que el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales ofrece los máximos resguardos para asegurar que el imputado tome conocimiento de la acusación que contra él recae, al prescribir que: «*El auto será **motivado** y contendrá en forma precisa los **hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación**, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado*».

En otras palabras, la obligación de motivación del Juez penal al abrir instrucción, no se colma únicamente con la puesta en conocimiento al sujeto pasivo *de* aquellos cargos que se le dirigen, sino que comporta la ineludible exigencia que la imputación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamentan, y no como en el presente caso en que se advierte una acusación genérica e impersonalizada, que limita o impide a los procesados un pleno y adecuado ejercicio constitucional del derecho de defensa.

En este sentido, cuando el órgano judicial superior jerárquico ordena abrir instrucción, ello no exonera al *a quo* de fundamentar lo ordenado, de conformidad con los requisitos previstos en el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, al haber omitido el Juez penal la formalización de cargos concretos, debidamente especificados, contra todos y cada uno de los beneficiarios, lo que denota una ausencia de individualización del presunto responsable, en los términos anteriormente expuestos, ha infringido el deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, lesionando el derecho de defensa de los justiciables, al no tener éstos la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se les atribuye, en función del artículo 139°, inciso 5 de la Constitución Política del Perú.

4. Posibles cautelas para evitar o reducir el error judicial

El tema del error judicial en la parcela delictiva analizada requiere un cambio de énfasis. No se puede alcanzar un conocimiento completo solo por medio del contenido de la prueba de cargo. Las lecciones sobre los casos de revisión de sentencias deben estandarizarse y las cautelas ser reforzadas regularmente, de manera tal que promuevan hábitos en la mente. En efecto, se pueden obtener lecciones más profundas por medio del estudio de los casos reales. Varios casos del pasado ofrecen grandes oportunidades para apreciar donde se originan los errores. La casuística es especialmente importante para exhibir los contextos sociales y mediáticos y para observar cómo los errores fueron resueltos posteriormente. A partir de lo expuesto postulamos las siguientes cautelas:

1.- Muchas presentaciones públicas sobre la comisión del hecho punible son excesivamente dramatizadas o parcializadas. Uno debe mantener una distancia crítica frente a las descripciones que monumentalizan a los héroes y villanos en base a una historia idealizada o únicamente expuesta desde una perspectiva. En este sentido la Corte Suprema emitió el Acuerdo Plenario N° 3-2006/CJ-116, del trece de octubre dos mil seis, en el que subraya que la Constitución, en su artículo 2°, numeral 4), reconoce y considera un derecho fundamental común a todas las personas las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social. Son sujetos de este derecho la colectividad y cada uno de sus miembros, no son sólo los titulares del órgano o medio de comunicación social o los profesionales del periodismo.

Desde luego, el ejercicio de este derecho fundamental -dado el carácter o fundamento esencial que ostenta en una sociedad democrática [v.gr.: STEDH, Asunto Worm vs. Austria, del 29.8.1997, § 47]- modifica el tratamiento de los delitos contra el honor en aquellos supuestos en los que las conductas objeto de imputación en sede penal han sido realizadas en el ejercicio de dichas libertades. Como es evidente, por lo general se presenta un problema entre la protección constitucional de dichas libertades y el derecho al honor, dada su relación conflictiva que se concreta en que el derecho al honor no sólo es un derecho fundamental sino que está configurado como un límite especial a las libertades antes mencionadas -tiene una naturaleza de

libertad negativa, que en el Derecho penal nacional se aborda mediante la creación de los tres delitos inicialmente mencionados- [«Los delitos cometidos por medio del libro, la prensa y demás de comunicación social se tipifican en el Código Penal y se juzgan en el fuero común»: segundo párrafo del numeral 4) del artículo 2o Constitucional].

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa vs. Costa Rica, del 2 de julio de 2004, precisó que el derecho a la libertad de expresión y de pensamiento no es absoluto, cuyas restricciones deben cumplir tres requisitos, a saber: 1) estar destinadas a proteger ya sea los derechos o la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o moral pública; y 3) deben ser necesarias en una sociedad democrática.

La solución del conflicto pasa por la formulación de un juicio ponderativo que tenga en cuenta las circunstancias de cada caso en particular y permita determinar que la conducta atentatoria contra el honor está justificada por ampararse en el ejercicio de las libertades de expresión o de información. La base de esta posición estriba en que, en principio, los dos derechos en conflicto: honor y libertades de expresión -manifestación de opiniones o juicios de valor- y de información -imputación o narración de hechos concretos-, gozan de igual rango constitucional, por lo que ninguno tiene carácter absoluto respecto del otro [ambos tienen naturaleza de derecho-principio]. A este efecto, uno de los métodos posibles, que es del caso utilizar para el juicio ponderativo, exige fijar el ámbito propio de cada derecho, luego verificar la concurrencia de los presupuestos formales de la limitación, a continuación valorar bajo el principio de proporcionalidad el carácter justificado o injustificado de la injerencia y, finalmente, comprobar que el límite que se trate respeta el contenido esencial del derecho limitado.

Una vez determinados legalmente la concurrencia de los presupuestos típicos del delito en cuestión -paso preliminar e indispensable-, corresponde analizar si se está ante una causa de justificación -si la conducta sujeta a la valoración penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información-. Es insuficiente para la resolución del conflicto entre el delito contra el honor y las libertades de información y de expresión el análisis del elemento subjetivo del indicado delito, en atención a la dimensión pública e institucional que caracteriza a estas últimas y que excede el ámbito personal que distingue al primero.

En nuestro Código Penal la causa de justificación que en estos casos es de invocar es la prevista en el inciso 8) del artículo 20°, que reconoce como causa de exención de responsabilidad penal «El que obra [...] en el ejercicio legítimo de un derecho..», es decir, de los derechos de información y de expresión. Estos derechos, o libertades, pueden justificar injerencias en el honor ajeno, a cuyo efecto es de analizar el ámbito sobre el que recaen las frases consideradas ofensivas, los requisitos del ejercicio de ambos derechos y la calidad -falsedad o no- de las aludidas expresiones.

Un primer criterio, como se ha expuesto, está referido al ámbito sobre el que recaen las expresiones calificadas de ofensivas al honor de las personas. La naturaleza pública de las libertades de información y de expresión, vinculadas a la formación de la opinión ciudadana, exige que las expresiones incidan en la esfera pública -no en la intimidad de las personas y de quienes guarden con ella una personal y estrecha vinculación familiar, que es materia de otro análisis, centrado en el interés público del asunto sobre el que se informa o en el interés legítimo del público para su conocimiento-. Obviamente, la protección del afectado se relativizará -en función al máximo nivel de su eficacia justificadora-cuando las expresiones cuestionadas incidan en personajes públicos o de relevancia pública, quienes, en aras del interés general en juego, deben soportar cierto riesgo a que sus derechos subjetivos resulten afectados por expresiones o informaciones de ese calibre -más aún si las expresiones importan una crítica política, en tanto éstas se perciben como instrumento de los derechos de participación política-: así lo ha reconocido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia Herrera Ulloa, del 2 de julio de 2004, que tratándose de funcionarios públicos ha expresado que su honor debe ser protegido de manera acorde con los principios del pluralismo democrático. En todos estos casos, en unos más que otros, los límites al ejercicio de esas libertades son más amplios.

El otro criterio está circunscrito a los requisitos del ejercicio de las libertades de información y de expresión. Se ha respetar el contenido esencial de la dignidad de la persona. En primer lugar, no están amparadas las frases objetiva o formalmente injuriosas, los insultos o las insinuaciones insidiosas y vejaciones -con independencia de la verdad de lo que se vierta o de la corrección de los juicios de valor que contienen-, pues resultan impertinentes -desconectadas de su

finalidad crítica o informativa- e innecesarias al pensamiento o idea que se exprese y materializan un desprecio por la personalidad ajena. Es claro que está permitido en el ejercicio de las libertades de información y de expresión que se realice una evaluación personal, por desfavorable que sea, de una conducta, pero no lo está emplear calificativos que, apreciados en su significado usual y en su contexto, evidencian menosprecio o animosidad.

En segundo lugar, el ejercicio legítimo de la libertad de información requiere la concurrencia de la veracidad de los hechos y de la información que se profiera. Debe ejercerse de modo subjetivamente veraz [el Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 0905-2001-AI/TC, del 14.8.2002, ha precisado al respecto que el objeto protegido de ambas libertades es la comunicación libre, tanto la de los hechos como la de las opiniones -incluye apreciaciones y juicios de valor-; y, tratándose de hechos difundidos, para merecer protección constitucional, requieren ser veraces, lo que supone la asunción de ciertos deberes y responsabilidades delicadísimos por quienes tienen la condición de sujetos informantes]. Ello significa que la protección constitucional no alcanza cuando el autor es consciente de que no dice o escribe verdad cuando atribuye a otro una determinada conducta -dolo directo- o cuando, siendo falsa la información en cuestión, no mostró interés o diligencia mínima en la comprobación de la verdad -dolo eventual-. En este último caso, el autor actúa sin observar los deberes subjetivos de comprobación razonable de la fiabilidad o viabilidad de la información o de la fuente de la misma, delimitación que debe hacerse desde parámetros subjetivos: se requiere que la información haya sido diligentemente contrastada con datos objetivos e imparciales [El Tribunal Constitucional, en la sentencia N° 6712-2005-HC/TC, del 17.10.2005, precisó que la información veraz como contenido esencial del derecho no se refiere explícitamente a una verdad inobjetable e incontrastable, sino más bien a una actitud adecuada de quien informa en la búsqueda de la verdad, respetando lo que se conoce como el deber de diligencia, y a contextualizarla de manera conveniente; es decir, se busca amparar la verosimilitud de la información].

No se protege, por tanto, a quienes, defraudando el derecho de todos a recibir información veraz, actúen con menosprecio de la verdad o falsedad de lo comunicado, comportándose irresponsablemente al

transmitir como hechos verdaderos simples rumores carentes de toda constatación o meras invenciones o insinuaciones insidiosas; las noticias, para gozar de protección constitucional, deben ser diligencias comprobadas y sustentadas en hechos objetivos, debiendo acreditarse en todo caso la malicia del informador.

Es de destacar, en este punto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional español –entre otras muchas, la sentencia número 76/2002, del 8.4.2002 (§ 3)– que ha puntualizado que el específico deber de diligencia es exigible con diferente grado de intensidad en función de que la noticia se presente como una comunicación neutra, en cuanto procedente de la originaria información de otro medio de comunicación o fuente informativa, de la que simplemente se da traslado, o bien de que se trate de una información asumida por un medio periodístico y su autor como propia, en cuyo caso el deber de diligencia para contrastar la veracidad de los hechos comunicados no admite atenuación o flexibilidad alguno, sino que su cumplimiento debe ser requerido en todo su rigor.

Para los supuestos de reportaje neutral el deber de diligencia se satisface con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende en principio a la necesidad de acreditar la verdad de lo declarado, aun cuando se exige la indicación de la persona –debidamente identificada– que lo proporciona [a éste se le exige la veracidad de lo expresado], siempre que no se trate de una fuente genérica o no se determinó quién hizo las declaraciones, sin incluir opiniones personales de ninguna clase. Por lo demás, no se excluye la protección constitucional cuando media un error informativo recaído sobre cuestiones de relevancia secundaria en el contexto de un reportaje periodístico.

Otra ponderación se ha de realizar cuando se está ante el ejercicio de la libertad de expresión u opinión. Como es evidente, las opiniones y los juicios de valor –que comprende la crítica a la conducta de otro– son imposibles de probar [el Tribunal Constitucional ha dejado expuesto que, por su propia naturaleza, los juicios de valor, las opiniones, los pensamientos o las ideas de cada persona pueda tener son de naturaleza estrictamente subjetivas y, por tanto, no pueden ser sometidos a un test de veracidad, Sentencia del Tribunal Constitucional Nº 0905-2001-AA/TC, del 14.8.2002], Por tanto, el elemento ponderativo que corresponde está vinculado al principio de

proporcionalidad, en cuya virtud el análisis está centrado en determinar el interés público de las frases cuestionadas -deben desbordar la esfera privada de las personas, única posibilidad que permite advertir la necesidad y relevancia para lo que constituye el interés público de la opinión- y la presencia o no de expresiones indudablemente ultrajantes u ofensivas, que denotan que están desprovistas de fundamento y o formuladas de mala fe -sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y, por tanto, innecesarias a ese propósito, a la que por cierto son ajenas expresiones duras o desabridas y que puedan molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige-.

2.- El Juez Penal debe ser ante todo coherente con una línea de pensamiento, desde la cual debe identificar en sus decisiones y resoluciones cuál es el error, y dentro de su marco legal y discrecional buscar y aplicar los mecanismos que le permitan superar los obstáculos presentados, minimizando su temor del qué dirán si enmienda de oficio o a pedido de parte el error judicial. Esta vigilancia, fomentada por los sujetos procesales, permitiría captar la lógica del error para construir luego la lógica del descubrimiento de la verdad como polémica contra el error y así sucesiva y permanentemente con las nuevas, propensas e inestables verdades que postulan los sujetos procesales.

3.- Debemos acentuar la capacidad de transpolar conceptos y métodos garantistas propios del nuevo Código Procesal Penal, a los procesos penales que todavía siguen los errores legalizados, esto es, lo propio de un proceso penal inquisitivo y fuente de por sí de graves errores judiciales, con el objetivo de que al ser arrancados de su contexto original inquisitivo, puedan adquirir nuevos herramientas garantistas. En este sentido, los nuevos consensos plasmados en los acuerdos plenarios deben ser aplicados, cual ley penal, retroactivamente a casos anteriores, en los que por un criterio superado y errado fueron condenados o se les aplicó una pena agravada.

4.- El ejercicio de la vigilancia debe ser constante y tendiente a subordinar formalismos a un examen continuo sobre las condiciones y los límites de su validez de un proceso penal, lo que no implica aferrarse a una obediencia incondicional a un órganon de reglas lógicas. Llegado a este punto, debemos entender la verdad como una «Teoría del Error Rectificado».

5.- Es recomendable efectuar un paréntesis en la praxis judicial para replantear y evaluar la necesidad de romper con las prenociones del sentido común, así la praxis judiciales o decisión del superior debe suponer una ruptura con las prenociones del sentido común por el hecho de que el descubrimiento de la verdad no se reduce nunca a una simple lectura de lo real, dada la complejidad del *factum*.

6.- La tradición disciplinar, mayoritariamente, puede llegar a ser un mal consejero para el abordaje de las nuevas formas delictivas. La palabra tradición supone una valoración despectiva al ser equiparada con el encasillamiento y la ortodoxia estática. En definitiva, condicionado por su propia tradición disciplinar inquisitiva, el Juez no construye su objeto de conocimiento, sino que puede forzar los hechos para ser acoplados a sus apriorísticas categorías.

7.- En la proposición: «El hecho se construye» subyace la concepción de que el sujeto y el objeto interactúan y de que de este proceso surge como síntesis el hecho, que puede identificarse con el producto de la prueba actuada y con el conocimiento jurídico penal, lo que resulta mejor, a decir que «El hecho se descubre», que implica que ya está dado por lo cual al sujeto sólo le competería desenfundar un objeto ya preconcebido; en efecto, tiene como efecto negativo que el sujeto cumpliría un rol más pasivo.

8.- El pretender la neutralidad o la objetividad es un propósito que no está en el devenir natural de las cosas. Entonces, ¿cómo salir de esa subjetividad para que el producto final adquiera visos de objetividad? Compartiendo dicha subjetividad y la experiencia acumulada. Esto es, comunicando y transmitiendo. El conocimiento, saliéndose de la experiencia individual, ha de utilizar un lenguaje para que sea controlable y plasmable en un repertorio jurisprudencial, así cada Juez Penal debe fijar con antelación sus criterios en cada materia y que de contar con una alta carga de subjetividad en materia de delitos execrables, es mejor que se aparte del caso.

9.- Los hechos, o lo que sucede en el mundo no tiene por qué tener una consecuencia manifiesta o tener aparejada una inferencia delictiva. Es más, generalmente, nuestras inferencias no tienen casi nada que ver con lo que sucede en realidad. Nuestro lenguaje y nuestras inferencias, nos suelen jugar malas pasadas al respecto, dando como consecuencia ¿conocimientos falsos? Esos falsos conocimientos fueron tenidos por ciertos en su día y, aunque eran falsos, eran altamente

convincentes; pues el contravenirlos significaba, en muchas ocasiones, quedar expuesto al escrutinio y posible sanción.

10.- Sólo la ponderación objetiva de las evidencias, un razonamiento altamente estructurado y coherente y una modificación de la coyuntura mediática, pudieron contradecir aquellos postulados y reiniciar una praxis judicial más garantista; por lo que, debemos ponderar la necesidad de hacer un paréntesis a fin de equilibrar el contexto resolutivo, lo que pedestremente se llama enfriar el caso.

11.- La praxis judicial no debe aceptar nada que no se pudiera demostrar o refutar de algún modo. La demostración consiste en probar (aportar pruebas) de lo que se niega o se afirma. El aporte de pruebas, tampoco quiere decir que un enunciado sea verdadero o falso, simplemente da veracidad, a nuestros ojos, sobre aquel. Una prueba nos dice que un enunciado dado es correspondiente a la realidad sólo en aquello que nos representa o refleja la prueba mostrada. Debemos distinguir prueba de testimonio porque las personas pueden mentir, ser engañadas o, lo que es peor, engañarse a sí mismas (lo que sucede con cierta frecuencia).

Asociar pruebas con enunciados para hacerlos conocimientos es una percepción de veracidad; y la percepción de esa veracidad no significa necesariamente la verdad. Para nuestro conocimiento judicial, el mundo es un compendio de fenómenos de difícil manejo en nuestra mente. Por la dificultad en acceder a un número de pruebas satisfactorias y por tener un sistema limitado de almacenar y procesar información, ya que debemos ajustarnos a un plazo razonable, resulta más probable que estemos equivocados si condenamos que estemos en lo cierto.

12.- Las pruebas las hay de muy diverso tipo y de diferente nivel de análisis de la realidad. La «calidad» de la prueba es importante, pero lo es más la calidad atribuida por nuestro pensar, de esta forma, sin llegar al extremo de volver a las pruebas tasadas, implícitamente las pruebas son pasibles de ser catalogadas en función a su mayor o menor credibilidad. Entre las distintas pruebas que nos podemos encontrar que confirman, de algún modo, el conocimiento humano están: i.- Las pruebas del tipo acumulativo, donde se suman una serie de hechos 'iguales' o repetidos para extrapolar un enunciado general. Son los métodos inductivos; ii.- Las pruebas racionales o lógico-deductivas, consistentes en que, a partir de unos axiomas o premisas

priores, se desglosan formalmente una serie de inferencias y razonamientos; iii.- Las pruebas del sentido común, donde lo que hace o piensa la mayoría de las personas cobra especial importancia. Las pruebas basadas en la evidencia, cuya certeza se encuentra en una percepción incuestionable o que no hay dudas al respecto (algo es igual a sí mismo); y iv.- Las pseudopruebas, o pruebas que se atribuyen su verdad sin corroboración ni comprobación. Es decir, son admitidas bajo un grado de credibilidad. Pueden ser: Testimoniales de oídas: «escuché esto de tal persona» Suposiciones: «supongo que el inculpado como estuvo presente, también concertó».

13.-El conocimiento judicial no se basa en la percepción de verdad que tengan los sujetos procesales; sino que aspira a la verdad con independencia de quién lo formula, dicho de otra manera, es un intento por construir, mediante el riguroso control de las pruebas que se aportan, un conocimiento comprobado, verificado y sometido a los contra indicios o pruebas de falsación.

14.- Lo que caracteriza a una decisión judicial son la clase de pruebas que aporta y cómo las consigue. Las pruebas que se suelen manejar son, entre otras, del tipo acumulativo y lógicas-deductivas. Cada una de ellas exige un riguroso control, un intento de imparcialidad, un orden y sistemática, unos protocolos de verificación o falsación y un acceso comunicativo a los resultados que se obtengan, esto es, que sean capaces de alcanzar un consenso y reexamen por el Superior Jerárquico.

15.- Si sólo contamos con una prueba para apoyar nuestro conocimiento, fácilmente éste se verá sesgado y limitado. A su vez, reducida nuestro procesamiento de información, tampoco puede llevar miles de pruebas y de evidencias cada vez que quiera acometer algo. En consecuencia, tratándose de un único indicio este debe detentar una entidad probatoria cualificables, y en el caso del relato incriminatorio del colaborador eficaz, se debe contar con corroboración periférica, y pasar revista y analizar bajo que exigencias probatorios se validó su versión en el proceso de colaboración eficaz.

16.- Un modelo es un caso o un ejemplo que aspira a explicar el sistema de casos, si no totalmente, si al menos de una forma ilustrativa y didáctica. O bien, el modelo puede definirse en términos de predictibilidad.

17.- «Enfrentar la incertidumbre» es un llamado a los jueces desde la óptica de la certeza; es decir, que tiene la responsabilidad de generar estrategias para acometer la construcción del *factum* o su control respecto del iter probatorio observado por el titular de la acción penal, y el dilucidar algunos aspectos el *thema probamdun*.

18.- Establecer una relación de control mutuo entre el titular de la acción penal y el imputado, teniendo como estructura expedita un sistema garantista.

19.- Es consustancial a la actividad del Juez y en general del proceso penal el reconocimiento de un principio de incompletud y de incertidumbre en el seno del *thema decidendi*; ante el cual se ha de aspirar a un saber no parcelado, no dividido, no reduccionista, evitando un conocimiento o acción unidimensional y mutilante, ejemplo, paradigmático de ello, es que únicamente se pondera como relevante las pruebas de cargo, limitándose a enumerar las pruebas de descargo, pero sin motivar porque lo descarta, siendo inadmisible el facilista recurso de afirmar que no resultan plausibles los argumentos de descargo, ya que se explican por su derecho a no autoincriminarse o que son alegatos de defensa.

20.- El paradigma garantista orienta, gobierna y controla la organización de nuestros razonamientos lógico jurídico. Es organizador del proceso penal en tanto gobiernan los principios y garantías del debido proceso y comporta un múltiple enraizamiento desde la etapa incipiente del proceso penal o postulatoria del proceso penal, teniendo presente que el *factum* son al mismo tiempo convergentes y conflictivos.

21.- Para evitar o reducir los márgenes de error, se hace necesario reconocer las imperfecciones, debilidades, preconceptos y errores del proceso penal y Juzgadores. No subestimar estos componentes, enseñar a reducirlos controlarlos y dialogar con el error.

22.- El abordaje del conocimiento del *factum* no puede partir de la nada, así el avance del conocimiento consiste en la modificación del pensamiento anterior, en efecto, la intuición intelectual y la imaginación son muy importantes, pero no son confiables, pueden mostrarnos las cosas muy claras y distintas pero conducirnos a error.

23.- El tren del nuevo modelo procesal ya ha comenzado su marcha y no podemos limitarnos, pasivamente, a observarlo. No solamente es posible abordarlo para evitar penosas marchas a pie,

sino que también es posible que pasajeros de última hora, pero frescos y con ingenio disciplinado, puedan enriquecer algunos de sus trayectos. Definitivamente no se puede partir de cero o, mucho peor, no se puede pretender ignorar la gran cantidad de teorías y proposiciones procesales que están en la discusión. Existen, están ahí y pueden sèr de gran utilidad en la formación de los inexpertos y expertos. En este sentido, hay que reconocer que el Derecho no solo se estudia sino que se ejerce.

24.- Debemos ser críticos a la regulación legal caracterizada por el enorme casuismo. En efecto, se acude a la cuestionable técnica de la casuística excesiva, cuando la configuración de supuestos es una cuestión más bien interpretativa, fruto de un proceso de abstracción de nuestra realidad. Piénsese lo que sería un código donde todos los tipos se estructurasen de igual forma, con la consiguiente inicial inaplicación de las figuras de la autoría y participación, ante ello, aportamos ciertas pautas intelectivas en torno al contenido potencial de la norma, a fin de dotarla de racionalidad en su operatividad.

Así a la crítica a la técnica totalizadora, empleada por ejemplo para abarcar una cadena o sucesión de cómplices o instigadores, o excesos de coautores, cuando la materia no lo exige, debe primar un análisis de la imputación objetiva, excluyendo comportamientos neutrales o ontológicos, como lo es el dato fáctico de haber sido espectador o que conocía del hecho punible

La diferenciación de las conductas al margen de las anteriores precisiones resulta difícil por la ambigüedad de la expresión empleada por el juez penal y la evidente desproporcionalidad al pretender equiparar conductas de diferente sentido normativo, así por ejemplo, no puede pretender sancionar conductas consistentes en acompañar o llevar a un personaje a una reunión que no controla o no participa. De esta forma, los diferentes supuestos típicos deben ser reubicados y graduados bajos la estructura subyacente de los diferentes títulos de imputación de autores, instigadores y cómplices, previsto en los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal, y bajo los criterios de imputación objetiva, lo contrario conllevaría a la adopción de un criterio extensivo de autor, que además de colisionar con la sistemática de nuestro Código Punitivo, conllevaría al pernicioso efecto de distraer los recursos persecutorios y juzgadores a comportamiento periféricos y secundarios.

25.- La doctrina se ha centrado principalmente en las cuestiones jurídicas, en los aspectos estrictamente legales y de interpretación que suscitan las normas de la Ley Procesal Penal referidas a este medio probatorio. Pero no ha habido, en general, una preocupación por aunar ambos tipos de problemas, los jurídicos, de un lado, y los psicológicos, del otro. La necesidad de la crítica del testigo y de su testimonio se destaca a simple vista, y es de una extraordinaria importancia. La práctica judicial debería recoger las dos actitudes posibles frente a los testigos y sus testimonios: o continuar apreciándolos rutinariamente, sin método, con el subsiguiente riesgo de graves errores, o utilizar los datos de la nueva Ciencia de la prueba testifical, edificada gracias a la labor de Médicos, Psiquiatras, Juristas y Psicólogos, que intenta someter a los testigos a una crítica psicojudicial metódica, extrayendo de ella el máximo de verdad con el mínimo de error.

El primer deber de los Jueces es la comprobación de las pruebas, porque sería un contrasentido que las aceptaran a ojos cerrados. Cuanto más frágiles sean y más expuestas a error, tanto mayor es su obligación de controlarlas y ésta es una regla que particularmente obliga en materia de testimonio. Hay que buscar, por tanto, una buena orientación con los frutos de estos estudios citados, armonizándola con los avances científicos últimamente conseguidos, de manera que podamos lograr una construcción científica equilibrada de la crítica del testigo y de su testimonio y que sea eficaz a la hora de administrar Justicia.

El valor de la prueba testimonial en el proceso penal comprende dos cualidades esenciales de orden racional, que son la conciencia y la autocrítica. La primera es, prácticamente, la única que ha sido conocida y buscada en la práctica judicial, porque ésta se ha preocupado casi exclusivamente del aspecto moral de la crítica del testimonio. Hoy día, se la reconoce completamente insuficiente, pues puede conducir con facilidad a graves errores. El buen testigo no es solamente concienzudo, sino que debe, además, estar dotado de sentido crítico y saber aplicar ese sentido crítico a su propio testimonio, convirtiéndose entonces en el mejor auxiliar del Juez, si éste sabe servirse de él, naturalmente. Los datos proporcionados por el testimonio constituyen un producto que ha sido en parte recreado por el testigo. Hay una necesidad de reflexión crítica a fin de reconocer y, si es posible, corregir los errores, inevitables, y, aún más, detenerlos en su nacimiento.

Actualmente, tras este recorrido evolutivo histórico, hay que señalar que la Psicología del testimonio no se limita tan sólo al problema de la exactitud o Habilidad de la memoria del testigo, sino que entiende también que el testimonio hace referencia a un evento y contexto social, que no sólo afecta a cantidad de información retenida y recuperada por aquél, sino que, al mismo tiempo, ejerce su influencia en la calidad del recuerdo, lo que, en última instancia, está determinando la credibilidad del mismo. Esta nueva orientación de índole social, acorde con los primitivos planteamientos de F. BARTLETT, permite la conceptualización del área de la Psicología del testimonio dentro de un sistema de ejes cartesianos, en el que la abscisa representa la Habilidad del testimonio, y la ordenada la confianza o credibilidad que se puede tener en el testigo[408].

5. ¿Puede la praxis judicial ser falible y la vez ser confiable?

El derecho es una práctica social dinámica en la que se argumenta y discute, se emiten juicios que se pretenden correctos y donde se interactúan con alguna finalidad o propósito. Saber que es el Derecho, en suma, es poder dar cuenta de esta práctica social compleja[409].

El Juez Penal resuelve problemas de los hechos, muchas de las normas aplicativas del proceso penal, son expresadas en términos de reglas o máximas de la experiencia, así el inciso primero del artículo 158 del Código Procesal Penal, relieva que: «*En la valoración de la prueba el Juez deberá observar las reglas de la lógica, la ciencia y las máximas de la experiencia (...)*». Estos se entienden como reglas que típicamente apoyan el avance progresivo del conocimiento del *factum* y su confiabilidad. Debemos reconocer, por supuesto, que la práctica judicial debe apoyarse preponderantemente en informes objetivos y científicos. Similarmente, podemos desear que se eliminen las preconcepciones que afectan negativamente el abordaje del *thema probamdun*.

Efectivamente, la característica más central de la praxis judicial involucra a la necesidad de construir el *factum* de la imputación.

---

408 ROMERO COLOMA, Aurelia María, *Problemática de la prueba testifical en el proceso penal*, Civitas, Madrid, 2000, p. 15. Para mayor profundización ver la obra: *La Psicología del Testimonio*, de Antonio L. MANZANERO, Psicología Pirámide, Madrid, 2008.

409 IGLESIAS VILLA, Marisa, *El problema de la discreción judicial: Una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 16.

Podríamos recordar que la postulación de la pretensión punitiva tiene como características definitorias que son tentativas y falibles; sin embargo, la necesidad de hacer corresponder el *factum* con la prueba ofrece una base confiable para la acción de construir la verdad.

La brecha causada por la falta de certeza y por la falibilidad puede presentar una poderosa cuña persuasiva para la absolución. He aquí algunos ejemplos:

1.- A pesar de que la prueba puede proveer información de importancia para el esclarecimiento del *thema decidendi*, ella también puede errar, trayendo resultados inexactos, o a partir de la misma prueba incriminatoria puede erigirse hipótesis alternas exculpantes o minimizadoras atenuadoras, donde el procesado es degradado de la autoría o ver reducido su grado de intervención.

2.- Los errores en la praxis judicial varían considerablemente. Algunos pueden ser relativamente pequeños, como por ejemplo, el fallar en seguir apropiadamente un protocolo pericial, observar a una muestra demasiado pequeña (que no representa al todo, por ejemplo, las pericias que arrojan un resulta de sobrevaloración en base a criterios obsoletos o por el mero valor formal del inmueble. Los jueces generalmente aprenden a reducir estos errores durante su experiencia y la continua acreditación; de esta forma, debemos funcionar como un sistema extenso de chequeo y balance. Es importante saber que no todo lo que es consignado en una resolución final se convierte en hecho aceptado. Por otro lado, también pueden perfeccionar el arte de mimetizar o justificar el error, por lo que la defensa técnica debe ser óptima).

En esta línea argumental los procesos de revisión deben activarse, fundamentalmente en casos donde existió discrepancia, discordias, votos singulares o se resolvió por mayoría.

6. El error judicial y la presunción de inocencia

6.1. La garantía constitucional de la presunción de inocencia y las reglas de valoración probatoria

El derecho a la presunción de inocencia se configura en tanto que regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con

las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos, conforme lo recalca la doctrina consolidada de esta Suprema Instancia, mediante el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco-CJ/ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco. Por lo que, al momento de abordar un *thema decidendi*, la primera cuestión que se nos presenta es la relativa a que se ha de entender por prueba de cargo para desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que **la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba**, y que la prueba haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal penal, que la convicción judicial **se obtenga con absoluto respeto a la inmediación** procesal y que esta actividad y comportamiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia.

La garantía procesal de la presunción de inocencia tiene su fundamento normativo en el artículo 11 inciso 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el artículo 14 inciso 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el artículo XXVI primer párrafo de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 8 inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y el artículo 2 inciso 24 parágrafo e de la Constitución Política de del Perú.

El funcionamiento de la garantía constitucional de la presunción de inocencia exige la realización en el proceso penal de una debida operación de valoración de la prueba, la misma que se rige por los siguientes principios[410]:

a) Principio de la verdad procesal;

b) Principio de la libre valoración; y

c) El principio de la solución de la incertidumbre.

6.2. El principio de la verdad procesal

La función probatoria tiene por objeto que el juez llegue a conocer la verdad de la imputación criminal dirigida contra el acusado[411].

---

410 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, 2ª ed., Grijley, Lima, 2003. pp. 895 y 896,

411 *Ibidem*, p. 895.

Debe advertirse que en el proceso penal la verdad no equivale a la perfecta correspondencia entre la realidad y la imputación criminal; el proceso penal, como toda obra humana, es limitado e imperfecto; en este solamente se alcanza la llamada verdad judicial[412].

La verdad judicial es normativa porque se construye sobre la base de reglas que disciplinan la operación probatoria del juez[413].

6.3. El principio de la libre valoración

Dentro de los diversos sistemas probatorios que existen en el derecho procesal está el sistema de libre convicción o libre valoración que tiene principalmente dos características:

a) La libertad probatoria del juez para comprobar la imputación criminal[414] [415].

b) La conclusión de la operación probatoria debe ser consecuencia del «fruto racional de las pruebas»; la libertad de apreciación del juez tiene un límite infranqueable en el respeto a las «normas que gobiernan la corrección del pensamiento humano»[416] [417].

El sistema probatorio de libre apreciación es el empleado en el proceso penal peruano. El artículo 283 del Código de Procedimientos Penales consagra al sistema de libre apreciación de la prueba a través de la fórmula «criterio de conciencia»[418] [419].

La Corte Suprema de Justicia ha determinado el significado del sistema probatorio de libre apreciación o criterio de conciencia; un juicio racional y lógico de los jueces en el que se tiene que comprobar si la prueba de cargo quebró la presunción de inocencia, a través de las siguientes reglas de funcionamiento[420]:

---

412 *Ibidem*, p. 896.
413 *Ibidem*.
414 *Ibidem*, p. 897.
415 Sánchez Velarde, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, IDEMSA, Lima, 2004, pp. 713 a 715.
416 San Martín Castro, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 897-898.
417 Sánchez Velarde, Pablo, *op. cit.*, pp. 713 a 715.
418 *Ibidem*, pp. 715 a 720.
419 García Rada, Domingo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, 8ª ed.; SESATOR, Lima, 1984, pp. 299 y 300.
420 Ejecutorias supremas: del 7 de marzo de 1974 expedida en la Causa N° 1429-93-B; del 3 de octubre de 1988 expedida en la Causa N° 472-88; del 14 de febrero de 1994 expedida en la Causa N° 3101-93; del 13 de septiembre de 1995 expedida en la Causa N° 2392-94-B; del 14 de enero de 1999 expedida en la Causa N° 4588-98; y del 16 de abril del 2002 expedida en la Causa N° 4439-2001. Ver San Martín Castro, César, *op. cit.*, tomo II, pp. 899 y 900.

a) Mínima actividad probatoria de cargo, realizada cumpliendo ciertas exigencias:

Que la prueba haya sido obtenida sin vulneración, directa e indirecta, de los derechos fundamentales (Inutilización de las pruebas reflejas).

Que la prueba haya sido practicada en el juicio oral.

Que cuando se trate de prueba preconstituida, tiene que haber sido imposible su reproducción en el juicio oral y garantizado el derecho de defensa.

b) Valoración individual de la prueba a fin de verificar los requisitos de existencia, validez y eficacia probatoria.

c) Valoración global o conjunta del tejido probatorio a fin de establecer si permite alcanzar al juez certeza del delito y la responsabilidad penal del acusado.

6.4. El principio de solución de la incertidumbre

Este principio tiene su soporte en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Consiste en la exigencia de que la culpabilidad del acusado solamente pueda ser considerada probada si, además de existir prueba de cargo practicada con todas las garantías, su valoración permita alcanzar certeza de la realización del delito y la responsabilidad penal del acusado[421] [422].

La presunción de inocencia exige la absolución del acusado en dos supuestos:

a) La ausencia de prueba adecuada, esto es cuando las pruebas «de cargo» no han sido practicadas observando las garantías procesales de los derechos fundamentales del acusado[423] [424].

b) La insuficiencia de prueba de cargo, esto es, existe pruebas de cargo adecuadas pero no permiten al juez alcanzar certeza de la realización del delito o de la responsabilidad penal del acusado sin lograr eliminar toda duda razonable[425].

---

421 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 906.
422 Pablo SÁNCHEZ VELARDE, *op. cit.*, pp. 720 a 722.
423 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 907.
424 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La Mínima Actividad Probatoria en el Proceso Penal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1997, p. 618,
425 Manuel MIRANDA ESTRAMPES, *op. cit.*, p. 618.

6.5. Errores frecuentes en los delitos contra la Administración Pública

6.5.1. Ausencia de prueba directa

Caso paradigmático lo constituyen las acusaciones que no satisfacen la garantía de la determinación del hecho porque no se indican las circunstancias en que el acto de planificación se habría realizado.

La acusación correcta y garantizadora debe describir con la mayor minuciosidad posible todos los caracteres de modo, tiempo y lugar de la acción u omisión objeto de la requisitoria[426].

El objeto de la acusación es una descripción completa, clara y suficiente del acontecimiento histórico, que necesariamente tiene que ser observado para que ésta pueda cumplir su finalidad[427]. Así la garantía de la determinación del hecho en la acusación exige: a.- descripción clara del hecho, descripción precisa del hecho, descripción circunstanciada del hecho, espacio, tiempo, modo, etc.

6.5.2. Los problemas de eficacia probatoria del colaborador eficaz

La condición de beneficiado por un convenio de colaboración eficaz determina que el testimonio debe ser analizado desde el requisito general de conducencia o legalidad.

La conducencia es definida por el profesor colombiano Jairo Parra Quijano de la siguiente forma: «Es la idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar un determinado hecho... La conducencia es una comparación entre el medio probatorio y la ley, a fin de saber, si el hecho se puede demostrar en el proceso, con el empleo de ese medio probatorio»[428].

Hay que diferenciar dos declaraciones: la que rinde el colaborador en el proceso especial para la obtención del beneficio por colaboración eficaz, la que presta el beneficiado en cumplimiento del convenio de colaboración eficaz aprobado judicialmente, en un proceso penal al que es llamado como testigo.

---

[426] *Ibidem*, p. 21.
[427] *Ibidem*, p. 44.
[428] Parra Quijano, Jaime, *Manual de Derecho Probatorio*, Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, 1992, p. 27.

De esta forma, corresponde examinar la conducencia del testimonio de un beneficiado por convenio de colaboración eficaz. El artículo 283 del Código de Procedimientos Penales, modificado por la Quinta Disposición Final de la Ley N° 27378 (Ley que establece los beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada), introduce una limitación al sistema probatorio de la libre apreciación, al asignar valor probatorio al testimonio del colaborador[429].

«Artículo 283°.-

Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia. Tratándose de declaraciones obtenidas en los procedimientos por colaboración eficaz, para que el Juez dicte sentencia condenatoria e, inclusive, cualquier medida cautelar, resulta indispensable que las informaciones que proporcionen los colaboradores estén corroboradas con elementos de prueba adicionales que acrediten fehacientemente las incriminaciones formuladas». *(Resaltado de los defensores).*

A través de la ley se asigna al testimonio, se interpreta, del beneficiado un valor probatorio relativo, es decir, por sí solo no permite alcanzar certeza de un hecho, o si se prefiere, probarlo; requiere de otro elemento probatorio para que el juez pueda declarar como probado el hecho objeto del proceso penal[430] [431].

El testimonio del beneficiado no basta para probar los hechos, es indispensable la concurrencia de otras pruebas que permitan comprobar la realización del delito y la responsabilidad penal del acusado.

César SAN MARTÍN CASTRO, Presidente del Poder Judicial, afirma que el testimonio del beneficiado o el arrepentido necesita de «un elemento de prueba objetivo, independiente, que corrobore definitivamente las imputaciones formuladas»[432].

El autor español Manuel QUINTANAR DÍEZ exige que la declaración del arrepentido «no debe servir para formar el convencimiento probatorio»[433].

---

[429] SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 913.
[430] *Ibidem*, pp. 912 a 915.
[431] QUINTANAR DIEZ, Manuel, *La Justicia Penal y los Denominados Arrepentidos*, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996, p. 331.
[432] SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, tomo II, p. 913.
[433] QUINTANAR DIEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 331.

Si el testimonio del beneficiado, esto es, de la persona que se le ha concedido el beneficio por haberse verificado la información que proporcionó, no puede generar certeza por disposición de la ley; se entiende, como ya se dijo, por qué el testimonio de un solicitante al beneficio de colaboración eficaz, cuya información no ha sido comprobada, no puede producir certeza; lo contrario lesionaría el criterio de razonabilidad y la lógica jurídica que gobiernan la actividad probatoria.

El gran maestro alemán Karl Joseph Antón MITTERMAIER señala la razón de la limitación legal al valor probatorio del testimonio del colaborador eficaz cuando explica que el testigo sospechoso es la persona cuya deposición no parece digna de entera fe porque existen grandes motivos para sospechar que no tiene firme voluntad de decir nada más que la verdad, siendo un perfecto ejemplo de testigo sospechoso el que acepta testimoniar por una recompensa, el testigo denunciador[434].

Por otro lado, debe analizarse desde la perspectiva de la incongruencia con otros testimonios de semejante o mayor credibilidad, ya que su versión puede colisionar con otros testimonios producidos en el juicio oral.

DEVIS ECHANDÍA señala como otro requisito de eficacia probatoria del testimonio, que no existan contradicciones graves con los testimonios de otras personas que merezcan similar o mayor credibilidad. «La prueba testimonial debe ser examinada en conjunto, respecto de cada hecho y sus circunstancias de tiempo, modo y lugar... Hay que compararla en todos sus detalles, para establecer las concordancias y discordancias que existan en las diversas narraciones»[435].

Casimiro A. VARELA señala que la determinación del valor probatorio de la prueba testimonial debe establecerse en una apreciación de conjunto y no con una evaluación aislada de cada testimonio[436].

CAFFERATA NORES expresa que «será necesario, además, luego de la valoración individual de cada testimonio, cotejarlo con el resto de

---

[434] MITTERMAIER, Karl Joseph Antón, *Tratado de las Pruebas en materia criminal*, Fabián J. Di Plácido Editor, Buenos Aires, 1999, pp. 319 a 321.

[435] DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *op. cit.*, tomo 2, p. 135.

[436] VARELA, Casimiro A., *Valoración de la Prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1990, pp. 188 y 189.

las pruebas reunidas, a fin de lograr una correcta evaluación de su eficacia probatoria»[437].

6.5.3. Desconocimiento y deficiente manejo de la prueba indiciaria a partir de la sentencia del 13 de octubre del 2008, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC

El Juez Penal durante el proceso penal está constantemente inventando hipótesis explicativas, reglas generales, máximas de la experiencia, y poniéndolas a prueba, y saltando a audaces conclusiones. Por lo que, la actitud de los sujetos procesales y el Juez Penal debe consistir en efectuar un control, adelantando que su estudio está gravemente limitado: no hay, en efecto, ningún criterio a prueba de cualquier riesgo que pueda aplicarse a esos saltos inferenciales hasta las conclusiones. El problema es muy serio y difícil, ya por el mero hecho de que entre las reglas generales y el hecho punible que se infiere existe un indubitable hiato: ¿Cómo juzgar, en efecto, si un dato fáctico o hecho base encaja con referente –regla general– para dar el salto cualitativo y aseverar la configuración del hecho punible?, ¿Cómo podemos comparar la configuración de la prueba indiciaria, con evidencia empírica o convencional, si las reglas generales o convenciones que se aplican en la resolución de los procesos penales ni siquiera están formulados en lenguaje jurídico o jurisprudencial donde remitirse los juzgadores o la defensa técnica?

Déficit que es actualizado en el reciente Acuerdo Plenario N° 1-2011/CJ-116, del seis de diciembre del 2011, en el que se fija como dato estadístico de ¿absoluciones? (90%) en casos de ¿denuncias? por delitos contra la Libertad Sexual de mujeres adultas y adolescentes (de 14 a 17 años de edad), **que estima que el motivo de tal conclusión es la forma de valorar la prueba indiciaria**. A lo que nosotros debemos agregar que más que causal de absolución, el déficit en el manejo, argumentación y construcción de la prueba indiciaria, viene conllevando a la expedición de sentencias condenatorias mal construidas, que impelen a la creación de Juez avocados a exclusividad para los procesos de revisión, que desde nuestra óptica no deben activarse de parte, sino de oficio.

En efecto, no obstante efectuarse el diagnóstico glosado de corte impunidad, dada «la forma de valorar la prueba indiciaria»; empero,

---

[437] CAFFERATA NORES, José Ignacio, *op. cit.*, p. 122.

en el rubro referido a «*La prueba en el Derecho Penal Sexual*», no existe explicitación de cómo se construye una causa probable de violación sexual en base a prueba indiciaria.

6.5.3.1. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

En la sentencia recaída en el Exp. N° 1480-2006-AA/TC. FJ 2, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de precisar que: «el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos».

El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una

resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales.

6.5.3.2. Limitaciones al contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales

El Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N° 1744-2005-PA/TC), ha precisado que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos:

a) Inexistencia de motivación o motivación aparente.- Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que **no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión** o de que **no responde a las alegaciones de las partes** del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) Falta de motivación interna del razonamiento.- La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe **invalidez de una inferencia a partir de las premisas** que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando **existe incoherencia narrativa**, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) Deficiencias en la motivación externa.- El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando **las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica.** Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica DWORKIN, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse

problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para **validar las premisas** de las que parte el Juez o Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por «X», pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de «X» en tal supuesto, entonces **estaremos ante una carencia de justificación de la premisa fáctica** y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrán ser enjuiciadas por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez[438].

d) La motivación insuficiente.- Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la «insuficiencia» de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) La motivación sustancialmente incongruente.- El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera **congruente con los términos en que vengan planteadas**, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate

---

[438] Hay que precisar, en este punto y en línea de principio, que el hábeas corpus no puede reemplazar la actuación del juez ordinario en la valoración de los medios de prueba, actividad que le corresponde de modo exclusivo a éste, sino de controlar el razonamiento o la carencia de argumentos constitucionales; bien para respaldar el valor probatorio que se le confiere a determinados hechos; bien tratándose de problemas de interpretación, para respaldar las razones jurídicas que sustentan determinada comprensión del derecho aplicable al caso. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva). Y es que, partiendo de una concepción democratizadora del proceso como la que se expresa en nuestro texto fundamental (artículo 139°, incisos 3 y 5), resulta un imperativo constitucional que los justiciables obtengan de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente de las pretensiones efectuadas; pues precisamente el principio de congruencia procesal exige que el juez, al momento de pronunciarse sobre una causa determinada, no omita, altere o se exceda en las peticiones ante él formuladas.

f) Motivaciones cualificadas.- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal.

6.5.4. Un plus de motivación en materia de sentencia condenatoria en base a prueba indiciaria

Bajo tal perspectiva, si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene.

Justamente, por ello, resulta válido afirmar que si el juez puede utilizar la prueba indirecta para sustentar una sentencia condenatoria,

y si ésta, a su vez, significa la privación de la libertad personal, entonces, con mayor razón, estará en la obligación de darle el tratamiento que le corresponde; solo así se podrá enervar válidamente el derecho a la presunción de inocencia, así como se justificará la intervención al derecho a la libertad personal, y por consiguiente, se cumplirán las exigencias del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, conforme a las exigencias previstas por el artículo 139°, inciso 5, de la Constitución. En ese sentido, lo mínimo que debe observarse en la sentencia y que debe estar claramente explicitado o delimitado son los siguientes elementos: el *hecho base o hecho indiciario*, que debe estar plenamente probado (indicio); el *hecho consecuencia o hecho indiciado*, lo que se trata de probar (delito) y entre ellos, el *enlace o razonamiento deductivo*. Este último, en tanto que conexión lógica entre los dos primeros debe ser directo y preciso, pero además debe responder o sujetarse plenamente a las reglas de la lógica, a las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos.

6.5.5. Ejemplo paradigmático de arbitrariedad en la construcción de una sentencia condenatoria en base a prueba indiciaria

6.5.5.1. Antecedentes (Ejecutoria Suprema del 22 de enero del 2007)

6.5.5.1.1. Descripción de los hechos

La ejecutoria suprema señala que «del análisis y valoración de la prueba acopiada en la instrucción como lo debatido en el juicio oral, se ha llegado a determinar fehacientemente que el 5 de marzo de 2005, después de haber realizado sus labores cotidianas la acusada en el gimnasio que había contratado, retornó a su domicilio ubicado en la Calle Las Magnolias N° 155, Urb. Entel Perú, San Juan de Miraflores, a las 3 de la tarde, ingiriendo un almuerzo ligero, quedándose dormida después de ver la televisión, despertándose cuando percibió que tocaban la puerta de su casa, ingresando y saliendo inmediatamente su hermano Luis Augusto después de coger el skate, quedándose sola la acusada realizando varias actividades al interior, siendo la más resaltante (...), el de probarse la ropa que había adquirido con anterioridad, sacando el espejo ubicado en el baño y llevarlo a la sala; que, cuando la acusada se estaba probando la ropa, hace su ingreso la agraviada [María del Carmen Hilares Martínez] como a las 9 de la noche, cerrando con llave la puerta principal, produciéndose un incidente entre ambas por haber sacado el

Penales Permanentes y Transitorias, incidiendo en el espectro aplicativo de las reglas de excepción de la ratificación y examen de los peritos, con especial mención de los delitos contra la Administración Pública que se vienen tramitando ante el sub sistema anticorrupción.

Entre las interrogantes que guiarán el desarrollo del presente artículo emergen las siguientes:

1.- ¿Cuál es la virtualidad procesal de las pericias cuyos peritos suscriptores no fueron examinados durante el juicio oral?

2.- ¿Resulta plausible sustentar una sentencia condenatoria en base a una pericia no ratificada o cuyos profesionales suscriptores no fueron examinados durante el plenario?

3.- ¿Cuáles son los alcances de la excepcionalidad del examen de los peritos en el plenario en relación a los delitos contra la Administración Pública?

8.3. Delimitación de la discusión

8.3.1. Origen del debate

La problematización en torno a *la virtualidad procesal de pericias no ratificadas* -que tiene como elementos definitorios su *complejidad y especiales características*-, está referido a los supuestos de no disponibilidad o ausencia de los señores peritos -con especial referencia cuando se trata de pericias institucionales o emitidas por órganos oficiales- durante el desarrollo del juicio oral, por cuanto, su concurrencia al plenario *impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia.*

Inconvenientes que conllevaría a su no actuación en el juicio oral, su sede natural, lo que a la postre podría ocasionar los siguientes efectos al momento de la resolución de la causa: **i).**- configuración de la causal de nulidad de la sentencia condenatoria sustentada probatoriamente, justamente, en una pericia no ratificada, al haberse infringido lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 259 del Código de Procedimientos Penales[441], y **ii).**- exclusión de la pericia no ratificada

---

[441] Artículo 259 del CdePP.: Concluidas las declaraciones de los testigos, se examinarán a los peritos o técnicos citados, tomándoseles juramento o promesa de honor de decir la verdad.

como medio de prueba, lo que viabilizaría la expedición de una sentencia absolutoria, esto último, se acentúa tratándose de procesos penales en los que se ventilan delitos en los que para su dilucidación la pericia deviene en gravitante, verbigracia, los procesos penales por enriquecimiento ilícito[442].

Ante este posible escenario resolutivo el acuerdo plenario establece, inicialmente, que la no actuación del examen pericial no es causal de nulidad de la sentencia, esto es, que la obligatoriedad a que hace referencia la ley procesal no la ata a la nulidad de la pericia en caso de incumplimiento, ni de exclusión de la pericia como medio de prueba.

8.3.2. Posturas del debate

I.- Fundamentos para la obligatoriedad del examen pericial:	II.- Fundamentos para la no obligatoriedad del examen pericial:
La obligatoriedad del examen pericial en caso de pericias pre - procesales o realizadas en sede de instrucción surge del artículo 259 del Código de Procedimientos Penales. **Esa es la regla general en materia pericial**, que concreta **el principio de contradicción**, y cuando se hace en el acto oral, que es su sede natural, adicionalmente cumple **los principios de inmediación y publicidad.**	Es razonable excepcionarlo sin mengua del contenido de los principios –principios de contradicción, inmediación y publicidad– cuando el dictamen o informe pericial –**que siempre debe leerse y debatirse en el acto oral– (i).- no requiere de verificaciones de fiabilidad adicionales** o **(ii).- cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados** que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona –primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo–, con lo que el derecho de defensa no se desnaturaliza ni se lesionan los principios de inmediación, contradicción y oralidad. En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con **un aspecto relevante documental, no es condición ineludible de la pericia** que como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio.

[442] Art. 401 del CP.: El funcionario o servidor público que ilícitamente incrementa su patrimonio, respecto de sus ingresos legítimos durante el ejercicio de sus funciones y que no pueda justificar razonablemente. 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.

8.4. Fiabilidad de la pericia

El acuerdo plenario establece como requisito para exceptuar de ratificación o examen a los peritos, que: **(i).- no requiera de verificaciones de fiabilidad adicionales** o **(ii).- cuando su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados** que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona, primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo.

Los informes periciales deben estar rodeados de suficientes garantías de fiabilidad y no solo en cuanto a su alcance o contenido, sino en cuanto a que quienes los lleven a efecto no estén influenciados por condicionantes externos[443]. Ante dichos supuesto el artículo 165 del Código de Procedimientos establece que *el inculpado puede tachar a los peritos por las mismas causas que a los testigos.* Por otro lado, *los peritos pueden excusarse por las mismas causas que permiten a los testigos negarse a prestar declaración,* conforme lo regula en artículo 164 del citado cuerpo legal.

En cuanto al supuesto de la pericia en que **su contenido está integrado por aportes técnicos consolidados** –que no solo se basan en hechos apoyados exclusivamente por la percepción de una persona, primacía del aspecto técnico sobre el fáctico perceptivo– se trata de supuesto en que se trate de pericias que respondan a conocimientos técnicos de carácter especial y sometidos a reglas científicas inderogables o leyes mecánicas cuyos enunciados no se pueden alterar por el arbitrio o discrecionalidad de los jueces[444].

8.4.1. De la inacción de la defensa técnica de cara a cuestionar la pericia y la configuración de la doctrina de la tácita aceptación

Han reconocido la validez como medio de prueba de los informes periciales efectuados por organismos oficiales hechos en el trámite de instrucción o a nivel preliminar ***si nadie propone prueba para el juicio oral sobre el mismo extremo***[445]. En efecto en el numeral 9 del ítem II (Fundamentos jurídicos), se establece que: *Si no interesan la realización del examen pericial o no cuestionan el dictamen pericial, expresa o tácitamente –lo que presupone el previo conocimiento del dictamen y acceso*

---

443 MONTÓN REDONDO, Alberto; MONTERO AROCA, Juan, y otros, *op. cit.*, p. 306.
444 RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.*, p. 229.
445 *Ibidem*, p. 230.

a sus fuentes– es obvio que su no realización en nada afecta el derecho a la prueba ni los principios que la rigen.

La prueba pericial y cuasi pericial en principio, como es norma general en toda clase de prueba, ha de ser practicada en el juicio oral quedando así sometida a las garantías propias de los principios de oralidad, publicidad, contradicción e inmediación que rigen tal acto; pero puede ocurrir que, practicada en trámite de instrucción, ***conocida así por las partes al darles traslado de la causa para calificación, nadie propusiera al respecto prueba alguna para el acto del juicio, en cuyo caso, por estimarse que hubo una aceptación*** tácita, ***ha de reconocerse aptitud a esas diligencias periciales o cuasi periciales para ser valoradas como verdaderas pruebas,*** máxime si han sido realizadas por un órgano de carácter público u oficial.

Cuando se trata de informes periciales o cuasi periciales sobre circunstancias de hechos fundamentales en la causa penal concreta que se tramite, practicados durante el sumario o diligencias previas, máxime cuando son realizados por organismos oficiales o por funcionarios públicos especializados al respecto (pruebas dactiloscópicas, informes médicos, análisis de sustancias toxicas, etc.), ***y ninguna de las partes propone prueba alguna sobre ese extremo,*** lo que motiva que en el acto del juicio oral nada se practique sobre tal particular, ha de entenderse que hay una aceptación tácita por todas las partes sobre la mencionada pericial, y ello permite que el Juzgado o Tribunal en la instancia pueda considerar como probado el hecho al que se refieren esas diligencias, realizadas durante la fase de instrucción.

Esta doctrina no cuestiona en absoluto la doctrina general atinente a que la prueba hábil para desvirtuar la presunción de inocencia debe practicarse en el acto del juicio oral ni tampoco pretende, pues no podría hacerlo respetando la Constitución, invertir la carga probatoria sobre los hechos integradores de una infracción penal, sino únicamente aclara que los hechos que deben ser objeto de prueba son los controvertidos y si sobre una determinada cuestión técnica existe un dictamen técnico en las actuaciones, emitido por Organismos Oficiales **fiables**, que no es cuestionado por la defensa, la acusación puede legítimamente prescindir de llevar al juicio oral a los técnicos informantes, en **evitación de los problemas prácticos que la reiteración de tal comparecencias conllevaría, sin que la defensa que no cuestionó el resultado de la pericia** pueda en apelación, vía

recurso de nulidad, negar con éxito su valor probatorio, precisamente porque aceptó expresa o tácitamente su resultado.

En consecuencia, no es conforme con la buena fe procesal cuestionar en los alegatos, ad portas de expedir sentencia, el dictamen pericial en base a argumentos ya identificables desde la etapa de la instrucción, o cuestionarla ante la instancia de revisión aquello que tácitamente fue admitido, pues la parte pudo cuestionar sobre el particular, y si pudo hacerlo y no lo hizo es porque aceptaba su realidad como hecho no discutido.

8.4.2. Del cuestionamiento oportuno y progresivo del dictamen pericial

El acuerdo plenario sub examine, reconoce que la actividad impugnativa de la defensa técnica puede cuestionar o atacar el aspecto fáctico -falsedad- o el aspecto técnico -inexactitud- del informe pericial. Para lo primero, sin duda, es indispensable la concurrencia de los peritos, pero para lo segundo, basta el análisis integral del dictamen pericial y, en su caso, su refutación mediante pericia de parte.

Por otro lado, si las partes solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y éstos -por cualquier motivo- no concurren, el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características del cuestionamiento formulado, la necesidad objetiva del examen pericial solicitado y los recaudos de la causa. En estos casos, la regla será la pérdida de eficacia probatoria autónoma de la pericia, a menos que las objeciones de las partes -debidamente explicitadas- carezcan por entero de entidad, por ser genéricas o formularias, o por ser tardías o extemporáneas.

Conforme a la exposición del Maestro Cesar SAN MARTÍN CASTRO[446], en cuanto a la tacha de peritos, debemos puntualizar que a diferencia del derrotero resolutivo conjuntamente con la sentencia, deberá tramitarse y ser resuelta por el Juez Instructor lo más pronto posible, para que, de ser el caso, relevarse a los peritos y designar a otros para contar con la prueba pericial necesaria en el estadio de la resolución de la causa[447]. Lo contrario conllevaría a la inevitable o

---

[446] Las clases dictadas por el Maestro César SAN MARTÍN CASTRO, en el seminario de Derecho Procesal Penal: *Análisis de los Precedentes Vinculantes de la Corte Suprema.*(Instituto de Ciencia Procesal Penal, 01al 29 de abril del 2008.)

[447] Art.165 del CdePP.: *El inculpado puede tachar a los peritos por las mismas causas que a los testigos. El Juez investigará los hechos en que se funde la tacha. Si ésta resta comprobada, nombrará otros peritos.*

inminente improcedencia de la tacha al expedirse la sentencia, ya que de lo contrario no se contaría con la prueba pericial para el momento de la compulsa y resolución del caso.

8.4.3. La acentuación de su faz documental

La solución jurisprudencial expuesta en el acuerdo plenario bajo comento postula que el informe pericial cuyos peritos suscriptores no se han ratificados o no han sido examinados durante el juicio oral **desplegara su eficacia inculpatoria en la etapa decisoria a través de la acentuación de su aspecto relevantemente documental**[448]. Desde esta faz el examen pericial consistirá fundamentalmente en su lectura, en cuanto a lo pertinente, y su debate en el acto oral.

En la medida en la que el recurrente no pretendía sino una ratificación de los peritos ante el Tribunal, los principios que garantizan el juicio justo no se verán perturbados dado que **el informe pericial fue leído en la vista, con lo que ha quedado salvaguardada, y además la defensa no pretendía combatir las conclusiones mediante el interrogatorio de los peritos, sino simplemente su ratificación, la infracción es puramente formal y no excluye el carácter probatorio de un informe pericial cuyo carácter oficial excluye toda duda sobre la identidad de sus firmantes.**

La misma calificación de meramente formalista y por ende, no necesaria, mereció la petición de la defensa de que el perito se ratificase en su informe, **que no había sido oportunamente impugnado**, estimando que fue acertada la decisión de la Audiencia de no suspender el juicio ante la incomparecencia del perito[449].

8.4.4. Los peritajes en materia de delitos contra la Administración Pública

En el marco de los delitos contra la Administración Pública, ventilados en el sub sistema anticorrupción, explícita o implícitamente, se ha venido construyendo posturas que no homologan los dictámenes o informes emanados de instituciones oficiales (propias de la etapa preliminar) con la pericia de oficio, dispuesta por el Juez Penal. Para tales efecto se esgrime la sentencia de fecha 18 de febrero del 2005,

---

[448] El examen pericial, como toda prueba ***con un aspecto relevantemente documental***, ver numeral 8 del ítem II (Fundamentos jurídicos).

[449] RIVES SEVA, Antonio Pablo, *op. cit.*, p. 232.

Exp. N° 4032-2004-AA/TC, en el que el Tribunal Constitucional estableció que *es admisible la inclusión en el proceso del «informe» cuestionado, dado que, en este caso, **no se trata de una nueva «pericia» y menos aun que esta vaya a sustituir a la pericia que como pieza propia del proceso penal** corre en el expediente respectivo, sino más bien de un medio de prueba documental sometido como tal a la valoración del juez*[450].

En este orden de ideas, tenemos los siguientes pronunciamientos:

1.- Sentencia del 5 de Febrero del 2008, Exp. N° 11 -2005, 5ta. Sala Penal Especial:	*El Informe Financiero SBS N 97 que incluye los Informes ampliatorios N° 55 y 71, emitido por el CEAF-SBS, en que se sustenta la acusación fiscal, **tiene valor probatorio referencial** al haber consignado información errada, pues los analistas técnicos no tuvieron la posibilidad de verificar la información de las entidades bancarias, tal como lo refirieron en la octava sesión.*
2.- Auto del 18 de Enero del 2007, Exp. N° 061 -2005, 2da. Sala Penal Especial:	*La pericia es un medio de prueba que consiste en la aportación de ciertos elementos técnicos por una persona versada en la materia, a fin de que se trate de dilucidar la controversia o el thema probandum que requiere de especiales conocimientos; **medio de prueba cuya trascendencia se acentúa atendiendo a las características definitorias del delito sub examine.** Elemento probatorio cuya diferenciación con otros, verbigracia informes, ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Constitucional al señalar que: «el informe cuestionado (...) no se trata de una nueva pericia y menos aún que ésta vaya a sustituir a la pericia que como pieza propia del proceso penal corre en el expediente respectivo».*

[450] A lo que debemos agregar la sentencia del 22 de Noviembre del 2005, Exp. N° 2986-2005-PHC/TC, en el que el Supremo Intérprete de la Constitución indico que: Respecto a la intervención de las psicólogas que presentaron sus informes en la etapa de investigación prejurisdiccional, debe hacer notar que éstas, posteriormente, se ratificaron en cuanto al contenido de dichos documentos, en los que además se advierte la participación del Representante del Ministerio Público y del abogado del beneficiado en el presente proceso, constando que éste último formuló preguntas a la profesional declarante. Por consiguiente, este Colegiado considera que en la medida en que dichos medios probatorios **han sido oralizados** en el proceso, con las garantías que la Constitución establece, la intervención de las psicólogas no invalida lo actuado en el proceso siendo además que el **valor probatorio de sus**

8.5. Toma de postura

1.- La prueba pericial ha adquirido fundamental importancia en el proceso penal, viabilizando y trasladando los avances de las ciencias y aportes técnicos al proceso penal, a efectos de dilucidar el *thema probandum*, acorde a ello, ha cobrado importancia superlativa para la acreditación y configuración de los elementos típicos de determinados delitos, muestra de ello, lo constituye el hecho punible de enriquecimiento ilícito. Es de tanta importancia y necesidad la pericia que, en el proceso penal moderno, podemos definirla como el medio de prueba principal y autónoma que a la vez proporciona eficacia probatoria a todos los nuevos medios de prueba que, sustentados en los avances y descubrimientos de la ciencia, acceden al proceso dentro del espacio que les brinda la libertad probatoria[451].

2.- El principio general de producción de pruebas en el juicio oral exige que la prueba pericial se practique, también, durante las sesiones del juicio oral; ello tendrá lugar, normalmente, mediante la producción del acto pericial en la vista oral, y en los casos en que no sea posible, por

---

informes será el que les otorgue el juzgador al momento de la decisión. En lo relativo a la afectación al debido proceso al no haberse aplicado el artículo 160 del Código de Procedimientos Penales, este Colegiado considera que en la medida que dicha disposición establece el nombramiento de peritos en los procesos penales, corresponde al juez seguir el trámite para tal efecto, pero ello en modo alguno enerva la posibilidad que pueda desarrollarse o presentarse peritajes cuyo valor probatorio será, como ya quedó expuesto, el que el juzgador les asigne; en todo caso, la no actuación de los peritajes dispuestos por la instancia superior también deberá ser merituada por el juez ordinario, no correspondiendo que el Tribunal Constitucional emita un pronunciamiento sobre el particular, más aún cuando la facultad de determinar la responsabilidad o inocencia de una persona es una atribución del juez penal ordinario.

451 Pensemos solamente, por vía de ejemplo, que significaría para el procedimiento probatorio la ausencia de pericias técnicas dactiloscópicas, de balística, hematológicas, de ADN, de comparación de voces, de peritación del material de grabaciones magnetofónicas, del análisis de sustancias tóxicas y estupefacientes, por nombrar solamente algunas de ellas.
Es fácil imaginar que, dadas esas circunstancias, el proceso penal quedaría huérfano de una de las categoría probatorias más importantes de los últimos tiempos y quizás, por lo menos en nuestra posición, la que decididamente tiene el mayor índice de certeza a los fines del descubrimiento de la verdad, tanto en lo que atañe a la investigación del hecho criminoso concreto como a la culpabilidad que pudo tener el imputado eventualmente. (HALL, Carlos N., *La prueba penal*, Nova Tesis, Rosario, 2004, pp. 294 y ss.).

la propia naturaleza de las operaciones o reconocimientos periciales, mediante la necesaria presencia del perito o peritos en dicho acto al objeto de ratificar el dictamen pericial elaborado durante la fase de investigación con posibilidad de ser sometidos, a su vez, a la preguntas y aclaraciones que realicen y soliciten todas las partes[452]. Sin embargo, la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo Plenario N° 2-2007/CJ-116, bajo consideraciones fundamentalmente de orden práctico[453], justifica la innecesaridad de la presencia de los peritos durante el juicio oral, proponiendo que conserve y surta valor probatorio en su aspecto relevantemente documental[454].

3.- Acorde a lo expuesto, debemos puntualizar que de cara a formar convicción en el juzgador sentenciador, la pericia en su faz documental, no puede equipararse a la fuerza de convicción propia de un dictamen pericial ratificada y cuyos peritos suscriptores han sido examinados en el plenario bajo los cánones de los principios de inmediación, oralidad, contradicción y publicidad; en este orden de ideas, una pericia de parte cuyos peritos han sabido sortear satisfactoriamente el examen del órgano juridicial sentenciador y de los sujetos procesales, deberá erigirse como un posible referente definidor del *thema probandum*.

---

[452] MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *La mínima actividad probatoria en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1997, p. 452.

[453] La presencia ineludible de los peritos que la elaboran impediría la eficacia de la función pericial de esos organismos pues se dedicarían a concurrir a cuanto órgano judicial los cite con mengua efectiva a su labor de auxilio a la justicia. (Ver numeral 9 del ítem II. Fundamentos jurídicos)

[454] En esos casos, sencillamente, el examen pericial, como toda prueba con un aspecto relevantemente documental, no es condición ineludible de la pericia –el examen– como medio de prueba válido, valorable por el juez del juicio. (Ver numeral 8 del ítem II. Fundamentos jurídicos). Al respecto el tratadista español MIRANDA ESTRAMPES señala que *su acceso al juicio oral como material probatorio valorable tendrá lugar por la vía de la prueba documental.* (Ver: MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, *op. cit.*, p. 454). Sobre su discurrir durante el juicio oral, el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales establece que: 1.- Terminados los interrogatorios de los testigos y el examen de los peritos, se procederá a oralizar la prueba instrumental. La oralización comprende la lectura o, en su caso, que se escuche o vea la parte pertinente del documento o acta. 2.- La oralización se iniciará, por su orden, a pedido del fiscal y de los defensores de la parte civil, del tercero civil, y del acusado. Quien pida la oralización indicará el folio o documentos y destacará oralmente el significado probatorio que considere útil. Si los documentos o informes fueren voluminosos, se podrá pre -indir de su lectura íntegra, ordenándose de ser el caso su lectura parcial.

4.- Desde una óptica metodológica de construcción de una doctrina jurisprudencial lo más consensuada, y a efectos de una mayor conciliación de posiciones, hubiese sido importante que el presente acuerdo plenario sub examine abordara los criterios de valoración del Tribunal Constitucional, como lo es la sentencia del 18 de Febrero del 2005, Exp. N° 4032-2004-AA/TC, en la que el Supremo Intérprete de la Constitución establece que *es admisible la inclusión en el proceso del «informe» cuestionado, dado que, en este caso,* ***no se trata de una nueva «pericia» y menos aun que esta vaya a sustituir a la pericia que como pieza propia del proceso penal*** *corre en el expediente respectivo, sino más bien de un medio de prueba documental sometido como tal a la valoración del juez.*

5.- En materia de delitos contra la Administración Pública identificamos especificidades que exige una matización en la aplicación del tantas veces citado acuerdo plenario, acentuándose la necesidad de contar con dictamen pericial ordenado generalmente durante la instrucción, y la presencia de los peritos suscriptores durante el plenario para su respectivo examen por los sujetos procesales, así como por el órgano judicial sentenciador.

6.- Establecido lo anterior, y situándonos dentro de la estructura y lógica argumental del acuerdo plenario bajo comentario, debemos indicar que todo cuestionamiento pericial debe ser oportuno y consecuente por parte de la defensa técnica de cara a solicitar en el juicio oral la presencia y examen de los peritos suscriptores, no resultando plausible, no obstante haber diseñado su estrategia de defensa sobre la validez de la pericia, ad portas de la expedición de la sentencia o en la etapa recursal, pretender objetar la fiabilidad, objetividad o idoneidad de los señores peritos. En esta materia conforme lo destaca el maestro César San Martín Castro, resulta determinante el tema de la buena fe procesal, que se riñe con cuestionamientos tardíos, máxime, si de parte de los sujetos procesales existe una aceptación tácita.

7.- Si los sujetos procesales solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y estos no concurren por motivo atendible el análisis de la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características y magnitud del cuestionamiento formulado, así por ejemplo, si los cuestionamientos versan sobre la idoneidad (formación

profesional), objetividad e imparcialidad de los peritos[455], y de encontrarse dichos cuestionamientos solventados suficientemente, no deberá ser compulsada dicho informe pericial, conllevando altas probabilidades de absolución.

8.- Si los sujetos procesales solicitan o requieren la concurrencia de los peritos y estos no concurren por motivo atendible y de encontrarse suficientemente acreditados (sorteados los filtros de idoneidad, objetividad e imparcialidad), la eficacia procesal del informe pericial estará dado por las características y magnitud del cuestionamiento formulado sobre la metodología y contenido del informe pericial, así por ejemplo, si los cuestionamientos versan sobre la no compulsa de parte de los peritos de información aportada por el acusado, la misma que resulta pertinente para su defensa, el órgano decisor en su análisis del material probatoria deberá incorporar y valorar dichos datos, casos paradigmáticos, lo constituye los procesos penales por delitos de Enriquecimiento Ilícito; o optar por el valor probatorio de la pericia que abarca la información faltante en la pericia inicial.

---

[455] Toda persona está cualificada para ser designada como perito si posee especial conocimiento, destreza, experiencia, adiestramiento o instrucción suficientes para cualificarla como un experto o perito en el asunto sobre el cual habrá de prestar testimonio. Si hubiera objeción de parte, dicho especial conocimiento, destreza, adiestramiento o instrucción deberán ser probados antes de que el perito evacue su dictamen o declare. En esta zona reina una gran liberalidad. El peritaje puede ser producto de educación formal, o de conocimientos adquiridos por la experiencia. El autodidacta está cualificado, lo mismo que el académico con doctorado. Lo importante es el conocimiento y no su fuente de origen. Por ejemplo la calificación de un médico como perito no depende del hecho escueto de si posee una licencia para practicar su profesión en determinado lugar, sino más bien de su preparación, entrenamiento y experiencia. Otro ejemplo que cita el tratadista Ernesto CHIESA y que ilustra muy bien la liberalidad en la cualificación pericial, radica en la controversia sobre la causa de un incendio en la parte delantera de un vehículo. Un agente del Centro de Investigaciones Criminales de la Policía, con experiencia en investigación de fuegos, declaró como perito que el fuego fue causado por fallas en el funcionamiento del sistema eléctrico del encendedor de cigarrillos. El Tribunal Superior revocó la sentencia que había declarado con lugar la demanda al estimar que el agente no era un perito debidamente cualificado. El Tribunal Supremo al revocar al Tribunal Superior expresó que la materia no exigía los conocimientos de un doctor en filosofía con especialidad en electricidad, sino que era suficiente la experiencia del testigo. Ver al respecto CHIESA, Ernesto, *op. cit.*, pp. 509 y ss.

9.- Si los sujetos procesales justifican la concurrencia de los peritos y estos no concurren, sin mediar motivo atendible, deberá agotarse todos los mecanismos para su concurrencia al juicio oral, acorde a ello, deberá flexibilizarse los estadios del juicio oral -acentuado su no pleclusividad- de cara a contar con la presencia de los señores peritos, sin perjuicio de los apercibimientos y responsabilidad correspondientes. De mantenerse dicha situación y de encontrarse acreditados los peritos, (sorteados los filtros de idoneidad, objetividad e imparcialidad), la eficacia procesal del informe pericial estará dada por las características y magnitud del cuestionamiento formulado al contenido del dictamen pericial.

10.- Del no examen o ratificación pericial no puede predicarse automáticamente vulneración de los principios de oralidad, inmediación y contradicción -ello no significa que si la defensa considera que debe interrogar a los peritos suscriptores no tenga derecho a hacerlo, sino, simplemente que tal interrogatorio no es condición ineludible para la validez de la prueba-, máxime si el objeto de refutación puede recaer sobre aspectos formales -ejemplo que no haya sido ratificado-, pues no está en discusión los hechos[456] sobre los que ha recaído el dictamen -supone un tácito consentimiento del mismo por la ausencia de impugnación en tiempo hábil respecto al resultado.

---

[456] La base de la opinión pericial, esto es, la base fáctica, lo hecho o datos que usa el perito para emitir sus conclusiones, en este línea de pensamiento resulta de suma importancia el tema referido a la «cadena de custodia de la evidencia», resulta ilustrativa al respecto el auto de sobreseimiento del 12 de Octubre del 2007, Exp. N° 424-06, Cuadragésimo Séptimo Juzgado Especializado en lo Penal de Lima, donde se verificó la ruptura de la cadena de custodia, restándole valor probatorio al examen pericial química forense, ello se hace explícito cuando se afirma que: El examen Pericial Química Forense arrojó positivo para benzodiacepinas, este fue realizado el día 29 de Abril del 2006 a horas 19 con 20 horas de la tarde, es decir 24 horas después de que sucedieron los hechos y luego de que la agraviada fue atendida en el Hospital de Vitarte en donde se le suministraron medicamentos conforme a la copia de su Historia Clínica, asimismo, la diligencia de recojo de la muestra (orina) no ha contado con los estándares mínimos, de la cadena de custodia, que el Sistema Penal Acusatorio ha establecido Tribunal Constitucional, por lo que en concordancia con la Directiva N° 011-2001, que regula la investigación fiscal frente al hallazgo de fosas con restos humanos que guardan relación con graves violaciones a los Derecho Humanos, que por garantizar procedimientos de acciones tendientes a la protección de valores supremo, cuanto menos es aplicable a la protección de garantías por delitos menores; en referencia que fue la propia agraviada quien llevó la muestra de orina a dicho departamento policial; y, si bien arroja positivo, este medio probatorio resulta contradictorio al resultado del Análisis Toxicológico

11.- El cuestionamiento pericial oportuno y progresivo de los dictámenes o informes emanados de instituciones oficiales, habilita la solicitud de contar con los peritos durante el desarrollo del juicio oral para su ratificación y posterior examen por los sujetos procesales, bajo los derroteros de los principio de contradicción, inmediación y publicidad, ante tal escenario el órgano judicial decisor deberá disponer la presencia de los profesionales suscriptores, exigencia que se acentúa en los casos en que los acusados no han participado en el procedimiento administrativo del que derivó el dictamen o informe oficial.

12.- En cuanto a la tacha de peritos, debemos puntualizar que a diferencia del derrotero resolutivo conjuntamente con la sentencia, deberá tramitarse y ser resuelta por el Juez Instructor lo más pronto posible, para que, de ser el caso, relevarse a los peritos y designar a otros para contar con la prueba pericial necesaria en el estadio de la resolución de la causa.

9. Error judicial al impulsar la continuación de una persecución múltiple bajo factum de imputaciones correspondientes a delitos clausurados en sede penal

9.1. Refutación del núcleo duro de la imputación o unidad constituidora del *thema probamdun* de la Acusación Fiscal de fecha 16 de mayo del 2005, y como corolario de ello, contravención del Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, que impone la obligación al órgano jurisdiccional que «los hechos imputados deben respetarse, no puede alterarse; es decir la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas»

N° 034119 practicado a la agraviada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 9 horas después de ocurrido los hechos, medio probatorio cuya obtención de la muestra, no adolece de vicio alguno al haber sido recabado por el propio nosocomio. En relación al Examen Pericial Toxicológico N° 1609-06, practicado a la taza con la que bebieron el licor, el cual da como resultado positivo para benzodiacepina, se debe tener en cuenta también que la citada pericia se ha realizado después de 4 meses de ocurrido los hechos, debido a que el recipiente fue entregado también por la propia agraviada al Ministerio Público en la etapa de investigación fiscal, sin que se haya explicado a nivel de investigación pre-jurisdiccional el porqué se retrasó en la recuperación de dicho elemento de prueba, pero que por el tiempo transcurrido desde su utilización por última vez hasta su remisión para el análisis correspondiente, desmerece la validez probatoria de las conclusiones de dicho medio probatorio por la inobservancia de la cadena de custodia de la evidencia.

Para ilustrar dicho acápite nos remitiremos a un caso modelo, en el que durante el discurrir del proceso se postuló un relato fáctico indeterminado y arbitrario, y como máxima expresión de ello, se tiene la sentencia de fecha 6 de febrero del 2006, Exp. N° 01-01, expedida por la Sexta Sala Penal Especial, en efecto se pretendió parcelar y superponer arbitrariamente sobre la base fáctica del delito de cohecho una supuesta complicidad en la comisión del delito de enriquecimiento ilícito, en efecto:

1.- Delito de Cohecho Pasivo Propio	Postulando como base fáctica: «Apreciación del Colegiado respecto a los procesados Víctor Garrido y Valencia Rosas».- 39. El colegiado en el extremo del delito de Cohecho propio debe tener en consideración que el acusado Alberto Venero Garrido **se convirtió en incondicional en el entorno de Montesinos, habiéndose convertido en el nexo entre sus requerimientos y las personas vinculadas con las licitaciones**, de manera tal que colaboró de manera directa con esté en la comisión del delito de cohecho pasivo propio, así lo ha venido reconociendo tanto a nivel de instrucción como en los debates orales, lo cual a su vez ha sido corroborado con la declaración de la testigo Matilde Pinchi Pinchi y la procesada María Angélica Arce Guerrero, ello nos lleva a establecer **que su colaboración fue decisiva en la configuración del delito por lo que su participación habría sido a título de cómplice primario**, es siendo pasible de ser sancionado, también por este delito. Sin embargo, al estar ante un concurso real de delitos la imposición de la pena se ha de realizar de conformidad con lo establecido por el artículo ochenta primer párrafo del Código Penal.	**Absuelto.**
2.- Delito de Asociación Ilícita para Delinquir	Postulando como base fáctica: En lo referente a éste delito, como ya se ha indicado su comisión, no tiene por qué vincularse necesariamente a la adquisición de bienes muebles e inmuebles o las expatriaciones y repatriaciones, pues el delito de asociación ilícita no ocurre cuando se cometen otros delitos, sino que como delito autónomo su existencia está, al margen de la consumación de otros hechos, bajo esta premisa es que se evaluará la conducta de los	**Extinguida la acción penal al ser amparada la Cosa Juzgada declarada fundada por la Corte Suprema.**

	procesados.En el juicio oral y a través de todas sus declaraciones Venero Garrido ha reconocido haber formado parte de un grupo de proveedores, lo que en principio resultaba, lícito, empero afirma, que **ese grupo pagaba comisiones a Montesinos Torres para ser favorecido en las licitaciones,** hecho que era de conocimiento pleno de los miembros de su grupo, entonces la asociación que inicialmente estaba destinada a fines comerciales lícitos en el momento en que deciden pagar, están expresando su voluntad de formar la asociación delictiva, en consecuencia ahí se tipifica dicho acto delictivo y también se consuma (conforme ha expresado el acuerdo plenario de la Corte Suprema antes mencionado y que tiene carácter vinculante). **En consecuencia, dicha organización torna sus propósitos y fija su actividad en concertaciones, pagos de comisiones, complicidad en cohecho,** en enriquecimiento ilícito, etc. Lo que le da esa condición de ser una agrupación dedicada, a la comisión de diversos delitos, resultando manifiestamente claro que formaba parte de esa organización delictiva, los que se encuentran ausentes. Existiendo entre ellos concierto de voluntades expresado por el propio acusado presente en el momento que ejercita su defensa de hecho, cuando afirma que el socio desde mil novecientos noventa y cinco, entre otros con Valencia Rosas para incursionar en la venta de material, al ejército y agrega que permanece en esa agrupación físicamente hasta mil novecientos noventa y ocho en que enferma de cáncer y se aleja para su curación, pero debe entenderse que para esa fecha ya se había consumado la comisión del delito de asociación para delinquir.»	
3.- Delito de Enriquecimiento Ilícito:	Postulando como base fáctica: «los procesados en mención han reconocido **haber pagado comisiones a favor de Montesinos Torres así como haber realizado por cuenta propia y a través de terceros repatriaciones a su favor,** por lo que queda claro que sus conductas fueron determinantes para que Montesinos Torres incrementara de manera ilícita su patrimonio, ello constituye, como no, actos de colaboración que merecen reproche penal al ser conductas, típicas, antijurídicas y culpables»	**Nulo.**

Unidad del *thema probamdun* o imputación, integrada por «3 cargos» que por mandato de la Ejecutoria Suprema de fecha 21 de abril del 2008, R.N. Nº 1366-2007 –que absolvió al procesado por el delito de Cohecho Pasivo Propio y declaró fundado la excepción de cosa juzgada por el delito de Asociación Ilícita para Delinquir– se redujo sustancialmente a una mera síntesis de la imputación del delito de cohecho, redefinido bajo los contornos del delito de enriquecimiento ilícito, a título de cómplice -¿primario o secundario?, lo que contraviene el Nº 4-2007/CJ-116, y demuestra la atipicidad, del resumen de la base fáctica propia del delito de cohecho, desde la óptica del delito de enriquecimiento ilícito, por cuanto, **el consabido carácter subsidiario y residual del delito de enriquecimiento ilícito** –cuyo presupuesto para el procesamiento por dicho ilícito **es la no posibilidad de procesar al mismo imputado por otros delitos–, lo que implica evidentemente el no juzgamiento penal por ningún otro delito que estribe en hechos insertos dentro del marco temporal comisivo del delito de cohecho o asociación ilícita para delinquir.**

Todo lo cual nos impele a formularnos las siguientes interrogantes:

a) ¿Prevaleciendo la refutación del núcleo duro de la imputación (los 2 primeros cargos), es viable, jurídico penal y procesalmente, continuar con una síntesis del delito de cohecho bajo el envoltorio de enriquecimiento ilícito carente de autonomía y que no cumple con las exigencias típicas del delito de enriquecimiento ilícito, conforme lo estableció la sentencia ejecutoriada de fecha 12 de mayo del 2006, Exp. Nº 01-2001, en la que se condenó al autor del indicado delito?

b) ¿El 3er «cargo», catalogado como complicidad de enriquecimiento ilícito, que constituye una síntesis del delito de cohecho, amerita continuar con un proceso penal en clara contravención del plazo razonable?

Consideramos que no, por cuanto, partiendo que la acusación fiscal y sentencia antes referidas, concluimos que la unidad de la imputación se redujo a una mera frase retórica y sintético del delito de cohecho, sin contenido, que dada su «naturaleza» residual no detenta autonomía punitiva desde la óptica del delito de enriquecimiento ilícito; en consecuencia, debe prevalecer la refutación de los 2 primeros cargos, que durante el decurso del proceso penal constituyo el núcleo de la imputación.

Lo expuesto, desde una óptica constitucional, constituye una limitación al contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, en efecto el Tribunal Constitucional, en el Exp. N° 3943-2006-PA/TC y antes en el voto singular de los magistrados Gonzales Ojeda y Alva Orlandini (Exp. N° 1744-2005-PA/TC) precisó que el contenido constitucionalmente garantizado de este derecho es contravenido en los siguientes supuestos, entre otros, en la **inexistencia de motivación o motivación aparente**. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que **no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión** o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, **amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico**.

9.2. Exclusión expresa - vía sentencia ejecutoriada del 12 de mayo del 2006, Exp. N° 01-2001, Sexta Sala Penal Especial, por la que se condenó al autor - de la residual y sintética base fáctica del delito de cohecho, que ahora se imputa al procesado a título de cómplice del delito de enriquecimiento ilícito; asimismo, identificación de los supuestos cómplices del delito de Enriquecimiento Ilícito

En la sentencia del 12 de mayo del 2006, Exp. N° 01-2001, por el que se condenó al autor del delito de enriquecimiento ilícito se excluyó al autor expresamente en la intervención del delito de enriquecimiento ilícito, reprochándome supuestas entregas de comisiones a Vladimiro Montesinos Torres bajo el derrotero del delito de cohecho, en efecto:

9.3. Exclusión expresa del procesado como una de las personas que intervinieron en el supuesto ocultamiento del patrimonio de Montesinos Torres

«**PRIMERO.**- Que, los cargos imputados contra el procesado por el representante del Ministerio Público consisten que en su calidad de Asesor de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia (SIN), desde que se constituyó la primera administración del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, fue perpetrando un conjunto de acciones ilícitas, hechos que conforme aparece de la Nota Diplomática número sesenta

y ocho dos mil, que fue anexaba a la comunicación del Departamento Federal de Justicia y Policía de Suiza, en dicho país al marco de una investigación realizada se hallaron cuentas bancadas a su favor disponiendo un bloqueo de cuatro cuentas bancadas abiertas en tres entidades bancadas: Banck Leunmi le-Israel (Schweiz) Zurich cuenta número doscientos veinticinco mil trescientos treinta y cuatro, por quince millones ciento sesenta y seis mil ochocientos sesenta y un mil dólares, Fibi Bank (Switzerland) Ltd. Zurich cuenta número dieciséis mil cuatrocientos ochenta y cinco, por trece millones cuatrocientos noventa y dos mil novecientos ochenta y nueve con cuarenta y nueve centavos de dólares; y en el Banque CAÍ (Suisse) SA Zurichehemals Candian Imperial Bank of Comerse (Suisse) S.A. cuenta número veinte mil seiscientos treinta y tres, por dos millones ciento cincuenta y seis mil cuatrocientos ocho dólares, entidades bancadas que se encontraban ubicadas en el Cantón de Zurich, haciendo un total de cuarenta y ocho millones ochenta mil cuatrocientos noventa y ocho con cuarenta y nueve centavos dólares americanos, **siendo su objetivo principal su ocultamiento**».

«**OCTAVO.**- Que, en este extremo el procesado Montesinos Torres en la ampliación de su declaración instructiva que obra a fojas cuarenta y un mil ochocientos siete, **refiere que con relación a los cuarenta y ocho millones de dólares que aparecen depositados en la Banca Suiza conforme fue informada por la Fiscal Cornelia Cova del Cantón** de Zurich en noviembre del dos mil, el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori, impuso como objetivo político de Gobierno las sucesivas relecciones presidenciales, que le permitiera implementar su proyecto político y para esa finalidad era indispensable disponer de recursos económicos sin tener que depender de los grupos de poder económico o de los partidos tradicionales, o de los llamados grupos de presión nacionales e internacionales por lo que se constituyó un fondo de contingencia, para que con esos recursos pudiera tener asegurado en el futuro no solamente la reelección presidencial, sino también su retorno al escenario político ante cualquier eventualidad, **ordenándole aperturar cuentas en el extranjero a efectos de canalizar en las mismas depósitos de dinero** que provenían de las comisiones que saldrían de la compra venta de armas y pertrechos para las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional del Perú y por otros conceptos que el determinara; **para dicho efecto contó con la**

participación activa de los sentenciados James Ellot Stone Cohén, Ilan Weil Lev y Zwi Sudit Wasserman sin cuya participación no hubiera podido materializar la apertura de las cuentas en Nueva York, que luego fueron canceladas y transferidas a los Bancos de Suiza y Luxemburgo, siendo el sentenciado Zwi Sudit Wasserman, Rony Lerner y James Eliot Stone Cohén quienes con sus contactos en la banca internacional posibilitaron la apertura de las cuentas corrientes en Nueva York y posteriormente en la banca de Suiza, en las cuales el acusado figura como único beneficiario, señalando que por recomendación de Zwl Sudit Wasserman y James Eliot Stone las cerró y transfirió de Nueva York a Suiza, cuentas corrientes que han sido encontradas por la Fiscal Cornelio Cova, dicho que se encuentra corroborado con la Nota Diplomática número sesenta y ocho dos mil que obra a fojas veintidós, donde informan la existencia de las cuentas debidamente traducidos: Banck Leunmi le-lsrael (Schweiz) Zurich cuenta número doscientos veinticinco mil trescientos treinta y cuatro por el monto quince millones ciento sesenta y seis mil ochocientos sesenta y un mil dólares, Fibi Bank (Switzerland) Ltd. Zurich cuenta número dieciséis mil cuatrocientos ochenta y cinco por el monto trece millones cuatrocientos noventa y dos mil novecientos ochenta y nueve con cuarenta y nueve centavos de dólares y en el Banque CAÍ (Suisse) S.A Zurich (Ehemals Candían Imperial Bank of Comerse (Suisse) S.A. cuenta número veinte mil seiscientos treinta y tres por el monto de dos millones ciento cincuenta y seis mil cuatrocientos ocho dólares, entidades bancarias que se encontraban ubicadas en el Cantón de Zurich, haciendo un total de cuarenta y ocho millones ochenta mil cuatrocientos noventa y ocho con cuarenta y nueve centavos dólares americanos».

«**NOVENO-** En cuanto al delito de **Enriquecimiento Ilícito** se entiende que existe tal Ilícito cuando se descubre que en ocasión al ejercicio de su cargo el funcionario público ha incrementado su patrimonio cuyo origen no puede justificar y por tanto resulta ilícito o mal habido, lo reprochable es el incremento injustificado; que en este caso se tomó como referencia para una base inicial los haberes que este percibía del Estado, que respecto el procesado Montesinos Torres en su ampliación de su declaración instructiva que obra a fojas cuarenta y uno mil ochocientos siete **refiere que los sentenciados Zwi Sudlt Wasserman, Rony Lerner e Levy fueron los que aperturaron cuatro**

cuentas en el Banco Swis Bank Corporation de New York, hoy UBS-AG cuentas a nombre de las Empresas Cross, International, Ranger Limited y Service Corporation, dichas personas vinieron al Perú en dos oportunidades el dos de junio y la segunda oportunidad el trece de octubre de mil novecientos noventa y ocho, conforme aparece del movimiento migratorio que obra en autos a fojas veintiséis mil cuatrocientos cuarenta y cinco, quienes vinieron específicamente para coordinar respecto a la apertura de las cuentas encontradas por la Fiscal Cornelia Cova, asimismo señala que a sugerencia de Zwi Sudit Wasserman y James Eliot Stone Cohen le otorgó poder a su co-procesado Issac Veroslaski Golber ó Itzi Varlef para que fuera a los Bancos de Suiza y Luxemburgo a recabar los estados de cuenta cada cierto tiempo o periódicamente a efectos de que pudiera enseñarle al Ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori versión que se encuentra corroborado con el Informe número cero cero dos - dos mil -IGPNP/DIRAND-Edos-VVB, con el Informe del Auditor de la Contraloría General de la República y del análisis de la documentación remitida por la Superintendencia de Administración Tributaría (SUNAT) que obra en el Anexo I, advirtiéndose también la adquisición de propiedades inmuebles valorizados en la suma de veinticinco millones ochocientos cincuenta y un mil doscientos trece dólares, de esta manera se estaría evidenciando el desbalance patrimonial así como el informe de sueldos y salarios percibidos, Cartas Rogatorias, información de Banco Wiese como la información de diversos bancos y entidades financieras».

DÉCIMO CUARTO.- Que en efecto el delito de Enriquecimiento Ilícito previsto por el artículo cuatrocientos uno del Código Penal doctrinariamente en nuestro sistema penal interno ha merecido especial cuidado en su evaluación, esencialmente referida a las fuentes del Enriquecimiento: a) puede provenir de la comisión de los delitos de función (ANGELES Y FRISANCHO citado por Fidel ROJAS VARGAS en delitos contra la administración pública); b) La segunda opción dice que el Enriquecimiento no debe provenir de delitos de función; (PRADO SALDARRIAGA y PORTOCARRERO, Hidalgo, citado por ROJAS VARGAS) y c) Que la fuente de la riqueza ilícita provenga de cualquier fuente, evidente mente la redacción de la norma penal en debate nos conduce a coincidir que debe existir un vínculo entre la fuente del Enriquecimiento y el cargo público, solo de esta manera se explica el término «por razón del cargo», sin cuya precisión la determinación de la fuente en

enriquecimiento no tendría ningún límite. En caso sub materia, resulta claro de los términos de la imputación que la fuente del Enriquecimiento sería el uso excesivo de las atribuciones de poder que por derecho o de hecho le asistía al ex asesor, con el propósito de acumular riqueza material, lo que nos conduce a establecer preliminarmente que la hipótesis de Imputación que sustenta el Ministerio Público referida a Montesinos Torres coinciden con la previsión de la norma penal que tipifica el delito de Enriquecimiento ilícito, **vale decir que no ingresamos al debate de la procedencia de la riqueza del acusado, porque está establecido que es «por razón del cargo»**; DÉCIMO QUINTO.- Que. por otro lado, estos delitos de Enriquecimiento Ilícito basan fundamentalmente su tipificación en la existencia de una evidente desproporción entre los Ingresos lícitos percibidos por el funcionario público, debidamente demostrados, y la existencia de un patrimonio desproporcionante excesivo, **cuyo origen no se conoce**, lo convierte a esta figura delictiva en la sola evidencia de un resultado o una evidencia objetiva, mas no en la perpetración de un hecho, por acción u omisión que realiza el agente, lo que ha determinado fundados comentarios inclusive sobre la naturaleza no constitucional de este tipo penal además al supuesto normativo de mala fe que determina que ante la improbanza de la procedencia lícita de un patrimonio debe considerarse que es de origen ilícito, **esta especial condición del delito origina que su naturaleza sea subsidiaria**, esto es que solo puede ser imputada a una persona cuando no se demuestra los orígenes del incremento patrimonial, lo que determina un supuesto legal negativo, vale decir la procedencia ilícita, bajo este supuesto legal, sustentado por abundante doctrina, debemos delimitar la situación jurídica del procesado Montesinos Torres en este caso, habiéndose presentado una especial y singular situación procesal y táctica. En efecto si establecemos que bajo determinadas hechos descritos por el Ministerio Público en su acusación referido al procesado, ha incurrido en el delito de cohecho, lo hizo con el evidente propósito de incrementar su patrimonio.

9.4. Inclusión del procesado como una de las personas que intervinieron en los supuestos delitos de asociación ilícita para delinquir y cohecho, por los que fue absuelto y se declaró fundada la cosa juzgada

«**SÉPTIMO.-** Que, el delito de Cohecho Pasivo Propio, se encuentra previsto en el artículo trescientos noventa y tres del Código

Penal, sanciona al funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones o el que acepta a consecuencia de haber faltado a sus deberes. Esta conducta ilícita, como elemento típico, requiere que el sujeto activo tenga la calidad de funcionario público al tratarse de un delito especial propio, exigiendo la doctrina un carácter patrimonial de los bienes, ya que el funcionario interviene actuando u omitiendo un acto oficial en violación de las obligaciones de su cargo. Los verbos rectores que contiene el supuesto de hecho son: solicitar y aceptar y como elementos finalistas; para realizar u omitir, no importando para los fines de la sanción penal, si el sujeto activo cumplió o no la realización del acto quebrantados por razones propias a él o por circunstancias externas, basta que haya solicitado o aceptado el medio corrupto».

«**DÉCIMO.-** Que, la imputación contra Montesinos Torres, se basa en la amplia descripción que hace el Ministerio Público en su acusación escrita, que ha sido reiterada en la exposición del caso al hincar este juicio oral. Resulta necesario destacar en resumen y puntualmente que se acusa a este procesado concretamente por lo siguiente: que, en su condición de asesor del Servicio Nacional de Inteligencia, asumió de facto dominio sobre diversas instituciones del Estado gobierno, procurando diversas formas de ventaja económica en su favor, una de estas formas de beneficiarse económicamente consistía en el cobro de comisiones ilegales que solicitaba determinados empresarios nacionales o extranjeros que participaban en las distintas licitaciones públicas convocadas por la Caja de Pensiones Militar Policial, las Fuerzas Armadas y el Ministerio del Interior, **a cambio de lo cual corrompía y concertaba** con altos funcionarios públicos a fin de que favorezcan a esas empresas con las licitaciones públicas, dice además que el procesado Montesinos Torres ideó las formación de grupos empresariales, conformadas por diversas personas que eran las que se beneficiaban con la ventas de las adquisiciones del Estado, menciona que la Caja de Pensión Militar Policial fue **una de las principales fuentes de ingreso ilegal, debido a que había corrompido a los funcionarios de esta entidad con el propósito de que personas vinculadas a él, encabezadas por Alberto Venero Garrido,** pudieran ganar las licitaciones que convocaba la Caja para la construcción de edificios, a través de empresas como Inmobiliaria

Venecia, Constructora San Martín, Constructora Bayobar, y Corporación Unida para que realicen los trabajos durante los años mil novecientos noventa y cuatro hasta el dios mil, por lo que habría recibido comisiones hasta por la suma de nueve millones de dólares».

«**DÉCIMO SEGUNDO.**- Que, estos mismos hechos, han también servido de fundamento fáctico para acusar al procesado Montesinos Torres por el delito de Asociación Ilícita para Delinquir, **agregando únicamente una circunstancia adicional cuando refiere que éste recibía dinero de las comisiones ilegales de Víctor Alberto Venero Garrido (representante de los cuatro grupos de empresarios) a través del uso del sistema bancario nacional e internacional, esto es mediante transferencias bancarias en las que participaron terceras personas de su entorno de confianza y familiares,** quienes coadyuvaron a la consecución del objetivo ilícito trazado por el ex asesor del Servicio de Inteligencia Nacional».

DÉCIMO SEXTO.- Que, una posibilidad teórica de condenar por ambos delitos sería si se llega a establecer que el procesado Montesinos Torres, además de los beneficios económicos que obtuvo por el delito de cohecho que se le imputa, tenga un patrimonio excedente cuya procedencia es desconocida y no resulta proporcional a sus ingresos lícitos ni a los obtenidos como consecuencia del delito de cohecho que se le acusa, caso en que efectivamente habría un incremento patrimonial adicional de origen justificado.

VIGÉSIMO.- Que corresponde a continuación avaluar si Montesinos Torres puede ser materia de sanción penal por el delito de Cohecho y por Enriquecimiento Ilícito, debido a la naturaleza de ambos delitos y la condición de existencia autónoma de cada uno de ellos. En este caso concreto estamos ante una situación contraria, pero parcial debido a que tenemos conocimiento de que cincuenta mil dólares mensuales ilícitamente obtenidos, mediante cohecho, incrementaron su patrimonio, pero igualmente ignoramos y no se ha justificado la procedencia de la mayor cantidad de patrimonio, pero igualmente ignoramos y no se ha justificado la procedencia de la mayor cantidad de patrimonio que ostentaba este acusado, por lo que debemos considerar como válida la existencia del delito de Enriquecimiento Ilícito, además probada y confesa, sin embargo no puede ser condenado por ambos delitos, debiendo subsumirse la Imputación de corrupción en Enriquecimiento Ilícito, en aplicación

de la Teoría del concurso aparente de leyes, como hemos indicado anteriormente, puesto que frente al mismo hecho tenemos la aparente prerrogativa de aplicación de dos tipos penales, sin embargo por la trascendencia del hecho, la gravedad del mismo, la condición volitiva del agente y el propio comportamiento fundamental, originan que la mayor consistencia de la imputa este en el delito de Enriquecimiento Ilícito, por lo que debe absolverse del delito de Cohecho».

9.5. Atipicidad por ausencia de *factum* exigible en materia de complicidad

9.5.1.- En este contexto de supuestos, debemos recalcar que la imputación de complicidad entraña proposiciones que denotan una real colaboración **para viabilizar el** incremento patrimonial del funcionario, **no para lograr su ocultamiento.** Por tanto, aun prescindiendo del análisis en torno a la existencia o no de dolo, **de manera objetiva,** dicha colaboración sólo es posible de imputar atribuyendo conductas anteriores al incremento ilegítimo. De lo contrario es evidente que la colaboración es ulterior y se sitúa en el plano del ocultamiento (fase de agotamiento) tal y como se estableció respecto a las hijas de Rodríguez Huertas; en efecto en la Ejecutoria Suprema de fecha 30 de Diciembre del 2004, R.N.N, 2976-2004.

10. Error judicial en materia de prueba pericial

Un caso paradigmático para ilustrar dicho apartado lo constituye la Ejecutoria Suprema del 29 de agosto de 2012, R.N. N° 2354-2010, Lima, de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema al desarrollar los siguientes ítems:

10.1. Respecto a los Informes Periciales de Oficio

En cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón de Vettori y Juan Carlos Chacón De Vettori, se advierte de autos los siguientes Informes Periciales de oficio:

i) el Informe Pericial de Oficio realizado a nivel de instrucción por los auditores Economistas Miguel Manrique Bernal y Américo Revilla Fernández, obrante a fojas treinta mil trescientos treinta y cuatro, en donde se evaluó en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil, los balances patrimoniales de los encausados Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, Aurora Isabel De Vettori De Chacón,

Luis Miguel Portal Barrantes, Cecilia Isabel Chacón De Vettori y Juan Carlos Chacón De Vettori; concluyéndose en dicho documento que: *a)* el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga evidencia un desbalance patrimonial y financiero, entre sus ingresos y gastos, de un millón diez mil ciento noventa y cuatro dólares y ciento sesenta y nueve mil ciento diecinueve soles con veintiún céntimos; debiendo indicarse que dicho examen pericial comprendió entre otros, sus ingresos percibidos en los distintos cargos que ocupó desde mil novecientos noventa y dos al dos mil, los depósitos bancarios efectuados desde mil novecientos noventa y cinco al dos mil, inversiones realizadas por la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas a través de cuatro empresas en el período mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho (Hostal Portada del Sol, Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Real Hostal Titicaca, D' VETTORI ATELIAR Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y C & H ASOCIADOS Sociedad de Responsabilidad Limitada), adquisiciones de bienes inmuebles por parte de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, adquisición de vehículos y gastos por viajes al exterior; *b)* la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas De Chacón no ha evidenciado ingresos económicos, sin embargo, conjuntamente con su cónyuge –el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga–, evidencian inversiones a través de empresas por las sumas de doscientos treinta y cinco mil quinientos trece dólares con tres centavos de dólar, más ciento setenta y seis mil ciento cincuenta nuevos soles con treinta y seis céntimos, depósitos bancarios personales y gastos por viajes al exterior, hecho que resulta contraproducente, deduciéndose que la procedencia de los mismos serían recursos de su esposo don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; *c)* los encausados Luis Miguel Portal Barrantes y su esposa Cecilia Isabel Chacón De Vettori, en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil, evidencian un desbalance patrimonial y financiero entre sus ingresos y gastos de novecientos setenta y dos mil trescientos dieciséis dólares americanos con diecisiete centavos de dólar, más nueve mil ciento ochenta y cinco nuevos soles, dicho examen pericial comprendió entre otros, sus ingresos por concepto de remuneraciones, la adquisición de inmuebles y vehículos y gastos por viajes al exterior; y *d)* el encausado Juan Carlos Chacón de Vettori en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil

evidencia un desbalance patrimonial y financiero entre sus ingresos y gastos de seiscientos veintidós mil quinientos sesenta y cuatro dólares americanos, más ciento ochenta y nueve mil nuevos soles; precisándose que dicho examen pericial comprendió entre otros, sus ingresos de remuneraciones, depósitos bancarios, préstamos a favor del Hostal Portada Del Sol Hacienda, adquisiciones, inversiones efectuadas a través de la Empresa MEC. ASOCIADOS Sociedad Anónima y gastos por viajes al exterior.

ii) la ampliación de Informe Pericial de Oficio realizada en acto oral por los peritos economistas Miguel Manrique Bernal y Américo Revilla Fernández -ordenada en audiencia pública y presentada mediante documento de fecha once de octubre de dos mil seis, obrante a fojas ochenta y cinco mil trescientos cincuenta y seis-, la cual tuvo como propósito evaluar la información complementaria remitida por las diversas entidades públicas y privadas respecto a los ingresos y gastos de los procesados materia de acusación, evaluar la información complementaria en torno a los movimientos bancarios y depósitos efectuados por los procesados, en las diversas entidades del sistema bancario nacional y cuyo detalle no haya sido incluido en el informe pericial primigenio, analizar y evaluar la información complementaria de gastos, inversiones y adquisiciones efectuadas por los acusados y que no fueran incluidos en el informe pericial primigenio; precisándose que constituyó limitaciones al desarrollo de la pericia, que los diversos bancos del sistema financiero nacional han remitido información insuficiente, respecto a la sustentación documentada de los extractos bancarios con las notas de abono, cargos, cheques y otros, dificultando su análisis integral de los depósitos y retiros. En muchos de los casos los extractos bancarios han sido remitidos en forma parcial, habiéndose repetido la misma información, sin tener en cuenta la exigencia del requerimiento; en donde se concluyó respecto a las unidades patrimoniales conformadas por los patrimonios de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón de Vettori y Juan Carlos Chacón De Vettori; que del análisis de los documentos complementarios remitidos con posterioridad a la emisión del Informe Pericial de Oficio de fojas treinta mil trescientos treinta y cuatro, se determinó que los procesados no han remitido información adicional al proceso, excepto sus declaraciones prestadas ante el Colegiado, ratificándose en sus

conclusiones primigenias; sin embargo, luego se hace una atingencia respecto al encausado Juan Carlos Chacón De Vettori, precisándose, que debido a nuevos depósitos de dineros e inversiones que tienen relación con la empresa MEC ASOCIADOS, se establece que presenta un desbalance patrimonial de orden de un millón ochocientos un mil seiscientos dólares americanos con veinte centavos de dólar más dos millones cuarenta y un mil quinientos veintisiete nuevos soles, los mismos que no se encuentran debidamente justificados ni sustentados.

10.2. Respecto a los Informes Periciales de Parte

En cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas y sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón de Vettori, se advierte de autos los siguientes Informes Periciales de Parte:

i) el Informe Pericial Contable de parte numero uno - cero uno, realizado por el Contador Público Luis Alberto Castillo Cubas, a favor de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas y la ampliación de dicho informe pericial presentados a nivel de instrucción, obrantes a fojas doce mil quinientos setenta y nueve y veinticinco mil ciento sesenta y nueve, respectivamente, en donde se concluyó que la referida sociedad conyugal al treinta y uno de mayo de dos mil dos, mantiene un patrimonio ascendente a seiscientos diez mil treinta y un dólares americanos que ha evolucionado equilibradamente en el tiempo, sustentado con recursos propios ahorrados y el financiamiento obtenido de entidades financieras y de terceros; indicándose que el cuarenta y siete por ciento del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas fue adquirido con anterioridad al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno, mientras que el otro cincuenta y tres por ciento, durante el período de enero de mil novecientos noventa y dos a mayo de dos mil dos; las actividades ordinarias y comerciales de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas que con el transcurrir de los años se ha diversificado, les ha generado en el periodo enero de mil novecientos noventa y dos a mayo de dos mil dos, ingresos ascendentes a ochocientos treinta y tres mil ciento cuatro dólares americanos, mientras que sus egresos totalizan seiscientos noventa mil doscientos veintitrés dólares americanos, advirtiéndose de los documentos peritados, coherencia en las transacciones, actividades comerciales y movimiento bancario de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, en el período de enero de mil novecientos

noventa y cinco a mayo de dos mil dos, muestra entradas de hasta novecientos siete mil quinientos sesenta y tres dólares americanos, así como salidas de ochocientos ochenta y dos mil seiscientos noventa y un dólares americanos, no obstante se precisa que los movimientos bancarios incluyen operaciones comerciales y transferencias bancarias internas.

ii) los Informes Periciales Contables de parte realizados por los Contadores Públicos Juan Pedro Mayuri Díaz y Rosa Luz Turín Chuquimantari presentados a nivel de instrucción, obrantes a fojas treinta y ocho mil setenta y cinco y treinta y ocho mil ciento seis, respectivamente, en donde se precisan que el objeto de dichos informes es dirimir la evaluación crítica del informe pericial de oficio formulado por los economistas Miguel Manrique Bernal y Américo Revilla Fernández –Auditores de la Contraloría General de la República– por el período mil novecientos noventa y dos al dos mil, y del informe pericial contable de parte número uno - cero uno formulado por el contador público Luis Alberto Castillo Cubas, respecto al examen de la situación patrimonial de la sociedad conyugal Chacón - De Vittori; concluyéndose en el primero, que la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, durante el período mil novecientos noventa y dos al dos mil, no evidencia desbalance patrimonial, al haberse establecido un patrimonio positivo equivalente a un millón seiscientos cuarenta y siete mil seiscientos ochenta nuevos soles, y a la vez un superávit de ingresos y egresos ascendente a doscientos ochenta y tres mil seiscientos veintiséis nuevos soles; mientras que en el segundo se concluye que la auditoría practicada por los economistas de la Contraloría General de la República, respecto a la situación patrimonial de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, no es una prueba objetiva que ilustre al Magistrado sobre aspectos técnicos, en donde no se actuó con independencia de criterio, ecuanimidad, equidad e imparcialidad, así como no se aplicó leyes, reglamentos, usos y costumbres de la técnica contable, indicándose que comparadas las determinaciones de ambos exámenes y verificando el sustento documentario, se determina que la sociedad conyugal Chacón – De Vettori, en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil, no muestra desbalance financiero, menos aún, desbalance patrimonial.

iii) el Informe Pericial Contable número tres - dos mil ocho, obrante a fojas noventa y tres mil doscientos cuarenta y seis, que tuvo

por objeto determinar la situación patrimonial de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas al treinta y uno de diciembre de dos mil, y determinar los ingresos y egresos durante enero de mil novecientos noventa y dos al dos mil, concluyendo que «La Sociedad Conyugal Chacón - De Vettori, al treinta y uno de diciembre de dos mil, mantiene un patrimonio ascendente a quinientos cuarenta y un mil quinientos noventa y cinco dólares americanos, que ha evolucionado equilibradamente en el tiempo, sustentado con recursos propios ahorrados y el financiamiento obtenido de entidades financieras y de terceros (...) El cincuenta y uno por ciento del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori (doscientos setenta y cuatro mil setecientos noventa y cinco dólares americanos) fue adquirido con anterioridad al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno, mientras que el restante cuarenta y nueve por ciento (doscientos sesenta y seis mil ochocientos dólares americanos) durante el período de enero de mil novecientos noventa y dos a diciembre de dos mil, se ha logrado con el trabajo, los negocios y los apoyos recibidos por la sociedad conyugal (...) las actividades ordinarias y comerciales de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, con el transcurrir de los años se ha diversificado, le ha generado en el periodo de enero de mil novecientos noventa y dos a diciembre de dos mil, ingresos ascendentes a setecientos treinta mil setecientos cuarenta y ocho dólares americanos, mientras que sus egresos totalizan seiscientos ochenta y seis mil trescientos catorce dólares americanos (...) coherente con sus actividades, el movimiento bancario de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, en el período de enero de mil novecientos noventa y cinco a diciembre de dos mil, muestra entradas de hasta por novecientos cincuenta y un mil setecientos cincuenta y cuatro dólares americanos, así como salidas de novecientos veintiséis mil doscientos ochenta y cinco dólares americanos (...).

iv) el Informe Pericial Contable número uno - cero ocho realizado por el Contador Público Luis Alberto Castillo Cubas, presentado en acto oral a fojas noventa y dos mil setecientos cuarenta, el cual tuvo por objeto determinar la situación patrimonial de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori al treinta y uno de diciembre de dos mil, y determinar los ingresos obtenidos y egresos realizados durante el período enero mil novecientos noventa y cuatro a diciembre de dos mil; concluyéndose que «la sociedad conyugal Portal – Chacón

al treinta y uno de diciembre de dos mil, mantiene un patrimonio ascendente a doscientos cincuenta y seis mil setecientos cuarenta dólares americanos que ha evolucionado equilibradamente en el tiempo, en base a recursos propios ahorrados y al financiamiento de entidades financieras y de terceros, durante los años de enero de mil novecientos noventa y cuatro a diciembre de dos mil (...)».

10.3. Pronunciamiento respecto a la sentencia recurrida

Para efectos de resolver el presente caso, la valoración de la prueba actuada en autos deberá determinar si existió o no un incremento patrimonial excesivo e injustificado del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga como consecuencia del aprovechamiento indebido de la función pública ejercida en el período de imputación (mil novecientos noventa y dos mil) –con independencia de no poderse emitir pronunciamiento de responsabilidad penal en su contra por haber sido excluido del proceso penal mediante sentencia del Tribunal Constitucional–, y de ser el caso, si los encausados doña Aurora Isabel De Vettori Rojas De Chacón, don Juan Carlos Chacón De Vettori y don Luis Miguel Portal Barrantes colaboraron con dicho incremento patrimonial ilícito en calidad de *extraneus*; de igual forma, estando a que los exámenes periciales patrimoniales de parte y de oficio han sido realizados teniéndose en cuenta las unidades patrimoniales independientes: **a)** de la sociedad conyugal de don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga - doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, **b)** la sociedad conyugal de don Luis Miguel Portal Barrantes - doña Cecilia Chacón De Vettori y **c)** de don Juan Carlos Chacón De Vittori; por lo que en el mismo sentido, esto es, por unidades patrimoniales, se procederá a la revisión de la valoración probatoria realizada en la sentencia recurrida respecto a sus patrimonios en el período de imputación, con independencia de que el encausado Chacón Málaga tenga la condición de excluido en el proceso y que la encausada Cecilia Chacón De Vettori tenga la condición de reo contumaz.

10.4. Pronunciamiento respecto al Patrimonio de la Sociedad Conyugal conformada por el excluido Don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y Doña Aurora Isabel De Vettori Rojas

La sentencia en mayoría recurrida en cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas establece lo siguiente:

i) respecto al capital adquirido por la sociedad conyugal con anterioridad al marco temporal de imputación, que: a) considerando los grados militares ostentados por el excluido Chacón Málaga durante el período de mil novecientos sesenta y nueve a mil novecientos noventa y uno, se tiene que sumado y dolarizado al tipo de cambio respectivo, sus remuneraciones percibidas en dicho período ascienden a la cantidad de ochenta y nueve mil setecientos cinco punto treinta y tres dólares americanos; b) dolarizados y sumados los montos pagados para cada uno de los inmuebles adquiridos con anterioridad al marco de imputación (inmueble ubicado en la calle veintisiete número doscientos treinta y seis - doscientos cuarenta y dos, urbanización Mariscal Castilla –segunda etapa–, San Borja, local comercial ubicado en el jirón de la Unión número ochocientos setenta, local número ciento once - nivel trescientos cuarenta y tres de la Galería Comercial «La Gran Vía» Lima, e inmueble en el jirón Pisagua número setecientos treinta y uno – setecientos treinta y cinco - Cajamarca), se tiene que dicha cuantificación asciende a setenta y cinco mil quinientos ocho dólares americanos; c) si bien no se cuenta con datos precisos sobre el *quantum* de rendimiento económico del negocio de la acusada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón (establecimientos comerciales de venta de ropa), su aporte a la sociedad conyugal habría contribuido a la educación -según ambos indican-, onerosa de sus hijos, así como a los demás gastos inherentes a una familia (alimentación, vivienda, vestido, recreación, transporte, etcétera); concluyendo la Sala Penal Superior, que con la información anotada no se evidencia que la sociedad conyugal haya ahorrado un capital de veinte mil dólares americanos, aproximadamente, disponible al año mil novecientos noventa y dos, como se sostiene en la pericia de parte (que se estima en diecinueve mil seiscientos trece dólares americanos);

ii) respecto a la disponibilidad de dinero de la sociedad conyugal durante el marco temporal de imputación evidenciada en cuentas bancarias; se establece que la referida sociedad conyugal, presenta por concepto de abonos la suma de setecientos cincuenta y nueve mil seiscientos ochenta y cuatro punto sesenta y ocho dólares americanos, no obstante considerando los flujos internos de depósitos entre las cuentas de los miembros de la sociedad conyugal, se debe descontar del monto obtenido la suma ascendente a cuarenta y cinco mil ochocientos treinta y tres punto treinta y nueve dólares americanos;

concluyéndose que la sociedad conyugal, por abonos por todo concepto, tiene la suma ascendente a setecientos trece mil ochocientos cincuenta y uno punto veintinueve dólares americanos (mil novecientos noventa y cinco - dos mil);

iii) respecto a la concreción de las inversiones por parte de la acusada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón; se indica lo siguiente: **a)** en cuanto a las inversiones en el Hostal Portada del Sol Empresa Individual de Responsabilidad Limitada; se establece que dicho Hostal se edificó en el inmueble sito jirón Pisagua número setecientos treinta y uno - setecientos treinta y cinco, Cajamarca, con una extensión de trescientos cuarenta y siete punto trece metros cuadrados, fue transferido el año mil novecientos noventa a don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón por los padres de esta última –Walter De Vettori Revilla y Olga Teresa Rojas Castañeda– en la cantidad de un mil cuatrocientos cincuenta y ocho millones ciento cincuenta y cinco mil novecientos noventa y dos intis; siendo que la edificación del Hostal se inicio el año mil novecientos noventa y seis, y el Hostal Portada del Sol Empresa Individual de Responsabilidad Limitada fue constituida como persona jurídica el veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y siete por don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga a través de su cónyuge doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, quien quedó designada como gerente, siendo inscrita en Registros Públicos el catorce de marzo del mismo año; precisándose que se hicieron hasta dos ampliaciones de la infraestructura de dicho inmueble, y que en la propia pericia de parte se indica que las inversiones realizadas en dicha empresa hasta el año mil novecientos noventa y nueve asciende a ciento nueve mil trescientos veinticinco dólares americanos; **b)** respecto a las inversiones en la empresa «D Vettori Atelier» administrada por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas; se indica que la pericia de parte cuantifica las inversiones realizadas en esta empresa en el monto de veintiséis mil ciento sesenta y cinco dólares americanos (mil novecientos noventa y siete – dos mil); y **c)** en cuanto a las inversiones del Real Hotel Titicaca Sociedad de Responsabilidad Limitada; se establece que fue constituida el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón conjuntamente con las señoras Giovanna Gina Mindani de Barra y Myrtha Isabel Vasallo Consoli, la misma

que fue inscrita en Registros Públicos el siete de diciembre del mismo año, fijándose una participación igualitaria de las tres socias; precisando que la pericia de parte cuantifica las inversiones en dinero efectuadas por la sociedad conyugal en esta empresa en setenta y nueve mil ochocientos ochenta y seis dólares americanos; concluyéndose que según la propia pericia de parte, la totalidad de inversiones efectuadas a través de Aurora Isabel De Vettori Rojas en las empresas «Hostal Portada del Sol» Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, «D Vettori Atelier» y «Real Hotel Titicaca» Sociedad de Responsabilidad Limitada asciende a doscientos quince mil trescientos setenta y seis dólares americanos;

iv) respecto a otros egresos de la sociedad conyugal; a) de la inversión en «C y H Asociados»; se establece que la referida empresa fue constituida por Escritura Pública del cinco de abril de mil novecientos ochenta y nueve, teniendo como dos únicos socios a Carlos y Hugo Arnaldo Chacón Málaga (hermanos del excluido), registrando un capital inicial de diez millones de intis y fijándose como objeto social actividades de ingeniería civil y otras, siendo el caso que conforme a la Escritura del veintidós de agosto de mil novecientos noventa y cuatro y su aclaración del seis de diciembre del mismo año, acordaron reactivar la empresa y conseguir los objetivos propuestos en su constitución, incorporando como socio al excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, además de Lucinda Málaga Bueno viuda de Chacón y Doris Chacón Málaga viuda de Gutiérrez (madre y hermana del excluido respectivamente); precisándose que la pericia de parte cuantifica los aportes efectuados por el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga a dicha empresa en la cantidad de ciento tres mil cuatrocientos noventa dólares americanos (mil novecientos noventa y cuatro - mil novecientos noventa y ocho);

v) respecto a las remuneraciones percibidas en el Perú y en el Brasil por el excluido Chacón Málaga; se establece que efectuada la dolarización de los montos respectivos, se tiene que éstos suman en el período mil novecientos noventa y dos - dos mil la cantidad de doscientos ochenta y seis mil cincuenta punto dieciocho dólares americanos (treinta y siete mil doscientos veintitrés punto sesenta y siete dólares por remuneraciones como Oficial del Ejército, sesenta y nueve mil noventa y seis dólares por remuneraciones como Agregado Militar y veinticuatro mil ciento treinta punto setenta y uno dólares

por remuneraciones como Ministro del Interior); cantidad de dinero que no difiere en demasía con la cuantificada por la pericia de parte que asciende a doscientos noventa y dos mil doscientos doce dólares americanos;

vi) respecto a los beneficios otorgados por el Ejército al excluido Chacón Málaga: combustible, chofer, mayordomo, flete por bagaje, gastos de instalación e indemnización de viaje; se establece que las referidas asignaciones detentan una naturaleza jurídica totalmente ajena a las remuneraciones, esto es, derechos patrimoniales que suponen contra-prestaciones económicas recibidas en dinero por los servicios prestados; de igual forma desestima la tesis de la defensa respecto a que los beneficios no utilizados son de libre disposición por la inexistencia de obligación de devolución;

vii) respecto a las fuentes de liberalidades; se indica que en la pericia de parte se ha expuesto que la sociedad conyugal ha sido beneficiada con significativas sumas de dinero procedentes de liberalidades a saber: quince mil dólares americanos que en el año mil novecientos noventa y cuatro le habrían otorgado al excluido producto de la repartición de lo recaudado por la venta de un inmueble testado por su señor padre, sito en la avenida B número ciento ochenta y siete, Monterrico Norte - San Borja; cincuenta mil dólares americanos recibidos por la encausada De Vettori Rojas, producto de las sumas periódicamente recibidas de su señora madre desde mil novecientos noventa y cuatro - dos mil; y treinta mil dólares americanos que la acusada De Vettori Rojas habría recibido en el mes de agosto de dos mil como anticipo de herencia de parte de su madre; sin embargo, realizado el análisis correspondiente por la Sala Penal Superior, se concluyó lo siguiente: a) no existiendo documento que dé cuenta del inventario de los bienes adquiridos, de la determinación de la masa hereditaria, ni del acuerdo de división y partición de la sucesión del señor Gaspar Chacón Berríos o de algún otro acuerdo, si bien está probada la titularidad de los herederos respecto al cincuenta por ciento del inmueble sito en la avenida b – número ciento ochenta y siete, Monterrico Norte - San Borja (pues el otro cincuenta por ciento le corresponde a la señora Lucinda Málaga Bueno por ser un bien perteneciente a la sociedad de gananciales del causante y aquella), cierto es también que la participación de cada uno de los herederos no puede sino estar circunscrita al *quantum* resultante de las cuotas

hereditarias precisadas en el testamento, no obrando elemento adicional alguno que permita inferir una titularidad mayor del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, concluyéndose que por dicho concepto sólo le correspondió al excluido cuatro mil seiscientos sesenta y seis punto seis dólares americanos; b) no obstante la ausencia de documento relativo a la división y partición de la masa hereditaria respecto a la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, obra en autos la Escritura Pública de fecha veintiocho de agosto de dos mil, extendida por la Notaria Virginia Davis Garrido, dando fe esta última respecto al haber comparecido ante ella la señora Olga Teresa Rojas viuda de De Vettori y que en su presencia esta última hizo entrega a la procesada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas del cheque de gerencia número cero cero veintisiete setenta y dos treinta y tres por la cantidad de treinta mil dólares americanos, manifestando que dicha suma le correspondía a su hija por concepto de haber hereditario al fallecimiento de su señor padre don Walter De Vettori Revilla; indicándose que pese a lo consignado en dicho documento público, no se corresponde con el acto jurídico en él referido (anticipo de legítima), optándose por la interpretación más favorable al encausado, reconociendo la recepción de esta suma de dinero al considerar que en el contenido de dicho instrumento público se hace constar la entrega de la suma referida a la procesada por parte de su señora madre; y ç) no existe en autos instrumental alguna relativa a acto jurídico referido a donación, venta o cesión de derechos a favor de la acusada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas que acredite haber recibido de su señora madre una suma diferente a la antes anotada a título de liberalidad; indicándose que no existe correspondencia entre los recibos ofrecidos y las demás instrumentales aportadas por los encausados en su pretensión de sostener la versión de haber recibido una asignación económica fija desde mil novecientos noventa y cuatro al dos mil por la merced conductiva de predios rústicos de propiedad de la madre de la encausa Aurora Isabel De Vettori Rojas; *viii)* respecto a la fuentes crediticias; se indica que el excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, refiere haber tenido una disponibilidad de dinero en efectivo de hasta noventa y tres mil dólares americanos entre el nueve y doce de enero de mil novecientos noventa y ocho, el cual obtuvo a título de préstamo otorgado por el señor Walter Reategui Lazo, cantidad de dinero que era para invertir en la empresa «C & H

Asociados» Sociedad de Responsabilidad Limitada en calidad de préstamo; concluyendo la Sala Penal Superior que el préstamo alegado no reviste la verosimilitud exigida de cara a su reconocimiento como fuente de ingreso; *ix)* respecto a la fuente comercial y rentas; se indica lo siguiente: **a)** en cuanto a los dividendos que se alegan percibidos de las empresas Hostal Portada del Sol y C y H Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada; se establece que el propio excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga aseveró que la empresa C y H Asociados «nunca recibió utilidades», razón por la que lo consignado en la pericia de parte como rendimiento económico a su favor, ha sido desdicho por el antes citado, quien incluso señalo «... si de los libros aparece alguna repartición de utilidades debo señalar que ello se debe quizá a alguna exigencia contable; en realidad las utilidades percibidas siempre han sido acumulativas y con la finalidad de reinversión...»; que en el caso de los supuestos dividendos percibidos de la empresa Hostal Portada del Sol Hacienda Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la Sala Penal Superior concluye que los dividendos alegados por los encausados no se reflejan en los registros económicos - contables de la referida empresa; **b)** en cuanto a los ingresos informales que se alegan generados por la empresa «D´Vettori Atelier Empresa Individual de Responsabilidad Limitada»; se establece que no puede soslayarse que vistos los rendimientos económicos declarados ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria por la acusada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón respecto de la persona jurídica «D Vettori Atelier Empresa Individual de Responsabilidad Limitada» en el período mil novecientos noventa y siete, mil novecientos noventa y ocho, mil novecientos noventa y nueve y dos mil (ocho mil seiscientos quince nuevos soles, mil setecientos cincuenta y ocho nuevos soles, menos seis mil ochocientos cuarenta y ocho nuevos soles y siete mil cuatrocientos sesenta y cinco nuevos soles, respectivamente), esto es, en cuatro años de operatividad, el promedio es de dos mil setecientos cuarenta y ocho nuevos soles; este dato que fluye de la misma información tributaria sobre la mencionada empresa, no se erige en un indicador en absoluto favorable para asumir lo sostenido por la defensa, en el sentido que en los cinco años anteriores (mil novecientos noventa y dos, mil novecientos noventa y tres, mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis), el mismo

negocio si le produjo un ingreso neto de veinticinco mil setecientos ochenta y ocho dólares americanos; c) sobre los ingresos que se alegan generados por venta de artesanía; se establece que los documentos presentados por la defensa técnica al respecto no resultan idóneos para determinar la cantidad exacta de mercancía que fue traslada del Perú a Brasil para ser vendida por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas, su costo de compra y costo de venta para conocer su margen de ganancia, entre otros aspectos inherentes a un negocio pasible de cuantificar su rendimiento económico; d) en cuanto a la renta por el alquiler del Hostal de Cajamarca; se establece que la sociedad conyugal no solamente no aportó al proceso los contratos de arrendamiento respectivos, ni las declaraciones juradas presentadas ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, ni los asientos contables de los libros correspondientes donde consten los registros relativos al pago de dicha renta, sino que incluso, ni siquiera hacen referencia a ellos; la defensa se circunscribe única y exclusivamente a los recibos que aparecen suscritos por el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, constituyendo éstos, en puridad declaraciones unilaterales del antes mencionado, que careciendo de fecha cierta, indudablemente, no otorgan certeza de haberse realmente emitido en las fechas que se consignan; y que además no existe garantía alguna respecto a la veracidad de su contenido, ello, por la pretensión del antes mencionado de probar su versión con documentos cuya información ha sido insertada por él mismo; así las cosas, el contenido de tales recibos no se ve corroborado por instrumental alguna.

10.5. De la valoración efectuada por el Tribunal Supremo respecto del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga

Pronunciándose este Supremo Tribunal sobre la valoración realizada por la Sala Penal Superior respecto a la justificación del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, en atención a los hechos materia de investigación se tiene en cuenta los principios de favorabilidad y realidad; por tanto se precisa que:

i) El período de imputación fiscal comprende desde el año mil novecientos noventa al año dos mil, por tanto, el patrimonio obtenido por la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas antes del referido período no es pasible de cuestionamiento alguno, siendo perfectamente razonable que en veintiún años de existencia de la

referida sociedad conyugal (mil novecientos sesenta y nueve a mil novecientos noventa) hayan podido generar algún patrimonio a su favor, entre estos, conforme también lo asume la Sala Penal Superior, el predio ubicado en la calle veintisiete, número doscientos treinta y seis, Urbanización Mariscal Castilla –segunda etapa– San Borja (conforme se acredita con la copia del Testimonio de Escritura Pública de compra-venta de fecha cinco de marzo de mil novecientos setenta y nueve, copias de las letras de cambio y la Ficha Registral respectivas, obrantes a seiscientos treinta y uno y siguientes), local comercial número ciento once, nivel trescientos cuarenta y tres, de la Galería Comercial «La Gran Vía», sito en el jirón de la Unión número ochocientos setenta - Lima - copropiedad con la madre y hermanos del excluido- (conforme se acredita con la copia del Testimonio de Escritura Pública de compra-venta de fecha diez de julio de mil novecientos ochenta y uno y las copias de las letras de cambio respectivas, obrantes a fojas setecientos nueve y siguientes), y el predio ubicado en el jirón Pisagua número ciento setenta y uno - Cajamarca (conforme se acredita con la copia del Testimonio de Escritura Pública de compra-venta de fecha siete de diciembre de mil novecientos noventa, obrante a fojas seiscientos cincuenta y nueve y siguientes); precisándose que la defensa técnica sustentándose en la pericia de parte refirió que en base a una estimación económica de los ingresos percibidos antes del periodo de imputación por el excluido Chacón Málaga en su condición de Oficial del Ejército y su esposa doña Aurora Isabel De Vettori Rojas en su condición de empresaria –dedicada a la confección y venta de ropa–, habrían tenido quince mil dólares, aproximadamente, al momento de iniciado el referido periodo de imputación (debido a un ahorro por año, de seiscientos cincuenta dos dólares, aproximadamente), sin embargo, la Sala Penal Superior, considera que lo antes alegado por la defensa no tiene cabida, debido a que lo percibido por el excluido y su cónyuge hasta antes del período de imputación habría sido invertido en bienes, educación onerosa de sus hijos, gastos de alimentación, vivienda, vestido, recreación, etcétera; al respecto debe precisarse que dicha conclusión del Colegiado Penal Superior no se sustentó de manera objetiva, se trata de una apreciación que no tuvo en cuenta que se encuentran acreditadas las actividades laborales del excluido (oficial del Ejército peruano) y su cónyuge (en mérito a la constancia expedida el diecinueve de abril de dos mil uno

por la Municipalidad de Miraflores dando cuenta de la solicitud de Licencia de Funcionamiento del local ubicado en la calle Alcanfores número ciento treinta y dos - Miraflores, para confecciones de prendas de vestir con la razón social «Aurora De Vettori Chacón», tramitada con fecha veintinueve de setiembre de mil novecientos ochenta y dos, constancia expedida el ocho de mayo de dos mil uno por la Municipalidad de Miraflores dando cuenta de la Solicitud de Licencia de funcionamiento del local ubicado en la avenida Larco número seiscientos cincuenta – tienda número tres - Miraflores, con la razón social «Aurora De Vettori Chacón», solicitud de inscripción de la procesada Aurora Isabel De Vettori Rojas como socia en el Registro de la Confederación Nacional de Comerciantes - CONACO-, de fecha catorce de junio de mil novecientos ochenta con la razón social «Boutique Císara», certificado de inscripción en el Registro Industrial del Ministerio de Industria, Turismo e Integración de la razón social «Aurora De Vettori de Chacón» su fecha tres de marzo de mil novecientos ochenta y tres, diploma de honor extendida el veinticuatro de setiembre de mil novecientos ochenta y siete por Lima Sheraton Hotel & Towers a «D´Vettori» durante el desfile de modas ochenta y siete - ochenta y ocho realizado en el restaurant Las Palmeras, así como la publicidad impresa relativa a dicho evento, apareciendo dicha razón social como participante, y documento rotulado «Invitación Comité Pro-Construcción del Templo Santísimo nombre de Jesús» al desfile de modas colección otoño-invierno mil novecientos ochenta y ocho, apareciendo como participante en el rubro diseño la razón social «D Vettori»), por tanto, como se ha referido precedentemente resulta aparentemente lógico que la referida sociedad conyugal en más de veinte años de casados hayan podido obtener algún patrimonio a su favor; en consecuencia, en aplicación del principio de favorabilidad se debió considerar en la recurrida algún monto de dinero en efectivo y/o bienes como patrimonio de la sociedad conyugal, antes del inicio del período de imputación.

ii) en cuanto a las fuentes de liberalidades que se habrían otorgado a favor de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas alegadas por su defensa técnica, debe indicarse, que la Sala Penal Superior admitió la referida a los treinta mil dólares americanos que la encausada De Vettori Rojas recibió en el mes de agosto de dos mil, debido al mérito de la información contenida en la Escritura Pública

de veintiocho de agosto de dos mil, emitida por la Notaria Virginia David Garrido, donde se da fe que compareció ante ella, la señora Olga Teresa Rojas viuda de De Vettori quien hizo entrega a la mencionada encausada de un cheque de gerencia por la cantidad aludida, manifestando que era por concepto de su cuota hereditaria respecto de su señor padre don Walter De Vettori Revilla; sin embargo, desestima la fuente de liberalidad referida a los quince mil dólares americanos que en el año mil novecientos noventa y cuatro se le habría entregado al excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga producto de la repartición de la venta del inmueble testado por su señor padre, sito en la avenida B número ciento ochenta y siete - Monterrico Norte - San Borja, amparándose en que no existe documento que acredite el inventario de los bienes adquiridos, la determinación de la masa hereditaria o del acuerdo de división y partición de bienes del excluido Chacón Málaga, y que en todo caso atendiendo al precio de venta de dicho inmueble (setenta mil dólares americanos) y la cuota hereditaria de Ley, le correspondería por dicho concepto la cantidad de cuatro mil seiscientos sesenta y seis punto seis dólares americanos; por su parte, la defensa técnica alega que por decisión familiar el referido bien inmueble fue vendido varios años después a don Hugo Chacón Málaga, cuyo importe de dinero recabado fue dividido en partes iguales entre la esposa e hijos del causa habiente con excepción del comprador, correspondiéndole al excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga la cantidad de catorce mil treinta y cuatro dólares americanos; al respecto obra en autos lo siguiente: **a)** el Testamento otorgado por don Gaspar Chacón Berrios el cinco de enero de mil novecientos ochenta y siete, donde instituyó como herederos de todos sus bienes (entre éstos el inmueble aludido) a su esposa Lucinda Málaga Bueno y sus cuatro hijos, Walter Gaspar Segundo, Doris Lucinda, Carlos Rodolfo y Hugo Arnaldo Chacón Málaga, así como a su hija Eva Yolanda Chacón Benavente; **b)** la copia legalizada del testimonio de Escritura Pública de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y cuatro correspondiente a la compra-venta de acciones y derechos del inmueble en cuestión, celebrado de una parte, por Lucinda Málaga Bueno viuda de Chacón, además de Walter, Doris Lucinda y Carlos Rodolfo Chacón Málaga, así como Eva Yolanda Chacón Benavente, en calidad de vendedores; y de otra, Hugo Arnaldo Chacón Málaga

como comprador, de la que trasciende como precio pagado por este último la cantidad de setenta mil dólares americanos, cancelado a la suscripción de la minuta; y c) el documento privado rotulado como «liquidaciones» realizadas por doña Lucinda Málaga Bueno, fechado el cuatro de abril de mil novecientos noventa y cuatro, en que se consigna que el total de dinero a entregarse a don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga corresponde a catorce mil treinta y cuatro dólares americanos; siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que con independencia de las normas civiles sobre la partición de la masa hereditaria, debe indicarse en concreto que el referido bien inmueble aludido fue vendido al señor don Hugo Arnaldo Chacón Málaga por el precio de setenta mil dólares americanos, por lo que la alegación de la defensa técnica sobre la división de aquella suma en partes iguales entre la esposa e hijos del causa habiente, a excepción del comprador, sostenida en un documento privado rotulado «liquidaciones» emitido por doña Lucinda Málaga Bueno; merece ser valorado, atendiendo a que no se actuado diligencia alguna que lo desvirtúe; en todo caso se debe considerar si es halla suficientemente probada o genera duda aquella versión respecto de dinero que recibió el excluido por la venta del inmueble en cuestión.

10.6.- De otro lado, también se desestimó la fuente de liberalidad referida a los cincuenta mil dólares americanos que habría recibido la encausada De Vettori Rojas, producto de sumas de dinero periódicamente recibidas de su señora madre en el período mil novecientos noventa y cuatro - dos mil, sustentado en que sin perjuicio de la precisión de la naturaleza del derecho a tal participación (a título de derecho hereditario de la procesada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas o como liberalidad de la señora Olga Teresa Rojas Castañeda viuda De Vettori), debe tenerse en cuenta que la alegada asignación económica proviene de una fuente hereditaria, por tanto, atendiendo a que el haber hereditario de Aurora Isabel De Vettori Rojas le fue entregado por su señora madre doña Olga Teresa Rojas Castañeda recién el veintiocho de agosto de dos mil por la suma de treinta mil dólares americanos, lo percibido procedente de dicho origen hereditario se circunscribe y se agota en esta última suma precisada, más aún, si se tiene en cuenta que el excluido refirió en su oportunidad que no existía documentación que acreditara dichas entregas de dinero, sin embargo, posteriormente se presentaron dieciséis recibos en donde

éste último aparece suscribiendo recepciones de dinero correspondientes a los años mil novecientos noventa y cuatro al dos mil, por concepto del treinta y cinco por ciento de la renta generada por el arrendamiento de dos predios agrícolas en Tumbes de propiedad de la señora Olga Rojas Castañeda viuda De Vettori, instrumental que es contradictoria con la declaración jurada de ésta última de fecha siete de mayo de dos mil uno -fojas veinticuatro mil seiscientos ochenta y uno-, donde declara «que (..) ha hecho entrega del treinta y cinco por ciento (...) del valor total de las dos cosechas que se realizan anualmente, a favor de su hija Aurora Isabel De Vettori Rojas desde el año mil novecientos noventa y cuatro hasta la fecha(...)» y contradictoria en parte con la información que obra sobre el arrendamiento de los terrenos aludidos en el expediente número dos cero cero siete cero cero cinco tres uno uno cinco - dos mil siete SUNAT; siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que por los propios fundamentos de la Sala Penal Superior, no se encontraría debidamente acreditado lo alegado por la defensa técnica de la sociedad conyugal materia de análisis respecto a que como consecuencia de la muerte del padre de la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, desde el mes de junio de mil novecientos noventa y cuatro hasta el dos mil, la madre de aquella, doña Olga Rojas Castañeda viuda De Vettori, les hubiera asignado un apoyo familiar económico del treinta y cinco por ciento del alquiler de los terrenos agrícolas de tumbes denominados « San Juan de Tarapacá» y «Olguita», lo cual resultó un monto equivalente a cuarenta y seis mil novecientos ochenta y seis punto noventa y cuatro dólares americanos; sin embargo, en la propia sentencia recurrida -ver fojas ciento dos mil novecientos cincuenta y ocho-, se precisó que «en el Anexo relativo al Expediente de Fiscalización número dos cero cero siete cero cero cinco tres uno cinco - SUNAT obra la instrumental de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, denominada «Reconocimiento de deuda por Mutuo sin intereses y compromiso de pago», el que aparece suscrito por ambos confortantes de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, en la que declaran bajo juramento lo siguiente: durante los años mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y nueve hemos recibido de la señora Olga Teresa Rojas De Vettori, en calidad de mutuo sin intereses, la suma de ciento diecisiete mil setecientos setenta y seis nuevos soles (...), consignando además en dicho documento, haber

recibido tal suma conforme al siguiente detalle: a) año mil novecientos noventa y cuatro: ocho mil setecientos cincuenta nuevos soles; b) año mil novecientos noventa y cinco: diecinueve mil seiscientos nuevos soles; c) año mil novecientos noventa y seis: veintidós mil quinientos setenta y seis nuevos soles; d) año mil novecientos noventa y siete: veintitrés mil cuatrocientos cincuenta nuevos soles; e) año mil novecientos noventa y ocho: dieciocho mil doscientos nuevos soles; y f) año mil novecientos noventa y nueve: veinticinco mil doscientos nuevos soles; agregando Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y Aurora Isabel De Vettori de Chacón: nos comprometemos a devolver el íntegro de la suma señalada en el punto anterior en un plazo máximo de tres años, computado desde la suscripción del presente documento (...)», concluyendo el Colegiado Penal Superior que de la citada instrumental se advierte que el dinero presuntamente entregado por la señora Olga Teresa Rojas Castañeda viuda De Vettori fue a título de mutuo (sin intereses), esto es, como obligación de pago contraída con la antes mencionada con cargo a devolución y por la suma de ciento setenta y siete mil setecientos setenta y seis nuevos soles, advirtiéndose incluso haberse acompañado como acreditación siete recibos en los que declara el excluido haber recibido entre los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve la suma de cuarenta y tres mil cuatrocientos nuevos soles; sin embargo, dicho Colegiado Penal Superior no realiza una valoración positiva o negativa respecto de dicha cantidad de dinero presuntamente recibida por la sociedad conyugal materia de análisis por concepto de préstamo en el período de imputación. Es decir se ha producido una omisión de evaluación probatoria y con ello la motivación es de afectación.

iii) En cuanto a la fuente crediticia de noventa y tres mil dólares alegada por la defensa técnica de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas proveniente de un préstamo efectuado por el señor Walter Reátegui Lazo (amigo) y que luego fuera invertido en la empresa C & H Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada en calidad de préstamo, la Sala Penal Superior lo desestima como fuente de ingreso, sustentado en: **a)** la existencia de dos contratos presuntamente contradictorios que acreditarían dicho préstamo, uno de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete y el otro de fecha siete de enero de mil novecientos noventa y ocho; **b)** haberse pactado la devolución del préstamo hasta en cuatro año y sin ningún tipo de

contraprestación (intereses); y c) por el hecho que no puede soslayarse que el supuesto préstamo no haya tenido operatividad en su ejecución a través del sistema bancario, empleado habitualmente tanto por el prestamista como por el beneficiario, más aún, si el destino final de dicho dinero era la cuenta bancaria de la empresa C y H Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada; al respecto este Supremo Tribunal precisa que lo que es objeto de investigación es determinar los ingresos lícitos de la sociedad conyugal in comento en el período de imputación y contrastarlo con sus egresos en el mismo período, en ese sentido, se tendría que evaluar si la razón de duplicidad de contratos de préstamos se originó o no en la existencia de un mutuo en moneda nacional, en tanto que el segundo contrato se refiere a moneda extranjera (dólares americanos), a efecto de que por el prolongado tiempo de gracia estipulado en el contrato (cuatro años) el prestamista del dinero no se viera perjudicado con una posible devaluación de la moneda nacional; sin perjuicio de ello, debe indicarse que dicho préstamo de dinero estaría acreditado no sólo con la declaración testimonial del prestamista don Walter Reátegui Lazo -fojas cien mil novecientos cincuenta-, sino también por el mérito de los recibos suscritos por el excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga de treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete, ocho y veintiocho de enero y trece de abril de mil novecientos noventa y ocho, que dan cuenta del dinero recibido en préstamo en cuatro partes por un total de doscientos diecisiete mil quinientos nuevos soles (noventa y tres mil dólares), la Declaración Jurada ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de don Walter Reátegui Lazo de fecha veinte de diciembre de dos mil cinco, sobre el préstamo que refiere haber otorgado al excluido, el cuadro denominado «Detalle de Cancelación de Préstamo de Dinero» que programa amortizaciones desde el treinta de abril de dos mil uno hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, el mismo que se encuentra suscrito por don Walter Reátegui Lazo, y cuarenta y cinco recibos en copia simple suscritos mensualmente por doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, don Walter Reátegui Lazo y doña Gladis López Zúñiga de Reátegui fechados desde el treinta de abril del dos mil uno hasta el treinta de diciembre de dos mil cuatro, cada uno de ellos por importes varios, no inferiores a mil un o superiores a mil noventa y ocho dólares -obrantes en el Anexo relativo al Expediente de

Fiscalización – SUNAT número dos cero cero siete cero cero cinco tres uno cinco-; en consecuencia la referida fuente de ingreso debió ser admitida por el Superior Penal Colegiado o ser rechazada bajo una argumentación más sólida. iv) De otro lado la sentencia recurrida hace alusión a distintos rubros que tienen relación directa con el patrimonio de la Sociedad Conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, concluyendo concretamente que: a) las cuentas bancarias de la referida Sociedad Conyugal en el período de mil novecientos noventa y cinco al dos mil, tendrían como abonos por todo concepto la cantidad de setecientos trece mil ochocientos cincuenta y uno punto veintinueve dólares americanos; b) la inversión realizada en las ampliaciones de la edificación del Hostal «Portada del Sol Empresa Individual de Responsabilidad Limitada», en el periodo de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y nueve, ascienden a ciento nueve mil trescientos veinticinco dólares americanos; c) la inversión realizada en la Empresa «D Vettori Atelier» por la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas en el período de mil novecientos noventa y siete al dos mil, asciende a veintiséis mil ciento sesenta y cinco dólares americanos; d) la inversión realizada por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas en el «Real Hotel Titicaca Sociedad de Responsabilidad Limitada», asciende a doscientos quince mil trescientos setenta y seis dólares americanos; e) la inversión realizada a la Empresa «C y H Asociados» por el excluido Chacón Málaga en el período de mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y ocho, asciende a ciento tres mil cuatrocientos noventa dólares americanos; precisando, en cuanto a las referidas actividades comerciales, que estas no han podido generar algún beneficio patrimonial a la sociedad conyugal Chacón Málga - De Vettori Rojas; sin embargo, dicha conclusión no se sustenta en razones contables u objetivas, sino en apreciaciones del Superior Colegiado. v) En cuanto a los beneficios económicos otorgados por el Ejército peruano al excluido Chacón Málaga por concepto de combustible, chofer, mayordomo, flete por bagaje, gastos de instalación e indemnización de viaje, la Sala Penal Superior en mayoría considera que dichas asignaciones detentan una naturaleza jurídica distinta a las remuneraciones, debido a que están sujetas a un destino específico o particular y existe la obligación de devolución del remanente no utilizado por dichos conceptos a las arcas del Estado; al respecto este

Supremo Tribunal debe precisar, que lo que debe establecerse en la presente investigación es la existencia o no de un incremento patrimonial apreciable no justificado objetivamente del excluido Chacón Málaga como consecuencia de su condición de funcionario público en el período de imputación; en ese contexto una nueva evaluación deberá considerar si el dinero recibido por el excluido por todo concepto como consecuencia del trabajo realizado en los cargos públicos que desempeñó en el período de imputación, deben ser considerados como ingresos legítimos o no y susceptibles de valorar para justificar su patrimonio, con independencia de ser catalogados como remuneraciones o no y de la exigencia en cada caso concreto de devolver a las arcas del Estado el remanente del dinero no utilizado que fue asignado a un fin específico (combustible, chofer, gastos de instalación, entre otros), debiendo procurar establecer si hubo o no remanente y su dimensión; y si el no haberse devuelto resulta una infracción administrativa o parte de la conducta delictiva.

10.7. Pronunciamiento respecto al Patrimonio de la Sociedad Conyugal conformada por los encausados Don Luis Miguel Portal Barrantes y Doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori

Teniendo en cuenta que la últimamente nombrada se halla con reserva de procesamiento en la sentencia recurrida en mayoría respecto a lo alegado en la pericia de parte como fuente de justificación del patrimonio de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori en el período de imputación, se indica concretamente lo siguiente:

i) Respecto a los ingresos percibidos por trabajo de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori en los Estados Unidos de América; precisa que la pericia de parte consigna que el encausado Luis Miguel Portal Barrantes por los trabajos realizados en los Estados Unidos de América -entre los meses de junio de mil novecientos noventa y cuatro a diciembre de mil novecientos noventa y nueve-, tuvo como ingresos la cantidad de ciento cincuenta y ocho mil doscientos noventa y tres dólares americanos; mientras que la encausada Cecilia Isabel Chacón De Vettori por los trabajos realizados en el mencionado país -entre los meses de setiembre de mil novecientos noventa y cinco y diciembre de mil novecientos noventa y siete-, tuvo como ingresos cincuenta y nueve mil doscientos cinco dólares americanos; asimismo, en la misma pericia de parte se consigna como

gastos corrientes de la sociedad conyugal en el período que trabajaron en los Estados Unidos de América la cantidad de ochenta y nueve mil ciento uno dólares americanos (costo de vida, impuestos, seguros, pasajes internacionales, tributos municipales y consumo); por tanto, en base a los mencionados datos, se tendría como resultado que en el período que la sociedad conyugal trabajó en los Estados Unidos de América obtuvo un ingreso neto de ciento veintiocho mil trescientos noventa y siete dólares americanos; sin embargo, los ingresos que habría generado la encausada Cecilia Isabel Chacón De Vettori no han sido acreditados documentalmente, no pudiéndose soslayar en su caso que durante su estadía en los Estados Unidos de América tuvo siempre la condición de ilegal, y además alumbró a su menor hijo que nació el dos de enero de mil novecientos noventa y ocho, cuando todavía se encontraba en dicho país; en consecuencia, se dice por la Sala Superior que no resulta verosímil que bajo la condición de ilegal, esto es, sin las oportunidades y condiciones laborales derivadas de su situación migratoria que se lo impedía y más aún, habiendo tenido que atender en determinado momento su situación de gestante y luego de madre haya obtenido los casi sesenta mil dólares que alega; agregando que sin perjuicio de lo expuesto, pese a la ausencia de documentación que sustente los ingresos alegados y no obstante los datos fácticos precisados, la Sala Penal Superior consideró como ingreso mensual percibido, el ingreso que consigna en su pericia de parte, es decir mil cuarenta dólares americanos, lo que multiplicado por el número de meses que abarca el período de setiembre de mil novecientos noventa y cinco a diciembre de mil novecientos noventa y siete (veintiocho meses), alcanza la suma de veintinueve mil ciento veinte dólares americanos; por tanto, la Sala concluyó que el ingreso neto pasible de contabilizar a la sociedad conyugal por los trabajos realizados en los Estados Unidos de América es noventa y ocho mil trescientos doce dólares americanos. ***ii)*** en cuanto al préstamo de don Ricardo Portal Barrantes por el importe de setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares, la Sala Superior indica que los encausados han ensayado hasta tres versiones: **a)** que sirvió para la edificación del Hostal Portada del Sol Hacienda; **b)** que no sirvió para tal edificación, sino para el equipamiento de dicho hostal y la adquisición de la camioneta Toyota luego alquilada; y **c)** que sirvió básicamente para la compra de dicha camioneta Toyota. Hay imprecisión sobre el quantum del préstamo, no pudiendo empero,

soslayarse que ciertamente ambos acusados, en el decurso de sus declaraciones, han señalado sumas distintas respecto a éste (en un caso cuarenta y cinco mil dólares y en otro setenta mil dólares); precisa que en la pericia de parte se indica que don Ricardo Augusto Portal Barrantes –residente norteamericano–, durante el periodo de marzo de mil novecientos noventa y nueve a diciembre de dos mil, transfirió en calidad de préstamo (a ser devuelto en un plazo de cinco años con los intereses correspondientes) a las cuentas de ahorros de su hermano Miguel Portal, en el banco de Crédito del Perú, sumas de dinero que en total –menos los gastos de envió– ascienden a setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares americanos; sin embargo, la Sala Superior consideró que atendiendo a las distintas versiones convergentes relativas a lo que fue objeto de financiamiento a través de dicho préstamo, la versión de que sirvió para la camioneta adquirida se erige en la más creíble. Dicha versión se corresponde con el monto de cuarenta mil dólares americanos, este monto, es precisamente el que desde un primer momento refirió la encausada Chacón De Vettori; concluyéndose que el referido préstamo se circunscribió a la compra de la camioneta. ***iii)*** Respecto al dinero entregado por don Ricardo Portal Barrantes; precisa que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos la «Inversión en terrenos en Tumbes», que Ricardo Portal Barrantes entregó en uno de sus viajes al Perú, a inicios del año dos mil, con el propósito de invertir en terrenos en Tumbes, le encargó a su hermano Miguel Portal Barrantes realizar las gestiones para tal efecto, para lo cual le entregó noventa mil dólares americanos, no llegándose a concretar por falta de legitimidad de los vendedores, por lo que dicho encausado depositó en una cuenta del Banco de Crédito la cantidad de ochenta y ocho mil treinta dólares americanos. ***iv)*** En cuanto a la venta de productos en el exterior; precisa que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos a la «venta de productos del exterior», que Luis Miguel Portal Barrantes se dedicó a la comercialización de productos, como laptops, microprocesadores de PC, perfumería, bisutería, cosméticos y ropa que adquiría en los Estados Unidos de América para venderlos en Lima - Perú, por los cuales habría obtenido ingresos de trece mil trescientos dólares americanos en el año mil novecientos noventa y ocho y quince mil dólares en el año mil novecientos noventa y nueve. ***v)*** Respecto al cobro de préstamo a don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; precisa

que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos la «devolución de préstamos concedidos»; indicándose que el cinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve, don Luis Miguel Portal Barrantes prestó el importe de treinta mil dólares americanos a don Walter Chacón Málaga, el cual fue devuelto el uno de setiembre de dos mil; precisando la Sala Penal Superior que dicha fuente de ingreso importa la recuperación de un capital temporalmente otorgado a un tercero a título de préstamo. *vi)* En cuanto a las cobranzas por ventas en Portada del Sol Hacienda Sociedad de Responsabilidad Limitada; precisa la Sala Superior que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos la «cobranza por ventas del Hostal Portada del Sol Hacienda Sociedad de Responsabilidad Limitada a través de la cuenta de ahorros de Luis Miguel Portal»; que las cobranzas de parte de las ventas del ejercicio gravable dos mil, del Hostal Portada del Sol Hacienda Sociedad de Responsabilidad Limitada, se realizaron mediante depósitos en las cuentas de ahorros de don Luis Miguel Portal, siendo que el importe total cobrado asciende a diez mil ciento veinticuatro dólares americanos. *vii)* Respecto al inmueble, sito en la calle Los Milanos número ciento noventa y cuatro, departamento número doscientos dos y el estacionamiento número diez; precisa la sala Superior que en la pericia de parte se ensaya una versión diferente sobre la fuente de financiamiento de dicho departamento (distinta a la ofrecida por los procesados en sus declaraciones) en el sentido de que fue obtenido prioritariamente con los ingresos obtenidos en el extranjero por Luis Miguel Portal Barrantes; indicando la Sala Penal Superior al respecto, que teniendo en consideración la fecha de cancelación del valor inmueble (dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete) y los ingresos netos generados a mayo de mil novecientos noventa y siete, no solamente por el procesado Portal Barrantes, sino también por su coprocesada y cónyuge doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, se tiene que remitiéndose a lo que establecieron en relación a dichos ingresos, la suma generada por dicha sociedad conyugal a esa fecha asciende a sesenta y dos mil sesenta y nueve dólares americanos (cuarenta y siete mil doscientos noventa y dos dólares americanos por los años mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y seis y catorce mil setecientos setenta y siete dólares americanos por los meses de enero a mayo de mil novecientos noventa y siete), monto que evidentemente no cubriría el

precio del departamento de setenta y cuatro mil dólares americanos; concluyendo que la verdadera titular del referido departamento es la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas. *viii)* En cuanto al Hostal Portada del Sol Hacienda; precisa la sala Superior que en la pericia de parte se indican importes de lo que se habría invertido; sin embargo, la propia Sala Penal Superior indica que existen inconsistencias entre las declaraciones de los encausados doña Cecilia Isabel Chacón y Luis Miguel Portal respecto a los capitales recibidos para la edificación; por tanto, debe estarse al reconocimiento de don Luis Miguel Portal en cuanto a que la subvención de la construcción del referido hostal no provino de los préstamos familiares alegados; por tanto, es evidente la manifiesta insuficiencia del capital pasible de haber sido ahorrado por los procesados Cecilia Chacón y Luis Miguel Portal Barrantes, frente al monto que refieren haber destinado a dicha versión (ciento cincuenta y tres mil quinientos cincuenta y ocho dólares americanos), lo que descarta obviamente que el monto de ésta haya sido subvencionado con dinero o recursos propios. *ix)* Respecto a los depósitos bancarios; la Sala Penal Superior precisó que al ser preguntados los encausados en torno a las cuentas bancarias bajo su titularidad, lejos de ofrecer alguna explicación o justificación se limitaron a guardar silencio.

10.8. Respecto a la Falta de Valoración

En base a lo precedentemente expuesto respecto a la valoración realizada por la Sala Penal Superior en el extremo de la justificación del patrimonio de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori este Supremo Tribunal considera lo siguiente:

i) Se concluyó que el ingreso neto pasible de contabilizar a la sociedad conyugal Porta Barrantes - Chacón De Vettori por los trabajos realizados en los Estados Unidos de América es de noventa y ocho mil trescientos doce dólares americanos, en desmedro de los ciento veintiocho mil trescientos noventa y siete dólares americanos que establece la pericia de parte; sustentando dicha decisión en que no puede soslayarse que la encausada durante su estadía en los Estados Unidos de América tuvo siempre la condición de ilegal y además alumbró a su menor hijo que nació el dos de enero de mil novecientos noventa y ocho, cuando todavía se encontraba en dicho país; por tanto, resultaría inverosímil que haya obtenido los casi sesenta mil dólares americanos que se alegan (la pericia de parte establece que obtuvo

como ingresos cincuenta y nueve mil doscientos cinco dólares americanos); sin embargo, dicha apreciación resulta subjetiva, debido a no se tuvo en cuenta que la pericia de parte sólo hizo referencia al trabajo realizado por la encausada entre los meses de setiembre de mil novecientos noventa y cinco y diciembre de mil novecientos noventa y siete, esto es, antes de que naciera el hijo de la referida encausada, así como por el hecho de que en la realidad la condición de ilegal de una persona en un país extranjero, no es óbice fatal impedimento para la percepción de ingresos por labores realizadas; como regla de la experiencia, hubo y hay en Norteamérica un número importante de inmigrantes indocumentados, que trabajan en diversos oficios, algunos llegan a formalizarse, otros no y permanecen hasta ser ubicados y deportados. Es innegable que una parte de la fuerza laboral en Norteamérica, está constituido por extranjeros, entre ellos por latinos que suelen remesar periódicamente súmas de dinero; es importante por tanto determinar si el procesado don Miguel Portal Barrantes y en su caso, su cónyuge se hallaban o no dentro de aquel supuesto; precisar de ser el caso la estimación razonable del patrimonio que hubiera generado; de ahí que el Colegiado Superior sin ningún sustento objetivo suficiente consideró como ingreso mensual percibido por la encausada Chacón De Vettori en Estados Unidos de América, el ingreso mensual menor que se consigna en una pericia de parte, es decir mil cuarenta dólares americanos en detrimento de los demás ingresos mayores que se consigna en el mismo documento.

De otro lado, en la recurrida se hace referencia al alumbramiento como circunstancia impeditiva de generación de ingresos, pero los ingresos que reflejan la pericia de parte además culminan en diciembre de mil novecientos noventa y siete, estos es antes del parto (febrero de mil novecientos noventa y ocho).

Debe por tanto evaluarse con más detenimiento el contenido del informe (ver folios ciento dos mil novecientos noventa y noventa y dos setecientos cincuenta y cinco).

ii) Se consideró que el monto del préstamo de Ricardo Portal Barrantes a la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori ascendió a cuarenta mil dólares que fueron invertidos en la adquisición de una camioneta; sin embargo, dicha deducción resulta subjetiva debido a que se sustenta a su entender en las distintas versiones convergentes relativas a lo que fue objeto de financiamiento a través

de dicho préstamo; para cuyo efecto se limitó a consignar los documentos presentados y oralizados que acreditarían la tesis de la sociedad conyugal de haber recibido de Ricardo Portal Barrantes transferencias de dinero en calidad de préstamo por la suma total de setenta y nueve mil cien dólares americanos, de los cuales descontando los gastos de envío quedaron setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares americanos (ver fojas ciento dos mil novecientos noventa y dos y ciento dos mil novecientos noventa y tres), empero, no se valoró la validez o no de dicha documentación sustentatoria.

iii) En cuanto a las fuentes de ingresos precisadas en la pericia de parte referidas al dinero entregado por don Ricardo Portal Barrantes para la «Inversión en terrenos en Tumbes» (noventa mil dólares), a la venta de productos que adquiría Luis Miguel Portal Barrantes en los Estados Unidos de América para comercializarlos en Lima, por los cuales habría obtenido ingresos de trece mil trescientos dólares americanos en el año mil novecientos noventa y ocho y quince mil dólares americanos en el año mil novecientos noventa y nueve, al cobro de préstamo a don Walter Chacón Málaga (treinta mil dólares americanos) y las cobranzas por ventas en el Hostal Portada del Sol Hacienda, la Sala Penal Superior se limitó a consignar las proposiciones fácticas y enumerar los medios probatorios aportados para sustentar las referidas tesis (ver fojas ciento dos mil novecientos noventa y cuatro a ciento dos mil novecientos noventa y siete); sin embargo, no realizó valoración alguna respecto a la validez de dichos documentos presentados, a efectos de establecer si los montos referidos deben ser considerados a favor o no del patrimonio de la Sociedad Conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori;

iv) Se concluye que el inmueble, sito en la calle Los Milanos número ciento noventa y cuatro, departamento número doscientos dos y el estacionamiento número diez, pese a estar a nombre de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori, le pertenece en realidad a la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, bajo el sustento que la pericia de parte ensaya una versión diferente sobre la fuente de financiamiento de dicho departamento (distinta a la ofrecida por los procesados en sus declaraciones) en el sentido de que fue obtenido prioritariamente con los ingresos obtenidos en el extranjero por don Luis Miguel Portal Barrantes; por tanto, teniendo en consideración los ingresos netos generados por la sociedad conyugal

Portal - Chacón hasta antes de la fecha de cancelación del inmueble (dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete) ascendente a sesenta y dos mil sesenta y nueve dólares americanos, dicho monto no cubriría el precio del referido departamento de setenta y cuatro mil dólares americanos; sin embargo, dicha deducción debe tomarse con reserva, debido a que el referido monto neto de ingresos de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori considerado hasta antes de la fecha de la cancelación del inmueble, ha sido calculada en base a criterios no objetivos y falta de valoración respecto a prueba documental de acreditación de ingresos de la anotada sociedad conyugal que han sido advertidas precedentemente;

v) Se concluyó que la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori no tuvo el suficiente capital ahorrado para afrontar la inversión de ciento cincuenta y tres mil quinientos cincuenta y ocho dólares americanos en el Hostal Portada del Sol Hacienda que se alega; sin embargo, dicha deducción también debe tomarse con reserva, por cuanto para ello se remite a sus conclusiones anteriores de fuentes de ingresos de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori que han sido observadas por este Supremo Tribunal; y

vi) En cuanto a los depósitos bancarios de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori, la sentencia recurrida se limita a indicar que los encausados guardaron silencio al respecto, esto es, no se realizó una valoración positiva o negativa respecto de dicha información a efecto de establecer su incidencia en el patrimonio de la indicada sociedad conyugal.

10.9. Pronunciamiento respecto al patrimonio del Encausado Don Juan Carlos Chacón De Vettori

Que, revisada la valoración de la Sala Penal Superior en mayoría en este extremo de la sentencia recurrida, se establece la existencia de un desbalance en el patrimonio del encausado Juan Carlos Chacón De Vettori en el período de imputación –proveniente del patrimonio presuntamente ilícito del excluido don Walter Gaspar Chacón Málaga–, sustentado en el examen de depósitos que aparecen registrados en sus cuentas personales no justificados en ingresos propios, pero primordial y concretamente, en base al cuestionamiento realizado a sus ingresos personales generados en la operatividad de la empresa MEC ASOCIADOS Sociedad Anónima (MECSA), a la titularidad del

capital social en bienes muebles que habría aportado para la constitución de la referida empresa (vehículo marca Toyota, de placa de rodaje número KO- seis mil setecientos noventa y cinco, modelo Corolla, año mil novecientos noventa y cuatro), el usufructo personal del inmueble de titularidad de la empresa MECSA, sito en avenida Tacna número quinientos cinco, departamento doscientos dos - San Miguel - Lima (pese a que se menciona que el socio don Eduardo Egúsquiza Escobedo utiliza el departamento doscientos uno del referido inmueble de propiedad también de la empresa mencionada), a la disposición del capital de la empresa MECSA en la adquisición del terreno ubicado en Cieneguilla, manzana cinco, lote diez, a la apariencia jurídica de socios de la empresa (indicándose que por las funciones que tenía el encausado, sería el único titular de la mencionada persona jurídica, mientras que sus socios don Roger Alex Mejía Carranza y Eduardo Egúsquiza Escobedo serían trabajadores de la misma); sin embargo, debe indicarse que dichas valoraciones no resultan objetivas si se tiene en consideración que en el juicio oral no se recabaron los libros contables de la empresa «MEC ASOCIADOS Sociedad Anónima» correspondientes al período de imputación, a efecto de que dicha información sea evaluada en una pericia de oficio que determinara con precisión y sustento técnico el movimiento económico de la referida empresa y si los activos y pasivos de la misma son susceptibles de ser considerados en su totalidad o no como patrimonio personal del encausado don Juan Carlos Chacón De Vettori.

10.10. Conclusiones respecto a la valoración de la prueba actuada y ofrecida en autos, por parte de la Sala Penal Superior que emitió la sentencia recurrida

Estando a lo anotado precedentemente, se advierte en la sentencia en mayoría recurrida, que se ha incurrido en omisiones, imprecisiones y valoración subjetiva respecto a determinados documentos y argumentos de defensa justificatorios del patrimonio que alegan haber obtenido lícitamente los encausados recurrentes en el período de imputación, siendo la omisión más relevante, la referida a no precisar concretamente a cuanto ascenderían los montos reales de los supuestos desbalances patrimoniales de los procesados en el período de imputación (mil novecientos noventa - dos mil); de igual forma, no se advierte en la referida resolución judicial la aplicación de un método

inductivo idóneo destinado a establecer de manera objetiva, en primer orden, si en el período materia de imputación se produjo o no un desbalance patrimonial ilícito con relación a los ingresos percibidos como funcionario público por el excluido Chacón Málaga, estableciendo montos concretos; y en segundo orden, cuales son los signos exteriores de incremento patrimonial no justificables razonablemente que habrían obtenido en el período de imputación los *extraneus* Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes a efecto de contribuir en la comisión del delito investigado, para lo cual también debe establecerse expresamente los montos de sus respectivos patrimonios; sin perjuicio de indicar que en el presente proceso penal no se ha realizado algunas diligencias que habrían conllevado a un mejor esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación.

El inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales establece que la Corte Suprema declarará la nulidad «*Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal*», estableciéndose en su último párrafo, que «*La nulidad del proceso no surtirá mas efectos que el retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio, subsistiendo los elementos probatorios que de modo específico no fueron afectados. Declarada la nulidad del Juicio Oral, la audiencia será reabierta, a fin de que en dicho acto se subsanen los vicios u omisiones que la motivaron, o que en su caso, se complementen o amplíen las pruebas y diligencias que correspondan*».

Que, si bien este Supremo Tribunal no es ajeno a las múltiples jurisprudencias del Tribunal Constitucional respecto al plazo razonable que debe observarse para la solución de una controversia penal puesta en conocimiento de los Órganos Jurisdiccionales, también lo es, que un debido proceso penal exige encontrar un equilibrio entre garantía y eficiencia, pero también dar una respuesta a la sociedad y/o a la víctima, evitándose así la impunidad, **en consecuencia resulta congruente en el presente caso, proceder conforme al criterio establecido en un caso análogo donde ha transcurrido un plazo considerable sin que se haya resuelto la situación jurídica de los imputados, como lo es el caso del expediente AV. Veintisiete - dos mil tres.**

10.11. Necesidad de precisión del alcance materia de los cargos

Sin perjuicio de lo señalado en el acápite anterior, es necesario establecer de modo claro si el enriquecimiento atribuido a los cómplices tuvo como fuente la actividad funcional del servidor público ahora excluido Chacón Málaga y si aquél presunto enriquecimiento se produjo durante el tiempo de desempeño funcional de aquél (es decir si es coetáneo o posterior para demostrar los efectos).

10.12. Evitación de persecución penal múltiple

De otro lado, no resulta razonable absolver al acusado (cualquiera que fuere) por una carga fáctica concreta y al mismo tiempo volver a procesar por los mismos hechos, como se propone en el voto discordante en la Sala Superior Penal; tal situación generaría un caso de persecución múltiple proscrita por el derecho penal (*ne bis in idem*), debiendo establecerse con claridad los marcos de imputación y en el caso de tener que corregirse razonablemente, se deberá aplicar el sentido del artículo doscientos sesenta y tres del Código de Procedimientos Penales o en su caso el artículo doscientos ochenta y cinco-A del indicado cuerpo de leyes, en cuanto fueran pertinentes.

10.13. Diligencia que se deberán realizar en el nuevo juzgamiento

En consecuencia, de conformidad con la norma procesal contenida en el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, corresponde en el presente caso declarar nula la sentencia recurrida y ordenarse la realización de nuevo Juicio Oral por parte de un Colegiado Penal Superior distinto al que emitió la sentencia recurrida, quien deberá actuar con celo y celeridad procesal en el ejercicio de sus funciones, dada la decisión producida, para cuyo efecto deberá tenerse en cuenta lo anotado en los considerandos precedentes referido a las omisiones y falta de objetivad advertidas en la valoración de documentos y alegatos de defensa sustentatorios del patrimonio de los encausados; así como actuarse excepcionalmente las siguientes diligencias:

i) La realización de una pericia contable respecto a los hechos investigados que determine en primer lugar, la existencia o no de desbalance en el patrimonio del excluido Chacón Málaga respecto a sus ingresos como funcionario público en el período de imputación -mil novecientos noventa al dos mil- (debido a que en la pericia de

oficio primigenia y su ampliatoria obrante en autos, el período de examen abarcó sólo desde mil novecientos noventa y dos al dos mil y no se tuvo en cuenta la totalidad de la información obrante en autos respecto a la presunta justificación del patrimonio de los encausados investigados); y en segundo orden, la existencia o no de desbalance en el patrimonio de los *extraneus* doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, don Luis Miguel Portal Barrantes, doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori y don Juan Carlos Chacón De Vettori (en este último caso se deberá tener en cuenta información contable de la empresa MECSA Asociados Sociedad Anónima), en el período materia de imputación.

ii) Se reciba las testimoniales de: Roger Alex Mejía Carranza y Eduardo Egusquiza Escobedo (socios del encausado Juan Carlos Chacón De Vettori en la empresa MECSA ASOCIADOS Sociedad Anónima); y, las demás diligencias de resulten estrictamente necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

11. Errores judiciales en el delito de Asociación Ilícita para Delinquir - Error judicial en la postulación e instauración de proceso penal en materia de Asociación Ilícita para Delinquir - La nulidad de la imputación por delito de asociación ilícita para delinquir

El Consejo Nacional de la Magistratura en reciente resolución del 1 de Febrero del 2013, N° 105-2013-PCNM, en la investigación preliminar, por haberse considerado que se incurrió en nulidad al ampliarse por resolución de 7 de abril de 2001, el auto de apertura de instrucción por el delito de asociación ilícita para delinquir sin que el representante del Ministerio Público hubiera formulado denuncia ampliatoria en ese extremo. Para los denunciantes la señora Juez Penal Victoria Sánchez Espinoza si cumplió con fundamentar y precisar razones de la integración, razón por la cual los denunciados han incurrido en la falta disciplinaria impuesta como deber en el art. 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial por no tener presente los criterios del Tribunal Constitucional que son vinculantes, al no indicar porque se aleja de tales disposiciones vinculantes.

Los señores Jueces denunciantes sostuvieron jurídicamente lo siguiente:

i) Se está frente a un supuesto de integración del tipo penal, que es una atribución de la jueza penal.

ii) La subsunción del hecho en una figura típica realizada por la fiscalía en su denuncia y/o acusación puede ser modificada en el momento del auto de apertura de instrucción, en virtud de la tesis de la desvinculación.

iii) La calificación jurídica es función exclusiva del juez, criterio que ha sido recogido por el Tribunal Constitucional en su sentencia Exp. N° 00031-2009-PHC/TC caso Jorge Luis Arellano Alania.

iv) El juez tiene constitucionalmente habilitada la facultad de variar la formulación jurídica por el representante del Ministerio Público en su formalización de denuncia.

Los argumentos de los denunciantes para atribuir responsabilidad disciplinaria a los jueces investigados son insostenibles, pues no se trata de un caso de modificación de la calificación jurídica o reconducción de la tipicidad propuesta por el Ministerio Público, sino un caso de falta de imputación adecuada, y por lo tanto una infracción al principio acusatorio y a la defensa de los procesados. Mediante auto de fecha 7 de abril de 2001 el Quinto Juzgado Penal Especial de Lima abrió instrucción contra Vladimiro Montesinos Torres, Juan Nolberto Rivera Lazo, Nicolás de Bari Hermoza Ríos, Federico Augusto Navarro Pérez, Fernando rodríguez Zabalbescoa, Julio Chuqui Aguirre, Wilmer Yarlequé Ordinola, Juan Pampa Quilla, Carlos Eliseo Pichilingue Guevara, Miguel o José Pino Díaz, Fernando Lecca Esquén, pedro Guillermo o Juan Suppo Sánchez, Gabriel Orlando Vera Navarrete, Shirley Rojas castro y César Hñector Alvarado Salinas, por el delito contra la tranquilidad pública - agrupación ilícita, en agravio de la sociedad, tipificado en el artículo 317° del Código Penal; sin que la representante del Ministerio Público hubiera formalizado denuncia contra los mismos por el indicado ilícito penal.

Que, no se trata de un caso de modificación de la calificación jurídica, en la medida que en la Denuncia N° 003-2001 del 6 de abril de 2001 no se planteó una calificación jurídica respecto de la imputación táctica relacionada con la agrupación u organización que se habría conformado con el comando operativo para operaciones especiales «Grupo Colina». Por otro lado, claramente se advierte que el *factum* o hechos planteados por la representante del Ministerio Público no coinciden con los hechos calificados por la juez de oficio como agrupación ilícita. Así, no hay concordancia con los hechos atribuidos a Montesinos Torres, Navarro Pérez, Rodríguez Zabalbescoa, Vera Navarrete y Pampa Quilla.

Que, debido a esa irregularidad es que el señor Fiscal Superior en su Dictamen de fecha 26 de febrero de 2004, numeral 3), señaló que la apertura de oficio por el delito de asociación ilícita para delinquir sin previa denuncia formalizada del Ministerio Público constituía un vicio insalvable, por lo que si la opinión fue que debía declararse la nulidad del auto de apertura de instrucción en el extremo que de oficio abre por agrupación ilícita, disponiéndose la remisión al fiscal para que se pronuncie con respecto a dicho ilícito (ver fojas 1113). La Primera Sala Penal Especial de Lima, por auto de fecha 10 de marzo, sostuvo que era subsanable la omisión y dispuso que el juzgado tomara las medidas correctivas para ello.

Que, el Quinto Juzgado Penal Especial de Lima, mediante auto de 5 de abril de 2004, señalando la omisión advertida por el Fiscal Superior, sin ningún fundamento jurídico, procedió a integrar el auto de 7 de abril de 2001, «para entenderse que se amplía instrucción contra Vladimiro Montesinos Torres y otros, por el delito contra la tranquilidad pública- agrupación ilícita». Que, el Fiscal Superior nuevamente, en su Dictamen de 28 de diciembre de 2004 (fojas 1141) señaló que no se había subsanado el vicio procesal «consistente en haberse aperturado instrucción por delito de asociación ilícita para delinquir sin que medie denuncia formalizada por el Ministerio Público».

Que, el Quinto Juzgado Penal Especial de Lima, por resolución de fecha 4 de febrero de 2004 (en realidad es 2005), señaló que el vicio advertido por el Fiscal Superior no constituía un vicio de naturaleza insubsanable, toda vez que en la secuela de la instrucción se había observado el debido proceso y la tutela jurisdiccional, al amparo de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 298° del Código de Procedimientos Penales, concordante con el penúltimo parágrafo del artículo 172° del Código Procesal Civil, resolvió convalidar el auto ampliatorio de instrucción de fecha 7 de abril de 2001.

Que, el Tribunal Constitucional desde su sentencia de 9 de junio de 2004, Exp. N° 0023-2003-AI/TC ha sostenido que es inconstitucional que el juez (militar) abra instrucción sin que los fiscales ejerzan la acción penal (párr. 77). En la sentencia de 7 de noviembre de 2011, Exp. N° 04072-2011-PHC/TC caso Johnny Carlos Díaz Bellido confirma su doctrina jurisprudencial expresada en la STC N° 0023-2003-AI/TC análogamente para la jurisdicción ordinaria.

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el R.N. N° 5561-2006 de 8 de febrero de 2007, caso Margarita Toledo Manrique (recusación contra Juez del Sexto Juzgado Penal Especial de Lima), consideró que «la ampliación motu proprio (de oficio) del auto de apertura de instrucción transgrede el principio acusatorio -el mismo que en sus notas esenciales exige la división del proceso en dos fases y precisa que las tareas propias de cada una de ellas han de ser conferidas a órganos diferentes-, cuanto el artículo 159° de la Constitución del que se desprende que el Juez no tiene potestad para dictar de oficio una imputación, así como vulneró el derecho de defensa previsto en el inciso 14 del artículo 139° de la Carta Magna -la defensa técnica no tuvo la oportunidad para accionar contra dicha resolución-».

Que, por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Barrete Leiva vs. Venezuela ha establecido que «para satisfacer el artículo 8.2.b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, fas acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado a formular imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda esta información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La Corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2.b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho a la defensa».

Que, la apertura de instrucción por un delito o su ampliación de oficio por el Juez, sin que el representante del Ministerio Público hubiera previamente ejercitado la acción penal mediante la formalización de la denuncia, no puede ser convalidada ni sujeta a integración, en la medida que resulta inconstitucional -conforme a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional- y por tanto un supuesto de nulidad absoluta del acto procesal. El artículo 159°.5 de la Constitución es lo suficientemente claro, corresponde al Ministerio Público ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte.

La integración de las resoluciones solo procede respecto de lo accesorio, incidental o subsidiario, conforme lo estatuye el artículo 298° del Código de Procedimientos Penales, no cuando se trata de las competencias constitucionalmente asignadas. Que, no puede convalidarse un acto procesal que adolece de un defecto procesal absoluto, conceptualizado como una grave irregularidad por el artículo 298°.3 del

Código de Procedimientos Penales, la condena por un delito que no fue materia de instrucción. A manera de ilustración se debe puntualizar que el nuevo Código Procesal Penal ha continuado considerando la falta de ejercicio de la acción penal por el Ministerio Público como un supuesto de nulidad absoluta: artículo 150° «No será necesaria la solicitud de nulidad de algún sujeto procesal y podrán ser declarados aun de oficio, los defectos concernientes: c) A la promoción de la acción penal (...)». Y como tal, la nulidad absoluta no se puede convalidar.

Que, por todo lo anteriormente expuesto, la decisión de los jueces supremos de la Sala Penal Permanente de declarar la nulidad de la apertura de instrucción de oficio (resolución del 7 de abril de 2001) por el delito de asociación ilícita no es irrazonable y corresponde a su exclusivo criterio jurisdiccional de apreciar los actos procesales defectuosos; por ende no han incurrido en ninguna infracción disciplinaria de las previstas en el artículo 48° de la Ley de la Carrera Judicial.

12. Errores judiciales en el delito de colusión desleal - Errores al dotar contenido penal a conductas neutrales en el contexto del delito de colusión desleal

Para establecer la atipicidad del hecho imputado como delito de colusión desleal, previsto en el tipo penal del artículo 384 del Código Penal, es necesario fijar previamente su estructura típica.

12.1. La no configuración del elemento concertación y perjuicio patrimonial exigido por el artículo 384 del Código Penal, modificado por la Ley N° 29703

Al respecto ABANTO VÁSQUEZ[457] afirma que «el objeto del bien jurídico directamente atacado (...) tiene un contenido patrimonial: en efecto, el núcleo rector típico describe una «(...) concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración Pública».

Es de notar que el verbo rector de este tipo delictivo consiste en defraudar, siendo la concertación un medio para llevar a cabo el tipo. Al respecto HUGO ALVAREZ[458] señala que «no se concibe una defraudación sin perjuicio económico del patrimonio del Estado».

---

[457] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 309

[458] HUGO ALVAREZ, *Jorge, Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, Revista Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 79.

Por su parte para ROJAS VARGAS[459], «el núcleo del comportamiento es defraudar al Estado o entidades y organismos sostenidos por éste mediante la concertación con los interesados en los convenios, ajustes, etc., asimismo el defraudar los intereses estatales se realiza por los sujetos activos que en el presente delito son los Funcionarios Públicos que actúan en razón de su cargo o por comisión especial, entendidos como «aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se haya especialmente ligada a éste (por nombramiento, delegación o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal».

Desde la perspectiva anotada se distinguen los siguientes elementos:

a. La intervención de los funcionarios públicos o autoridad que interviene en el ejercicio de sus funciones en las operaciones encomendadas a su cargo.
b. El bien jurídico protegido, el tipo cautela intereses patrimoniales del Estado, en este sentido se garantiza la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, así como la correcta administración de los intereses patrimoniales del Estado.
c. La intervención del funcionario se realiza sobre los elementos normativos del tipo, mediante formas contractuales tales como las licitaciones.
d. Por último se requiere de la concertación con los interesados, ello significa un acuerdo subrepticio y no permitido por la ley (acuerdo clandestino), lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos, que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación pública. Al respecto anota la doctrina que «esto representa una circunstancia modal sin la cual el supuesto de hecho perderá tipicidad objetiva, ya sea que el concierto se produzca sólo entre los propios agentes públicos intervinientes, o que no sea de conocimiento de los interesados»[460].

---

[459] ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 280.

[460] ROJAS VARGAS, Fidel, «Algunas observaciones en torno a la participación en el delito Omisión impropia», en *Diálogo con la Jurisprudencia N° 28,* noviembre de 2002, p. 68.

Los elementos de la concertación son:

a) *Acuerdo subrepticio*, se trata de una concertación de voluntades tomada de manera oculta entre los sujetos activos del delito, para favorecer a un determinado beneficiario.

b) El *acuerdo no permitido por ley*, el concierto de voluntades debe contravenir los intereses del Estado o entidades y organismos sostenidos por éste, en los contratos, licitaciones, suministros, entre otros; además debe causar perjuicio, toda vez que este es el elemento intrínseco de la defraudación, «es su componente material que lo objetiviza y diferencia del simple engaño»[461].

Exigencias anotadas que no concurren en el caso sub examine, toda vez, que no existen *factum* que solvente un perjuicio ocasionado al patrimonio del Estado.

12.2. La no configuración de la complicidad primaria en el delito de colusión desleal

El delito de colusión desleal admite participación, así lo entiende ROJAS VARGAS[462] para quien «cabe la complicidad de otros funcionarios y servidores, incluso de particulares dada la naturaleza compleja de los actos contenidos en el tipo penal. Aquellos particulares que negocian con el Estado toman el nombre de *interesados* o *partícipes primarios*, resultando su participación necesaria para la tipicidad del delito. *En tanto partícipe necesario, en sus modalidades de complicidad primaria (tomando en cuenta para ello todas las exigencias de tipicidad para tal título de imputación) y también abarcando la hipótesis de instigación, deberá el interesado actuar dolosamente para que su conducta sea punible, vale decir, con el conocimiento de los componentes del tipo y con la voluntad de infringir la norma*[463].

1. Como nos recuerda el citado autor, en la colusión desleal se admite la participación en grado de complicidad primaria, siempre que el imputado conozca todos los componentes del tipo y tenga la voluntad de infringir la norma.

2. Para conocer todos los componentes del tipo se requiere que su aporte sea relevante para concretar el delito, para esto es necesario

---

461 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos Contra la Administración Pública, op. cit.*, p. 412.
462 ROJAS VARGAS, Fide, *Delitos contra la Administración Pública*, 3ª ed., Grijley, 2002, p. 290.
463 ROJAS VARGAS, Fidel, *op. cit.*, p. 290.

que su ayuda se materiales durante algunos de los momento que el tipo regula. Este es el sentido previsto por el artículo 25 del Código Penal que se refiere a la complicidad en los siguientes términos:

«(...) El que, dolosamente preste auxilio para la realización del hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido».

A los que de cualquier otro modo hubiera dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena (...)».

3. Se aprecia así que la complicidad a la que se refiere el Código debe ser entendida como el actuar accesorio y dependiente del hecho principal dominado por el autor. Bien dice MIR PUIG[464] que «el partícipe se haya en una posición secundaria respecto al autor. El hecho principal pertenece al autor no al partícipe. Este no realiza el tipo principal, sino un tipo independiente de aquel (...). El desvalor de la participación procede del desvalor del hecho principal no es desvalor autónomo».

4. Como se aprecia la complicidad consiste en una forma de favorecimento del hecho ajeno, por tanto, el aporte del cómplice será contribuir a causar el hecho del autor, sea interponiendo una condición propiamente causal del mismo o favoreciendo eficazmente la realización del tipo, esto último implica que sin su contribución no se hubiere perpetrado el tipo. Se trata en otras palabras de facilitar el hecho cuyo desarrollo típico y dominio funcional no le es propio.

5. En este sentido los elementos de toda intervención criminal a título de complicidad supone la verificación concurrente de los siguientes elementos:

a) Aporte significativo, en el sentido que la contribución del cómplice haya sido imprescindible determinante para el éxito del plan criminal.

b) Que el aporte sea escaso, se trata de una contribución necesaria y ajena a la esfera de realización del autor.

c) Que el aporte se produzca en la fase de preparación del delito.

Debemos resaltar que el tipo penal de colusión está redactado utilizando el verbo rector en tiempo presente, esto implica que la contribución del participe debe antes de la consumación del delito,

---

[464] MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte General*, 7ª ed., Reppertor. Barcelona. 2004, p. 396.

por lo que se requiere que se conociera de que se generaría el delito, y brindara su aporte para que este se consumara.

Exigencias anotadas no concurren en muchos casos, toda vez, que no existen *factum* que solvente una supuesta convergencia de mi patrocinado con los funcionarios públicos para ocasionar perjuicio al patrimonio del Estado, o que haya prestado algún aporte doloso y pre asumido al autor o autores.

12.3. La conducta realizada constituye una conducta neutra y no lesiva al patrimonio del Estado

Los elementos objetivos del delito de Colusión Desleal no se configuran en la conducta del procesado, por cuanto estamos ante lo que en la doctrina y jurisprudencia nacional, han denominado CONDUCTA NEUTRAL.

Desde el punto de vista de la imputación objetiva, es elemental reconocer que no puede considerarse que un comportamiento crea un riesgo jurídicamente relevante cuando la conducta se somete a los niveles de riesgo permitido[465]. Así, la imputación objetiva desaparece, entre otras posibilidades, cuando el agente realiza un comportamiento permitido, tolerado, incluso fomentado por el ordenamiento, o como en este caso, una conducta neutra.

VILLAVICENCIO TERREROS señala al respecto que «(...) no responde como partícipe quien realiza un comportamiento cotidiano (neutral, banal) que esté relacionado con la conductas delictiva de la otra persona». Agrega citando a JAKOBS que «un comportamiento cotidiano e inocuo no adquiere significado delictivo cuando el autor lo incluye en sus planes. Puesto que se ha mantenido dentro del marco de su rol inocuo, el sujeto no tiene por qué consentir que se le imponga como definición de su comportamiento que el autor del delito establece tomando dicho comportamiento como razón del hecho delictivo»[466].

La jurisprudencia de la Corte Suprema se ha expresado en similares términos señalando que:

a) «Como anota la doctrina jurídico-penal, que existe un ámbito de actuación de éste último que es inocua y cotidiana, y que

---

[465] PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel, *El Riesgo Permitido en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2003, p. 84

[466] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, pp. 509, 510.

sólo mediante la puesta en práctica de planes de otras personas se convierte en un curso causal dañoso, lo que obliga a distinguir entre intervenciones propias y creación de una situación en que otras realizan el tipo (...)»[467].

b) «Que es pertinente aplicar al caso de autos los principios normativos de imputación objetiva que se refieren al riesgo permitido y al principio de confianza, ya que el acusado dentro de su rol de chofer realizó un comportamiento que genera un riesgo permitido dentro de los estándares objetivos predeterminados por la sociedad, y por tanto, no le es imputable el resultado (prohibición de regreso) al aceptar transportar la carga de sus coprocesados y al hacerlo en la confianza de la buena fe en los negocios y que los demás realizan una conducta lícita; no habiéndose acreditado con prueba un concierto de voluntades con los comitentes y estando limitado su deber de control sobre los demás en tanto no era el transportista, dueño del camión sino sólo el chofer asalariado del mismo, estando además los paquetes de hojas de coca camuflados dentro de bultos cerrados; aclarando que el conocimiento exigido no es el del experto sino por el contrario de un conocimiento estandarizado socialmente y dentro de un contexto que no implique un riesgo no permitido o altamente criminógeno»[468].

Aplicando lo anotado al caso de colusión desleal, debe enfatizarse que de la denuncia fiscal y auto apertorio de instrucción no existe *factum* o hecho de un supuesto acto de concertaciones, que haya desbordado, antes bien objetivamente se comportó de acuerdo al marco que establece su condición de empresario, esto es, una conducta neutra. Desde la perspectiva anotada no existe complicidad en la conducta, pues sujetaron su actuar a los marcos de un empresario.

Al respecto CANCIO MELIÁ afirma «una vez determinado el ámbito en el que existe un significado unívoco no delictivo la conducta del autor (...) queda desvinculada del posterior desarrollo lesivo con independencia de la cognoscibilidad o conocimiento por parte del autor del mismo, es decir que opera de modo completamente contra fáctico.

---

[467] Ejecutoria Suprema de 16 de setiembre de 2004. R. N. N° 2270-04-La Libertad. Caso: «Jefe de Banca Personal Interbak».

[468] Ejecutoria Suprema del 25 de noviembre del 2004, R. N. N° 552-2004 Puno. SALA PENAL PERMANENTE. R.N. N° 2270-2004. LA LIBERTAD

Dicho de otra manera se trata de conductas ambivalentes en su significado- desde el punto de vista natural externo- respecto de las cuales cabe establecer un significado objetivo vinculante»[469].

Por último es necesario dejar claro algunas consideraciones previas, desde el punto de vista de la complicidad primaria de colusión desleal, se comprende que debe existir un aporte necesario, idóneo encaminado a que se realice el resultado típico[470], ello supondría acuerdo previo, tal supuesto no podría ser posible, toda vez que no se formula o reprocha *factum* alguno de concertación

12.4. Demostración de la atipicidad del hecho objeto de imputación a partir de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, al exigir el elemento perjuicio, puntualizándose que las meras y supuestas irregularidades u omisiones es inocuo para configurar el delito de colusión desleal

El Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, que impone la obligación al órgano judicial que «los hechos imputados deben respetarse, no puede alterarse; es decir la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto **o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas».**

Dicha argumento para nada tiene de novedoso, ya que, además de encontrar respaldad con lo regulado en el referido acuerdo plenario, al resolverse el recurso de nulidad N° 13-04-2008, se afirmó que: *«Contravención al Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, que impone la obligación al órgano sentenciador que «los hechos imputados deben respetarse, no puede alterarse; es decir la sentencia no puede contener un relato fáctico que configure un tipo legal distinto o que introduzca circunstancias diferentes o nuevas»:*

En efecto, deben remitirse al derrotero resolutivo observado por la Corte Suprema, que destaca la atipicidad de hechos continuamente imputados a título de partícipes:

---

469 CANCIO MELIÁ, Manuel, *Líneas Básicas de la Teoría de la Imputación Objetiva*, *op. cit.*, pp. 118, 119.

470 «Que como delito de resultado, la colusión ilegal requiere que se produzca la defraudación a los intereses del Estado u organismos sostenidos por él, esto es, que se dé el perjuicio económico, no requiriéndose que necesariamente el sujeto activo del delito obtenga un beneficio económico o ventaja para si mismo». Ejecutoria Suprema R. N. Exp. N° 1923-2005. 1ra Sala Penal Transitoria. Lima, 1 de diciembre de 2005.

1.- El señor Juez Supremo Santa María Morillo:	En su voto dirimente del 30 de septiembre del 2010, R.N. N° 1097-2009, «conocido como el «caso Varillas», además de develar y censurar una contradictoria persecución múltiple por peculado y colusión desleal a la vez, afirmó que: «**Quinto:** Que, estando a lo expuesto precedentemente, queda claro que respecto a aquellos procesados sí concurren las exigencias típicas del delito de peculado; que si bien es cierto, los procesados Juan Alejandro León Varillas, Jaime Hortencio Zegarra Guillén, Manuel Esteban Pancorbo Rivera y Víctor Guillermo Bejarano Prado, en su condición de oficiales del Ejército peruano, intervinieron al inicio en la disposición patrimonial, sin embargo, **de la lectura íntegra del dictamen fiscal superior no se advierte base fáctica que sustente un supuesto acuerdo de voluntades con los procesados** Yataco Flores y Sánchez Guembes **para perjudicar económicamente a la institución agraviada**; que, en igual sentido, se concluye en cuanto a los procesados Víctor Rolando Rendón Valencia, Pedro Pelayo López Rishter, Fredy Amadeo Moccetti Lazarte, Antonio Conrado Chicchón Seminario y Julio Antonio Peralta Rojas; **que, debe agregarse la coherente y uniforme negativa de los aludidos procesados en los hechos materia de acusación fiscal. Sexto:** Que, en tal sentido, se debe tener en cuenta que el delito de colusión ilegal contempla como núcleo rector el «defraudar al Estado, según ley, **concertándose con los interesados** de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros»; que por «defraudar» se entiende que el sujeto activo quebranta la función especial asumida y la violación del principio de confianza depositada con el consiguiente engaño al interés público, al asumir el funcionario roles incompatibles y contrarios a las expectativas e intereses patrimoniales del Estado, **siendo el perjuicio un elemento intrínseco de la defraudación, que viene a ser un componente material en cuanto implica un perjuicio ocasionado a los intereses estatales**; que, siendo así, y **del tenor de la acusación fiscal, se aprecia, en cuanto a dicho ilícito se refiere, la existencia de una descripción genérica de los hechos, sin precisar cuál es el comportamiento típico en que habrían incurrido cada uno de los procesados para concertar entre ellos con la finalidad de defraudar al Estado peruano, es decir, no se precisó la real participación de cada uno de los encausados respecto a la concertación** entre funcionarios de la Empresa Popular y Porvenir Compañía de Seguros (...)».
2.- El señor Juez Supremo Neyra Flores:	Ejecutoria recaída en el R.N.N° 1097-2009, «caso Varillas»: «***Cuarto:*** Que, (...) Entre las características fundamentales que definen la naturaleza jurídica y funcionalidad procesal del delito de colusión

identificamos: i.- Que, es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo legal exige una relación funcional específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir. **En consecuencia, no resulta plausible la instauración de procesos penales bajo proposiciones fácticas circunscritas a la mera constatación de irregularidades administrativas sin que responda o constituya la exteriorización del núcleo típico del delito de colusión desleal; y ii).- El hecho punible de colusión es un delito de participación necesaria – concretamente de encuentro -, que requiere de la intervención de un particular o extraneus. Esta demanda que el agente público – el intraneus – se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicada en un contrato o acto – los interesados – que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública** – ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la «privatización» de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [Reyna Alfaro, Luis Miguel: Estructura típica del delito de colusión, Actualidad Jurídica, 130, 2004, página 69]; **en este orden de ideas, resulta cuestionable se acuse por el delito sub examine, sin la respectiva fijación de la base fáctica que dé cuenta de la convergencia entre el sujeto particular y funcionario público.** ***Quinto:*** Que, establecido lo anterior, debemos destacar que la pretensión punitiva plasmada en la requisitoria oral *ut supra*, **concerniente al delito de colusión desleal, presenta una genérica descripción de los hechos sin dar respuesta, por ejemplo espacio – temporal, de los comportamientos típicos convergentes en las que habrían incurrido cada uno de los acusados en la verificación del núcleo duro de la imputación, esto es, la concertación, requisito sine qua non para el juicio de subsunción de los «comportamientos» al tipo penal del delito de colusión desleal; acorde a ello, dicha tentativa inconexa de subsumir los hechos, por el ente persecutor, contraviene el Principio de Legalidad Penal** regulado en el artículo segundo, inciso veinticuatro, literal «d» de la Constitución Política del Perú, según la cual «nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté

	previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible, ni sancionado con pena no prevista en la ley»; **en concreto, al aplicar un tipo penal, en los supuestos en que el Juez penal se aparte del tenor literal del precepto, o cuando la aplicación de un determinado precepto obedezca a pautas interpretativas manifiestamente extravagantes o irrazonables, incompatibles con el ordenamiento constitucional y su sistema material de valores.** ***Sexto:*** Que, **por otro lado, al formular el thema probandum el Fiscal Superior recurre a la denominada prueba indiciaria,** abordada y desarrollada en la Ejecutoria Suprema número mil novecientos doce guión dos mil cinco guión Piura, de fecha seis de septiembre de dos mil cinco, donde se *ha establecido como principio jurisprudencial de obligatorio cumplimiento para todas las instancias judiciales, como presupuestos materiales legitimadores de la prueba indiciaria, única manera que permite enervar la presunción de inocencia. «Que, respecto al indicio,* ***(a)*** *éste – hecho base – ha de estar plenamente probado – por los diversos medios de prueba que autoriza la ley -, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno,* ***(b) deben ser plurales, o excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa,*** *(c) también concomitantes al hecho que se trata de probar – los indicios deben ser periféricos respecto al dato fáctico a probar, y desde luego no todos lo son, y* ***(d) deben estar interrelacionados,*** *cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia – no sólo se trata de suministrar indicios, sino que estén imbricados entre sí– (...); que,* ***en lo atinente a la inducción o inferencia, es necesario que sea razonable, esto es, que responda plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia, de suerte que de los indicios surja el hecho consecuencia y que entre ambos exista un enlace preciso y directo».*** ***Sétimo:*** Que, dicho baremo probatorio, de exigencia obligatoria para construir un *thema probamdum* en base a prueba indiciaria, **tampoco ha sido observado por el ente persecutor, debiéndose relievarse, que la omisión más evidente radica en cómo a partir de las irregularidades u omisiones descritas, conlleva necesariamente inferir la configuración del núcleo típico del delito de colusión desleal, esto es, la concertación entre los procesados».**
3.- El señor Juez Supremo Duberly Rodríguez Tineo:	3.1.- Ejecutoria recaída en el R.N. N° 1614-2011, del 3 de agosto del 2011, «caso CORPAC»: **Tercero:** Que, nuestro Derecho penal es un Derecho penal de acto, en consecuencia la represión penal supone que se haya cometido una acción; por lo tanto, es necesario, como primer nivel de análisis, com-

	probar la configuración de un comportamiento, que puede consistir tanto en una acción como en una omisión, en el primer caso, mediante un hacer positivo, el agente puede crear una situación de peligro o aumentar un peligro ya existente. Asimismo, debemos subrayar que la causalidad no basta para sostener que el hecho previsto en el tipo legal ha sido realizado, ya que, es inviable responsabilizar por un suceso que no se puede controlar ni evitar. La creación de un peligro o la intensificación de uno existente tampoco es suficiente para imputar objetivamente el resultado al autor del acto, ya que es indispensable que el resultado constituya la realización del riesgo no autorizado. **Cuarto:** Que, la imputación del resultado implica, igualmente, que el peligro esté cubierto por la norma jurídica, más exactamente por los alcances del tipo legal y, en el delito que nos ocupa, su configuración exige como un primer nivel de análisis identificar y focalizar a los sujetos cualificados pasibles de confluir en un acto colusorio. De esta forma, apoyándonos en los lineamientos aquí deslizados se podrá limitar la punibilidad en los delitos de necesaria convergencia de sujetos activos –funcionarios y particulares– y ello es indispensable dado que la responsabilidad penal está expresamente proscrita de nuestro ordenamiento jurídico penal, esto es, la responsabilidad objetiva no tiene aplicación en nuestro sistema de justicia penal. **Quinto:** Que, en efecto, el artículo sétimo del Título preliminar del Código Penal consagra el principio de responsabilidad o culpabilidad, por el cual se incide en el imperativo de establecer la responsabilidad penal del autor para facilitar la imposición de la pena, proscribiendo, por consiguiente, toda forma de responsabilidad por el resultado, esto es, responsabilidad objetiva - acorde a la antigua máxima, proveniente del derecho canónico: «versari in re illicita casus imputatur» según esta antigua máxima, si una persona realiza un acto responde por cualquier resultado que devenga de ella -. De esta forma, el Estado sólo intervendrá cuando un miembro de la comunidad actuó culpablemente, es decir, la pena sólo puede basarse en la circunstancia que al autor debe reprocharle personalmente su hecho. De modo que para imponer una sanción penal por el hecho punible de colusión desleal, se hace imprescindible que en el proceso penal quede debidamente acreditado que el autor haya controlado positivamente el iter contractual. **Sexto:** Que, fijado lo anterior, debemos subrayar que la Sala Sentenciadora condenó a los procesados Félix Oscar Granthon Granthon, Renzo Antonio Brissolese Estela, Guido Hipólito Niño de Guzmán Almanza, Víctor Hugo Alegre Cárdenas y Manuel Ernesto Ortega Deza, sin acreditar que efectivamente hayan tenido el dominio y competencia para la comisión del hecho punible de colusión desleal. **En esta línea argumental, resulta inaceptable, derivar la responsabilidad penal de los en-**

	causados a partir de la mera y generalizada atribución de haber «direccionado» el proceso de licitación pública internacional –en nuestro caso haber viabilizado con los decretos de urgencia– OSP/cero cuarenta y seis/ cero cincuenta y seis, o la pretendida constatación de un dato periférico – como lo es la realización del proceso de estandarización de equipos de rayos X y pórticos detectores de metales –**ajeno al núcleo duro del delito de colusión desleal– sin ser amalgamado dentro de una convergencia de sujetos calificados con particulares** -; más aún, si tenemos como *factum* que fue la Oficina de Servicios para proyectos de las Naciones Unidas - UNOPS quien estuvo encargada en todo momento de la licitación pública internacional cuestionada, y no así la empresa Corpac Sociedad Anónima o sus representantes. **Sétimo:** Que, de esta forma, la sentencia condenatoria colisiona con el principio jurídico penal contenido en artículo VII del título preliminar del Código Penal peruano, que prescribe que: «***La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva***», principio cuyo espectro aplicativo, dada su condición y ubicación sistemática, se irradia a todos los tipos penales, y cuya vigencia se acentúa, en los supuestos de confluencia de varios sujetos activos en la dinámica comisiva del delito, como lo es el delito de colusión desleal.»

12.5. Infracción en la aplicación de la ley temporal de la ley penal

A diferencia de lo que ocurre en el proceso civil, en el que se tutelan derechos privados libremente renunciables, el comienzo del proceso penal no se deja a la libre disposición de las partes, debiendo el Ministerio Público incoarlo desde la etapa postulatoria del proceso penal, con arreglo a las disposiciones constitucionales y legales vigentes al momento de la comisión de los hechos. A dicho sujeto procesal le incumbe, siempre como deber, impulsar la actividad jurisdiccional (en su momento acusar) mientras no desaparezca por completo el interés público de responder jurídicamente a una conducta que parece criminal[471].

En este orden de ideas, es principio fundamental del propio sistema, el de legalidad, cuya ubicación sistemática y prevalente en la Constitución Política y en el art. II del Título Preliminar del CP, le

[471] CORDÓN MORENO, Faustino, *Las Garantías Constitucionales del Proceso Penal*, Aranzadi, Navarra, 1999, p. 20.

otorga un radio de acción aplicativo a todo el ordenamiento jurídico, informándolo bajo el mandato de que «Nadie será sancionado por un acto no previsto como delito o falta **por la ley vigente al momento de su comisión**, ni sometido a pena o medida de seguridad que no se encuentren establecidas en ella.» Dicha normatividad es concordada con lo previsto por el art. 6° del CP., que establece que «**La Ley Penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible**. No obstante, **se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales**[472].

De los dispositivos citados, se erige como imperativo legal que, al formalizar la Denuncia, así como al calificarse la misma en el Auto Apertorio de Instrucción, tanto el Fiscal Provincial como el Juzgado deben tener como referente la normatividad vigente al momento de los hechos generadores de la presente causa, esto es, **la versión del artículo 384°, e Inc. 3° del art. 425 del Código Penal, antes de las modificatorias ocurridas según los artículo 1° y 2° de la Ley 26713 del 27 de Diciembre de 1996.**

No obstante dicha exigencia principista[473], de rango constitucional y supra nacional[474], se presentan casos en los que el Fiscal Provincial formula denuncia teniendo como soporte de su motivación y argumentación jurídica para la subsunción de los hechos atribuidos, una normatividad que no se encontraba vigente al momento de iniciarse y suscribirse la operación contractual de compra venta.

Efectivamente al tipificar los hechos denunciados el Titular de la Acción Penal **infringe la prohibición de retroactividad de la ley**

---

[472] Dispositivo que debe concordarse con el inc. 11° del art 139 de la Constitución Política que establece que «Son principios y derechos de la función jurisdiccional: 11.- **La aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales**».

[473] Exigencia que es reiterada por el art. 6° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que establece que «Todo proceso judicial, cualquiera sea su denominación o especialidad **debe ser sustanciado bajo los principios de legalidad**, inmediación, concentración, celeridad (...) **dentro de los límites de la normatividad que le sea aplicable.**»

[474] Ha sido recogido por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948, en su art.XXV; por la Declaración Universal de Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, también de 1948, en su art.11, inc.2°; por la Convención Americana de Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, en el art.9°; y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o Pacto de New Cork, en el art. 15, inc. 1°.

penal[475]; sin embargo, se identifican casos en que se viene aplicando retroactivamente las modificatorias incorporadas en el mes de diciembre del año 1996, a hechos que cuyos antecedentes se remontan al 30 de mayo de 1996, **debiendo resaltarse que dichas modificatorias legales no devienen en marginales o secundarias al proceso argumentativo y motivacional de la subsunción de los hechos denunciados, sino por el contrario, de manera explícita y fundamental han servido para tipificar los hechos como punibles**, y sobre dicha base jurídica se han elaborado y tejido una serie de razonamientos que han impulsado al proceso penal, argumentaciones de cargo que se desvanecen al ser contrastados con la norma aplicable en el tiempo, conforme detallamos a continuación[476]:

a) En cuanto al revestimiento público de la Caja de Pensiones Militar Policial, y, fundamentalmente, de los fondos administrados por ésta, la Fiscalía en su **Denuncia** N° 36-2001 plantea la siguiente argumentación: «... *La CAJA DE PENSIONES MILITAR POLICIAL es un ORGANISMO PÚBLICO DESCENTRALIZADO, tal como además lo ha indicado el Fondo Nacional de Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado «FONAFE» en su oficio N° 498-2000-FONAFE del 22 de marzo del 200, en la que indica literalmente «...cabe señalar que, la CPMP es un Organismo Público Descentralizado que dependerá de los Ministros de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del interior, tal y como lo establece el art. 2 del Decreto Ley 21021, cuya función principal es administrar el régimen de pago de pensiones y compensaciones de sus miembros»; en consonancia a ello, quien lo dirige y administra SON FUNCIONARIOS PÚBLICOS, aun cuando su art. 31 del Decreto Ley 21020 precisa que el régimen laboral de los*

---

[475] «Sintéticamente, significa que nadie puede ser castigado retroactivamente por un hecho que no estaba tipificado como delito al momento de su comisión, así como tampoco se le puede introducir retroactivamente una clase pena más grave. Sus formulaciones más acabadas se deben a la doctrina alemana, de gran sensibilidad constitucionalista, para la cual el principio, junto a su función propiamente política de garantía contra el poder estatal de castigar, tiene la finalidad capital de asegurar la eticidad específica del Derecho, constituida por la certeza jurídica.» Manuel DE RIVACOBA Y RIVACOBA, *El Penalista liberal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, p. 260.

[476] No obstante que la Ley Orgánica del Ministerio Público en su art. 1°, paradójicamente, lo define como «el organismo autónomo del Estado que **tiene como funciones principales la defensa de la legalidad**, los derechos ciudadanos y los intereses públicos».

trabajadores de la Caja de Pensiones Militar Policial -no de los directivos que son miembros de las FFAA y FFPP- es al correspondiente a la actividad privada; ello resulta irrelevante, dado que para nuestro Sistema Penal lo que interesa es la naturaleza de la Función y las características del órgano donde se presta servicios...»; esto es, se resalta la supuesta condición pública de los órganos de gobierno de la CPMP, empero, se obvia referirse que la misma debe detentar la condición de «empresa del Estado», «sociedad de economía mixta» u «organismo sostenido por el Estado» de conformidad con el texto vigente al momento de la supuesta comisión de los hechos.

b) Dicha violación al Principio de Legalidad y Debido Proceso genera a su vez que en la **Acusación Fiscal**, página 167 y siguientes, se cite como fundamento jurídico el texto modificado del artículo 384° del CP., así asevera que: «...*El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años...*».

c) Establecido el vigente marco legal, y por ende, efectuada una nueva lectura de los hechos desde una nueva óptica tipificadora, según la versión primigenia del artículo 384°[477], e Inc. 3° del artículo 425°[478] del CP., nos planteamos la siguiente interrogante: La premisa consistente en que «la Caja de Pensiones Militar Policial **es un Organismo Público Descentralizado**»: ¿Es suficiente para satisfacer el Principio de Legalidad y estándares típicos vigentes al momento de

---

[477] El texto primigenio del art. 384° tipificaba y sancionaba al: «funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón o comisión especial *defrauda al Estado o a empresas del Estado o a sociedades de economía mixta u organismos sostenidos por el Estado*, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años»

[478] El texto primigenio del inciso 3° del art. 425° del CP, consideraba como funcionarios o servidores públicos a «*Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y organismos sostenidos por el Estado*».

los hechos, y, en concreto, el supuesto «**organismos sostenidos por el Estado**» –al que más se aproxima el referente que viene sirviendo para tipificar los hechos, esto es, «**entidad u organismo del Estado**»–, consideramos definitivamente que no, por cuanto, a la luz de la normatividad aplicable, esta recalca el sostenimiento eminente público de las personas jurídicas enumeradas en el texto vigente, hecho que no ocurre en el presente caso materia de análisis.

Dicha vulneración al Principio de Legalidad ha servido en la actualidad que el Ministerio Público –paradójicamente defensor de la legalidad– solicite 15 Años de Pena Privativa de la Libertad, contravención que se remonta al **Auto Apertorio** de fecha 27 de abril del 2001, donde se postula la tesis de que: «*...una de las instituciones más afectadas con esto actos de corrupción fue la Caja de Pensiones Militar Policial, Persona Jurídica de Derecho Público Interno, destinada a: a) Administrar el régimen de pago de las Pensiones y Compensaciones de sus miembros, de conformidad con lo establecido en el decreto Ley diecinueve mil ochocientos cuarenta y seis; b) Administrar los recursos de la Caja, con la finalidad de incrementarlos; c) Administrar los recursos de la Caja, con la finalidad de incrementarlos; y d) Administrar otros fondos y prestar otros servicios que se aprueben por Decreto Supremo, refrendado conjuntamente por los Ministros de Guerra, de Marina, de Aeronáutica y del Interior, y sujeta a la acción de la Contraloría General de la República, según artículos primero y quinto de la norma de su creación, Decreto Ley Veintiún Mil veintiuno y artículo siete, once y treinta de su reglamento – Decreto Supremo cero cero cinco – setenta y cinco - CC FA, modificado por Decreto Supremo cero cero cinco -GU -SGMG, habiéndose reiterado su sujeción a la Contraloría en el año mil novecientos noventa y cinco, según el artículo quinto del Reglamento de Control y supervisión de Derramas y Cajas de Beneficios entre ellos la Caja de Pensión Militar Policial (Decreto Supremo ciento sesenta - nueve - EF) donde si bien se establece el control y supervisión de la caja, por parte de la Superintendencia de Banca y Seguros, también se deja expresa constancia que la acción se realizara sin perjuicio de la que corresponda llevar a cabo a la contraloría General de la República...*»; es decir, tanto el A quo como la Fiscal Superior se han limitado a esgrimir premisas basadas en que la Caja de Pensiones Militar Policial es una persona jurídica de derecho público interno,

para luego colegir que sus funcionarios ostenta la calidad de funcionarios públicos.

12.6. Atipicidad de los hechos desde la óptica de la normatividad vigente al momento de ocurrido los hechos

Establecido la normatividad aplicable a los hechos materia de acusación, se exponen argumentos demostrativos de la irrelevancia penal de los hechos incriminados.

a) **En cuanto a la naturaleza de los fondos manejados por la Caja de Pensiones Militar Policial:**

Conforme se glosó, a fin de que calcen en el supuesto de «entidad u organismo del Estado», según la versión modificada por el art. 2° de la Ley 26713 del 27 de Diciembre de 1996, se viene ensayando los siguientes argumentos:

i) En la denuncia Fiscal N° 36-2001, se afirma que «**la Caja de Pensiones Militar Policial es un Organismo Público Descentralizado**»; y

ii) En la Acusación Fiscal, se asevera que «**La acción típica del delito consiste en defraudar al Estado o entidad u organismo del Estado**».

De la lectura de los fundamentos que se han venido esgrimiendo, emerge la siguiente interrogante: El argumento de que «la Caja de Pensiones Militar Policial **es un Organismo Público Descentralizado**», ¿Es suficiente para satisfacer los estándares típicos vigentes al momento de los hechos, y, en concreto, como son los supuestos de «empresa del Estado o a sociedades de economía mixta – y en particular el supuesto de -**organismos sostenidos por el Estado**»(al que más se aproxima el referente del que se viene sirviendo para encuadrar los hechos al tipo penal, esto es, «**entidad u organismo del Estado**»)? Consideramos categóricamente que no, por cuanto, a la luz de la normatividad aplicable, esta enfatiza el exclusivo sostenimiento público de la persona jurídica, esto es, de la CPMP.

Debemos tener como referencia, que los hechos se iniciaron el 27 de marzo de 1996, por el cual el Gerente de Inversiones de la Caja Policial Militar Policial comunicó al directorio de dicha empresa, la oferta de venta de la Empresa Corporación Sagitario, logrando la formalización de la venta del terreno ubicado en el Fundo El Salitre,

en mayo de 1996, tal y como lo indica el Fiscal Superior en su Acusación Fiscal; de donde se desprende que la normatividad aplicable y vigente al momento de la comisión de los hechos, respecto al delito de Colusión Desleal, era la norma penal del año de 1993, la cual establecía que: «....*El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concursos de precios, subastas o en cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o a empresa del Estado o sociedades de economía mixta u organismo sostenidos por el Estado, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros...*».

La naturaleza exclusiva de los recursos públicos sostenedores de las personas jurídicas, es recalcado, por el artículo 425 Inciso 3° que establecía que se considera funcionarios públicos «los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y **de organismos sostenidos por el Estado**». Supuesto este último, que enfatiza la depende pública para su funcionamiento, no ocurriendo este hecho en el presente caso, ya que tal y como se indica en el propio auto apertorio de instrucción de fecha 27 de abril del 2001, se ha establecido que la Caja de Pensiones Militar Policial tiene **patrimonio propio**, es decir, que es una empresa que no es sostenida con recursos del Estado.

A mayor abundamiento se debe tener en cuenta que la naturaleza de los fondos de la Caja de Pensiones Militar Policial, respecto a la ubicación sistemática del delito –y por ende bien jurídico protegido– debe corresponderse necesariamente con un inobjetable **carácter público de los fondos afectados por el ilícito objetado**, lo cual no se condice con lo que acontece en el presente caso, habida cuenta de que se tienen sendos Informes emitidos por Contraloría General de la República, Superintendencia de Banca y Seguros, el Ministerio de Economía y Finanzas que de manera uniforme y coincidente establecen que los aportes efectuados por el Estado a la Caja (equivalente al 6% del total de los aportes) **no forman parte del presupuesto público**, sino que son contribuciones a título de entidad empleadora, lo que significa, en puridad, que tales fondos son inherentes a lo que por concepto remunerativo reciben los funcionarios policiales y militares, y que por ende están comprendidos en el ámbito patrimonial particular de éstos y no del Estado. Consiguientemente, redefinida la normatividad, deviene en consistente la tesis de que la Caja de

Pensiones Militar Policial no se encuadra en los supuestos de « (...)Estado o a empresa del Estado o sociedades de economía mixta **u organismos sostenidos por el Estado**(....)». En consecuencia falta dicho elemento, alternativo del tipo penal, al aplicar una normatividad no vigente al momento de la comisión de los hechos, disminuye los presupuestos típicos del texto primigenio, vigente al momento de sucedidos los hechos.

12.7. En cuanto al revestimiento que deben detentar los integrantes del órgano de gobierno de la Caja de Pensiones Militar Policial, para ser catalogados como autores del delito de colusión desleal

El Fiscal Provincial en su denuncia postula la siguiente tesis para la configuración del elemento típico sub examine, que: «**Los Directivos y Funcionarios de la Caja de Pensiones Militar Policial, es pertinente dejar en claro que el art. 425 inc. 3 del Código Penal establece que, para efectos penales, se consideran FUNCIONARIOS o SERVIDORES PÚBLICOS «todos aquellos que independientemente del régimen laboral en que se encuentren, mantienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejercen funciones en dichas entidades u organismos**». Denuncia que ha permitido la iniciación del presente proceso penal, a través del Auto Apertorio de fecha 27 de abril del 2001, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública - delitos cometidos por Funcionarios Públicos - COLUSION DESLEAL, delito tipificado y sancionado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, donde se postula la siguiente tesis en sus considerandos: «*...Tercero: Que, una de las instituciones más afectadas con esto actos de corrupción fue la Caja de Pensiones Militar Policial, Persona Jurídica de Derecho Público Interno...*»; y en su considerando «*...Cuarto: Que las investigaciones realizadas llevarían a establecer que los funcionarios de la Caja de Pensiones Militar Policial, por invitación directa habrían favorecido con contratos totalmente desfavorables a los intereses de su representada .... esta presunta grave defraudación a los intereses del Estado por la naturaleza jurídica de la institución agraviada configura ilícito penal...*».

De la lectura de los fundamentos que se han venido esgrimiendo, respecto a los directivos y Funcionarios de la Caja de Pensiones Militar

Policial, emerge la siguiente interrogante: **el art. 425 inc. 3 modificado del Código Penal establece que, para efectos penales, se consideran FUNCIONARIOS o SERVIDORES PÚBLICOS «todos aquellos que independientemente del régimen laboral en que se encuentren, mantienen vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejercen funciones en dichas entidades u organismos».** Lo que sugiere la siguiente interrogante: ¿Es suficiente dicha argumentación para satisfacer los estándares típicos vigentes al momento de los hechos, y, en concreto, lo previsto en el inc. 3° del art. 425 del CP., que antes de la modificatoria prescribía que: «se consideran funcionarios o servidores públicos: 3).- Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y **organismos sostenidos por el Estado**»? Consideramos categóricamente que no, por cuanto, a la luz de la normatividad aplicable, esta enfatiza el sostenimiento pública de las empresas sociedades u organismos del Estado, presupuesto típico que no acontece en el caso materia de análisis.

Siguiendo el hilo argumental, consabido es que las posibilidades de configuración de las expectativas normativas bien pueden dirigirse de modo generalizado a cualquier persona, o bien formularse de manera particularizada respecto de a un grupo específico de destinatarios. Tal delimitación solventa la división entre **delitos** comunes y **especiales**, y, por ende, la autoría de los segundos no puede ser atribuida a cualquier persona, sino solamente a los sujetos que reúnen las **cualidades descritas formalmente en los tipos legales de la Parte Especial de nuestro Código punitivo. En los delitos especiales o de infracción de deber el fundamento de la punición consiste sin duda en la lesión de un bien jurídico concreto, correspondiendo al tipo penal que lo acoge establecer la órbita o círculo de autores idóneos para ser autores dada su particular y específica relación con aquél.**

En tal sentido, **los tipos penales de funcionarios constituyen delitos especiales de infracción de deber** «positivizados», en los cuales **las expectativas normativas** se centran en el **regular y óptimo funcionamiento de la Administración Pública (por ej. la salvaguarda de los intereses económicos del aparato estatal)**; lo cual determina que se encuentren directa y formalmente dirigidos a aquellos sujetos que ocupan un status especial que dimana de sus deberes funcionales en torno al interés estatal concreto cuya protección le haya sido confiado.

Así, entre el género de delitos Contra la Administración Pública, respecto a la figura de la **Colusión Desleal**, cabe indicar que «... **el objeto del bien jurídico directamente atacado (...) tiene un contenido patrimonial**; en efecto, el núcleo rector típico describe una «... **concertación con la posibilidad de perjudicar económicamente a la Administración Pública** ...»[479].

Determinado como **objeto de protección** del tipo penal sub – examine el **patrimonio administrado por la Administración Pública (en cuanto a lo que ella debería obtener como contraprestación del particular que contrata con el Estado)**[480], es de relievar además que la descripción típica de la Colusión Desleal tiene como verbo rector el defraudar (prescribiendo la concertación como medio), al punto que ciertos autores denominan a este tipo penal como «**Fraude en la Administración Pública**» debiendo entenderse por ende que «... **no se concibe una defraudación sin perjuicio económico del patrimonio del Estado** ...»[481], de lo que resulta la necesaria convergencia de estos dos elementos a efectos de la configuración de la Colusión, de lo contrario, es posible la eventual verificación de algún otro ilícito penal mas no el referido.

Por tanto, de lo hasta aquí expuesto, cabe colegir que un adecuado juicio de subsunción en el delito de Colusión Desleal importa fundamentalmente una determinación de un funcionario o servidor público en el contexto de «un organismo sostenido por el Estado», resaltándose, una vez más, la **naturaleza del patrimonio comprometido en la concertación y defraudación por parte de los agentes**.

Dicha determinación deviene además en significativa toda vez que acorde a lo precisado en los puntos «1» y «2», cabe anotar que «... no es sujeto activo del delito cualquier funcionario público ni siquiera si estuviera comprendido dentro del artículo 425° del Código Penal, sino solamente aquél que, en el caso concreto previsto por el Código Penal tiene la función (mejor dicho el deber) de no atentar contra el objeto del bien jurídico ...», y ello, por cuanto al interior de la Administración Pública existen los delitos funcionariales comunes

---

479 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2003, p. 309.

480 *Ibidem*. p. 309.

481 HUGO ALVAREZ, Jorge, *Delitos cometidos por funcionarios públicos contra la Administración Pública*, Gaceta Jurídica, Lima, 2000, p. 79.

(sujeto activo: cualquier funcionario público) y delitos funcionariales especiales (sujeto activo: solamente el funcionario al cual se refiere el tipo). Así, la calidad de funcionario público per se (como lo podrían ser los representantes de los Ministerios de Defensa y del Interior para la dirección de la Caja por su nombramiento mediante Resoluciones Supremas incluso) deviene en irrelevante a efectos de la Colusión Desleal, mientras no se haya determinado que el patrimonio cuya administración se le ha confiado y que resulta comprometido con la concertación con terceros, efectivamente es de carácter público. Exigencia típica que conforme hemos sustentado, nuevamente es dejado de lado, por una más lesiva, difusa y de dudosos contornos como es la modificatoria del inc. 3° del art. 425° del Código Penal, que establece que se consideran funcionarios o servidores públicos: «Todo aquel que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado y que en virtud de ello ejerce funciones en dichas entidades u organismos».

12.8. De la imprecisa tipificación de los hechos por parte del Ente Persecutor

De cara al procedimiento y exigencias en la construcción, elaboración y contenido de la Acusación Fiscal reguladas en el artículo 225° del Código de Procedimientos Penales, dispositivo concordante con el inciso «4» del artículo 92° de la Ley Orgánica del Ministerio Público. Dispositivos que exigen la observancia de las siguientes exigencias:

a) **Apreciación de las pruebas** de cargo y descargo actuadas, más aún, si en su condición de defensor de la legalidad y en observancia del principio de imparcialidad, el Ministerio Público tiene el deber de ponderar tanto los elementos probatorios de cargo como de descargo. Presupuesto infringido por la Fiscal Superior al limitarse enumerar, por ejemplo, las tasaciones propuestas por las partes, empero, unilateralmente y arbitrariamente opta por las que arriban a conclusiones opuestas y contrarias a los intereses de la defensa, sin justificar y fundamentar porque desecha la evidencia de descargo.

b) **La relación ordenada** de los hechos probados y de aquellos que, a su juicio, no lo hayan sido. Orden que debe estar supeditado al *iter criminis* del delito de colusión desleal. Exigencia que una vez más es

inobservado por la Defensora de la Legalidad, omisión que se explica al resultar imposible encajar la intervención de mi patrocinado en el *iter criminis* del delito de colusión desleal, si reparamos que en el auto apertorio de instrucción de fecha 27 de Abril del 2001, se califica el accionar del particular como instigador, *extraneus* con quien interactuó el procesado; en consecuencia, al tratarse la figura de instigador una extensión típica, mal podría atribuirse a mi patrocinado ser cómplice del instigador.

c) **La calificación del delito**, exigencia que en observancia del artículo 77° del Código de Procedimientos Penales debe conceptualizarse como una «calificación de modo específico del delito»; máxime, si nos atenemos a la producción jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de motivación de la calificación jurídica, que puntualiza que la misma debe focalizarse en la modalidad en concreto, de cara a estar informado con certeza de los cargos. Presupuesto inobservado desde el Auto Apertorio de Instrucción y reiterado en la Acusación Fiscal, verbigracia, no se identifica ni se fundamenta en cuál de las operaciones o adquisiciones enumeras en el artículo 384° del CP., se subsume los hechos por lo que se formula acusación, es más de manera inconexa a los hechos, a fojas 167 de la Acusación Fiscal se citan párrafos de autores que analizan el delito de colusión desleal, empero no tiene su correlato con los hechos sub examine, vía la subsunción o encuadre típico respectivo de los hechos.

d) A mayor abundamiento debemos remitirnos al desarrollo que sobre el contenido de la Acusación Fiscal, efectúa el Fiscal Supremo, Doctor Pablo Sánchez Velarde, quien señala que en virtud del dictamen que contiene la acusación «**El inculpado, ya acusado, tiene a partir de ahora perfectamente definidos los límites en base a los cuales va a tener que mover su defensa**».

e) Agrega que «**la acusación va a determinar la continuidad del proceso penal pues el paso inmediato es el juicio oral**», precisando como características: a).- **Delimita el objeto de juzgamiento, en cuanto precisa el delito** y la persona de su autor, por lo que el juicio oral debe de desarrollarse dentro de dichos límites; y b).- **Determina los límites de la sentencia**»[482] .

---

[482] SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de Derecho Procesal Penal*, IDEMSA, Lima, 2004, p. 551.

f) Funciones de la Acusación Fiscal que de la simple lectura del rubro tipificante del hecho ilícito penal, han sido vulnerados por la representante del Ministerio Público.

12.9. Extensión de las figuras del partícipe

El artículo 25 del Código Penal establece lo siguiente: «*El que, dolosamente, preste auxilio para la realización de un hecho punible, sin el cual no se hubiera perpetrado, será reprimido con la pena prevista para el autor. A los que, cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se les disminuirá prudencialmente la pena*». El cómplice debe realizar actos que favorezcan la realización del hecho principal, es decir debe hacerlo posible o facilitarlo. La acción del cómplice[483] requiere de dos elementos: **1.- Elementos Objetivos,** dentro de los que tenemos: **A).- Prestación de auxilio o asistencia.**- El cómplice debe realizar actos que favorezcan la realización del hecho punible principal, es decir, debe hacerla posible o facilitarla[484]. Su contribución puede ser material o por otro medio. **B).- Causalidad e Imputación Objetiva,** el cómplice debe realizar un acto que favorezca la ejecución del hecho punible, haciéndolo posible o facilitándolo, debiendo existir una relación directa y efectiva entre ambos sucesos, pero además de la causalidad deben regir las reglas de la imputación objetiva de tal manera que deberá verificarse si es posible imputar objetivamente al cómplice las conductas causadas; **C).- Momento del aporte,** la doctrina considera que el momento del aporte del cómplice puede darse tanto en la etapa de preparación como en su ejecución, pero no después de la consumación del hecho. Cuando se habla de cómplice primario, el aporte sólo podrá prestarse en la etapa de preparación puesto que si éste se presta en la etapa de ejecución el cómplice habría tenido dominio del hecho y por lo tanto sería coautor y no cómplice. Cuando se habla de cómplice secundario es indiferente la etapa en que se preste el aporte, claro está que siempre debe ser antes de la consumación[485].

En los casos en que se ofrezca colaborar con el autor luego de la consumación del hecho, no estaremos ante una complicidad posterior

---

[483] Ver VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *op. cit.*, pp. 520-525.
[484] Ver HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho Penal*, 3ª ed., Grijley, 2005, p. 897.
[485] CASTILLO ALVA, José Luis, «La Complicidad como participación criminal», en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N° 9, pp. 679-712 En: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/artículos/a_20080521_47.pdf.

a la consumación, sino que será determinante la promesa anterior para poder afirmar que nos encontramos ante un supuesto de complicidad y si esta promesa anterior no tuvo incidencia en el hecho no habrá complicidad[486]. 2.- **Elemento Subjetivo.** El cómplice debe actuar con dolo que debe estar relacionado con un acto de colaboración.

La complicidad es «*la cooperación que el cómplice presta al autor en la realización de un hecho punible principal y doloso realizado por éste, si por el contrario el aporte sólo tiene influencia en el partícipe (cómplice), no cabrá participación punible por cuanto no es punible la complicidad en la complicidad en sí misma, sino en cuanto suponga complicidad en el hecho principal*»[487]. En consecuencia la complicidad lo es de un hecho principal típico y antijurídico y por ende no se reprocha penalmente el supuesto de complicidad.

En este orden de ideas, con relación a la acusada Annalía, estando al marco dogmático descrito anteriormente, llegamos a la conclusión que la conducta incriminada a la citada acusada no se subsume dentro de la calidad de cómplice en el tipo penal imputado por el representante del Ministerio Público, y por consiguiente no tiene relevancia jurídico penal, porque su accionar se limitó a prestar su cooperación y ayuda al acusado, habiéndose probado el nexo causal entre ellos, toda vez que como pareja sentimental y luego esposa adquirió y vendió un bien a su nombre con el único propósito de que no aparezca dicha propiedad a nombre del acusado, teniendo pleno conocimiento de las actividades ilícitas que su coacusado realizaba con el acusado Montesinos Torres. Sin embargo, el hecho de apoyar o colaborar con el acusado López Meneses no la hace cómplice del autor Montesinos Torres; que, se aprecia de la acusación Fiscal que se le incrimina ser cómplice, pero no del autor Montesinos, sino del cómplice acusado, es decir cómplice de cómplice y como ya se ha indicado, dogmáticamente no es punible la complicidad en la complicidad en sí misma, sino en cuanto suponga complicidad en el hecho principal, tal como también lo ha sostenido su defensa técnica. Que, además su participación se dio cuando el delito de Peculado ya se había consumado, habiendo participado en el

---

[486] LÓPEZ PEREGRIN, María Carmen, *La Complicidad en el Delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 325-326.

[487] LÓPEZ PEREGRIN, María Carmen, *La Complicidad en el Delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 296.

agotamiento del mismo con la finalidad de ocultar un bien ilegalmente adquirido y no se ha probado que su participación como cómplice haya sido bajo la figura de la promesa anterior tal como también lo ha planteado su defensa técnica en su alegato final; que, si bien no es posible imputarle la calidad de cómplice de cómplice del delito de Peculado, podría reprochársele otra conducta delictiva; que, al respecto, la defensa técnica sostiene que en todo caso la conducta que correspondería imputarle sería la comisión del delito de Encubrimiento Real tipificado en el artículo 405 del Código Penal y no del delito de Peculado, razón por la que en su alegato final ha solicitado que la Sala revise los elementos de imputación y determine si se está ante un delito de Encubrimiento Real o Peculado por Apropiación; sostiene además la defensa que, bajo el principio de igualdad, no resulta adecuado que a su patrocinada se le impute el delito de Peculado en grado de complicidad por haber suscrito un contrato de compra venta de un inmueble en representación de una empresa, cuando a los propios miembros de esta empresa Inversiones Arentel se les ha imputado el delito de Encubrimiento Real bajo una misma base fáctica homogénea, existiendo en todo caso una contradicción en la acusación fiscal, por lo que debe ser de aplicación al caso concreto lo dispuesto mediante Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116, debiendo la Sala desvincularse de la acusación Fiscal y cambiar el título de condena. Al respecto el Colegiado concluye a que no es posible imputar a la acusada la calificación jurídica de cómplice de cómplice del delito de Peculado por apropiación por cuanto no existe la figura penal de cómplice del cómplice tal como se ha desarrollado líneas arriba y si bien su conducta delictiva podría encuadrarse en otro tipo penal tal como lo sugiere la defensa técnica del delito de Encubrimiento Real tipificado en el artículo 405 del Código Penal, el Tribunal Supremo Penal en el Acuerdo Plenario N° 4-2007/CJ-116 ha establecido que sólo es posible desvincularse de la acusación fiscal cuando se trate de tipos legales homogéneos, que sean de la misma naturaleza -lesionen el mismo bien jurídico- y que los hechos que los configuran sean sustancialmente los mismos, esto es modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal; que, en el delito de Peculado el bien jurídico es A) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y B) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad y, el bien jurídico en el delito

de Encubrimiento Real es la recta administración de justicia, por lo tanto, se trataría de delitos que no lesionan el mismo bien jurídico por lo que no es posible que el Colegiado se pronuncie tal como lo sostiene la defensa técnica y encuadre los hechos en el tipo penal de Encubrimiento Real, cambiando el título de condena a través de la desvinculación procesal; que, en todo caso, correspondería remitir copias de los actuados para que el ente persecutor investigue la comisión del delito de Encubrimiento Real, sin embargo este tipo penal se sanciona con pena privativa de libertad no mayor de cuatro años y en aplicación del artículo 80 del Código Penal, la acción penal habría prescrito, por lo que no es posible que se remitan copias certificadas de los actuados al Ministerio Público para que proceda de acuerdo a sus atribuciones, por lo que el Colegiado concluye que no es jurídicamente posible imputarle a la acusada la calidad de cómplice de cómplice por cuanto dogmáticamente este comportamiento no es punible.

13. Derecho del ausente o del contumaz a una sentencia absolutoria

Los tratados internacionales sobre derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales supranacionales, han producido una modificación del concepto tradicional del derecho a la defensa, para aumentar la garantía hacía una calificación más amplia del debido proceso[488].

El debido proceso no se reduce al seguimiento del procedimiento establecido en la ley, es preciso reformular el método y la ideología con la finalidad de alcanzar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada) y de «lograr que el enjuiciamiento llegue a su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales»[489].

La garantía del debido proceso «exige de ahora en más, que la protección (la sentencia) llegue oportunamente; es decir, cuando se necesita seguridad y certidumbre, evitando sentencias que por el paso del tiempo pierden interés de los justiciables»[490].

---

488 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *El Debido Proceso*, p. 524, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004.

489 GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, p. 524.

490 *Ibidem, op. cit.*, p. 525.

El autor argentino Osvaldo Alfredo Gozaini explica que el derecho procesal transnacional ha creado «el derecho a obtener una sentencia en un plazo razonable», al que se considera una manifestación de la garantía del debido proceso[491].

El Tribunal Constitucional español en la STC 133/1988 definió que «por su propia naturaleza el proceso está destinado a desarrollarse en el tiempo, por lo que la tutela judicial ha de prestarse «tempestivamente». Por «proceso sin dilaciones indebidas hay que entender el proceso que se desenvuelve en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos pueden recibir pronta satisfacción»[492].

La autora española Cristina Riba Trepat, a partir del examen de la doctrina del Tribunal Constitucional español, afirma que existen 3 tipos de dilaciones que pueden afectar el derecho comentado[493]:

a) **Omisión propia:** ausencia de actividad judicial formal o material.

b) **Omisión impropia:** adopción por el juez de medidas inadecuadas para la pronta solución del proceso.

c) **Resolución judicial dilatoria:** emisión por el juez de resoluciones cuyo objeto permite pronosticar con certeza la producción «de demoras procesales injustificadas».

El profesor de la Universidad de Barcelona Joan Picó i Junoy afirma que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas busca evitar la consecuencia negativa de la «justicia retardada, justicia negada»; por lo que su objeto es el garantizar que la resolución de los litigios tendrá lugar dentro de un plazo razonable, esto es, sin dilaciones indebidas[494].

El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se refiere a «una razonable duración temporal del procedimiento necesario para

---

[491] *Ibidem, op. cit.*, pp. 525 y 526.

[492] Riba Trepat, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Bosch, Barcelona, 1997. p. 114.

[493] Riba Trepat, Cristina, *op. cit.*, p. 115.

[494] Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, 3ª reimp., J. M. Bosch Editor, Barcelona, 2002, p. 118,

resolver y ejecutar lo resuelto»; «este derecho comporta que el proceso se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido para que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción»[495].

1. La reserva del juicio oral al ausente o contumaz

El artículo 321 del Código de Procedimientos Penales establece que en los procesos penales con acusados presentes y ausentes o contumaces, respecto a estos últimos al final del juicio oral, el Tribunal Penal tiene dos opciones:

FORMAS ALTERNATIVAS DE FINALIZACIÓN DEL JUICIO ORAL EN EL CASO DEL ACUSADO AUSENTE O CONTUMAZ

- La absolución del acusado ausente o contumaz.
- La reserva del juicio oral al ausente o contumaz.

La utilización por la Sala Penal de alguna de las formas alternativas de terminación del juicio oral no es una facultad, sino una potestad, un poder para que el Tribunal pueda cumplir con el deber de realizar un debido proceso penal al ausente o contumaz.

La Corte Suprema de Justicia, como bien explica SAN MARTÍN CASTRO, ha establecido a través de la Ejecutoria del 26 de mayo de 1981 expedida en la Causa N° 1815-80 y de la Ejecutoria del 17 de enero de 1997 dictada en la Causa N° 3981-95-B, que se debe absolver al acusado ausente o contumaz cuando no exista prueba de cargo suficiente[496].

En la Ejecutoria del 26 de mayo de 1981 la Sala Penal de la Corte Suprema afirma que es doctrina judicial fijada mediante reiterada y uniforme jurisprudencia que a los acusados ausentes no se les puede condenar pero sí absolverlos «cuando del proceso no aparecen elementos suficientes de responsabilidad en su contra»[497].

---

495 PICÓ I JUNOY, Joan, *op. cit.*, p. 120.
496 SAN MARTÍN CASTRO, César, *op. cit.*, volumen II, p. 1365.
497 Centro de Investigaciones Judiciales de la Corte Suprema de Justicia de la República, El Magistrado, Lima, 1981, p. 174.

En la Ejecutoria del 17 de enero de 1997 la Sala Penal de la Corte Suprema fija el deber de absolver al acusado ausente cuando en el proceso penal «no se ha probado su responsabilidad»[498].

En consecuencia la decisión de reserva del juicio oral al ausente o contumaz responde a la aplicación de la siguiente regla: solamente se debe reservar el juicio oral a un ausente o contumaz cuando se haya probado la comisión del delito, su autoría o participación.

La regla de la reserva del juicio oral al ausente o contumaz solamente cuando se haya probado el delito y su intervención, es consecuencia de igual exigencia en la fase preparatoria del proceso penal; el artículo 318 establece los requisitos que se deben cumplir para que el Juez Instructor promueva el inicio de la fase preparatoria del juicio oral:

- El mantenimiento de la condición de ausente al término de la instrucción.
- Establecimiento de la existencia del delito y la culpabilidad del encausado.

Para ingresar a la fase preparatoria el Juez Instructor tiene que verificar si los medios de investigación acumulados en la fase de instrucción pueden demostrar la realización del delito y la responsabilidad penal del inculpado.

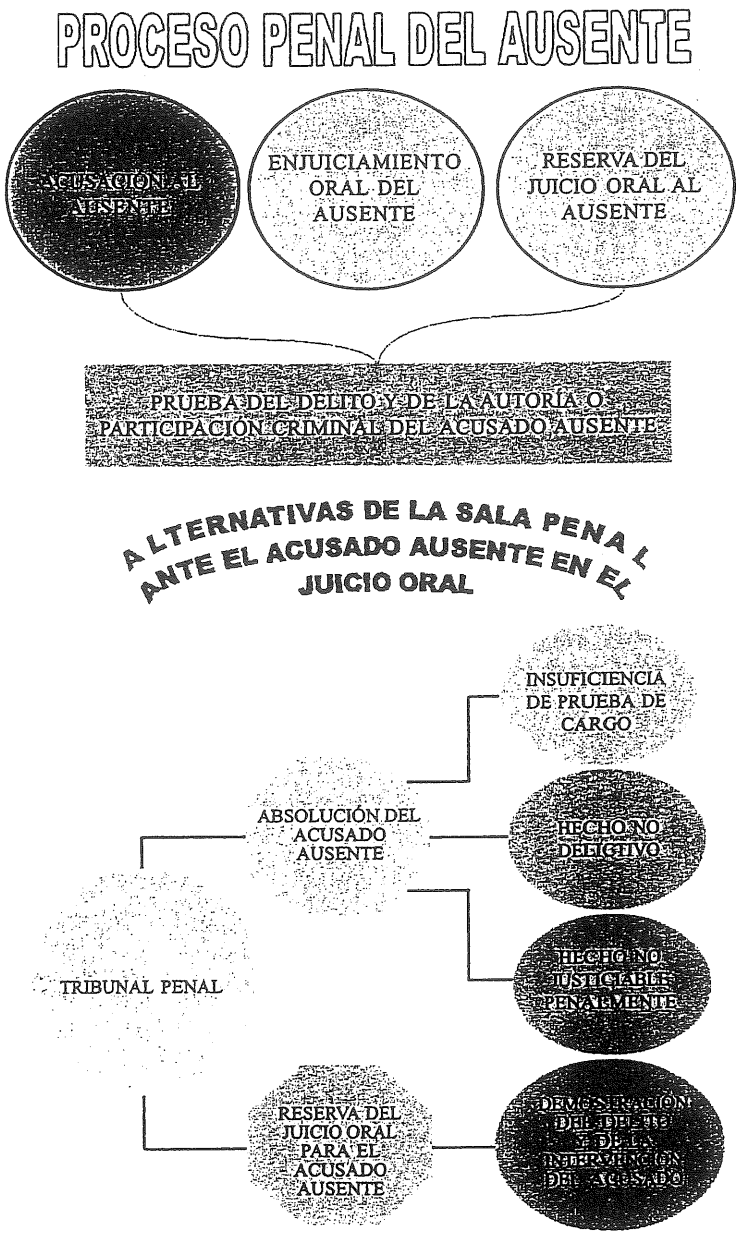
Resulta evidente que para llevar a juicio oral al ausente o al contumaz el Ministerio Público tiene que formular acusación aportando prueba de la perpetración del delito y de la autoría o participación del acusado.

El artículo 320 al regular el juicio oral del ausente o contumaz que comparece ante el Tribunal o es detenido, no considera necesaria la realización de actividad probatoria, pues sólo se actuarán los testimonios de las personas que voluntariamente concurran al juicio; expresamente se señala que la Sala Penal podrá sentenciar «por el sólo mérito de la instrucción».

---

[498] GÓMEZ MENDOZA, Gonzalo, *Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema*, tomo III, IDEMSA, Lima, 1997, p. 163.

La regla procesal del artículo 320 es coherente con la del 318, que como se reitera, exige que para la realización de la fase preparatoria y por ende del juicio oral, debe existir prueba suficiente de la comisión del delito y la autoría o participación del acusado.



En el proceso penal sí se verifican alguno de los tres supuestos para la absolución de la acusación al contumaz: Se ha demostrado que el hecho acusado no constituye delito; que no es justiciable penalmente en el caso de las acciones penales por abuso de autoridad y malversación de fondos por prescripción; y en todo caso, que la única prueba de cargo invocada por el Fiscal Supremo en lo Penal en su acusación oral, la testimonial, no es suficiente para desvanecer la presunción de inocencia que igualmente justifica la expedición de una sentencia absolutoria.

XX

La judicialización penal y administrativa de la política - La Responsabilidad Administrativa y la Responsabilidad Penal

1. A modo de introducción

El procedimiento administrativo y el proceso penal tienen objetos diferentes, en efecto, con motivo de la resolución del 23 de febrero del 2006 –Exp. N° 9816-2005-PA/TC, CUSCO, JUAN CASTILLO CANSAYA–, el Tribunal Constitucional destaco, ingresando a la litis en cuestión que, el procedimiento administrativo tiene como objeto la determinación de si la empresa que representa el recurrente ha infringido o no el deber de idoneidad previsto en el artículo 8° de Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor, en cuanto a la prestación de un servicio; mientras que el proceso penal tiene como objeto la determinación de la responsabilidad penal en la presunta comisión de los delitos de homicidio y lesiones culposas. El proceso administrativo examina la responsabilidad respecto del bien jurídico «idoneidad» del servicio prestado por la empresa; el proceso penal, en cambio, la responsabilidad penal respecto a los bienes jurídicos vida, cuerpo y salud. En consecuencia, los hechos descritos no afectan el principio de *non bis in ídem* en su dimensión procesal, y, desde tal perspectiva, no están referidos directamente al contenido constitucionalmente protegido por tal principio, en cuanto elemento del derecho al debido proceso, y, por lo tanto, es de aplicación la causal de improcedencia de la demanda establecida en el artículo 5°, inciso 1, del Código Procesal Constitucional.

Conforme se puntualizó en la sentencia de 16 de abril de2003, Exp. 2050-2002-AA/TC, reiterando lo expuesto en el Exp. N° 1003-1998-AA/TC, la aplicación de una sanción administrativa constituye la manifestación del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración. Como toda potestad, en el contexto de un Estado deDerecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, al respeto de la Constitución, de los principios constitucionales y, en particular, a la observancia de los derechos fundamentales, por ello el Tribunal

Constitucional relieva que la Administración, en la sustanciación de procedimientos administrativos disciplinarios, está vinculada al irrestricto respeto de los derechos constitucionales procesales y a los principios constitucionales (v.gr. legalidad, razonabilidad, proporcionalidad, interdicción dela arbitrariedad) que lo conforman. Rediseñando el poder sancionador de la Administración conforme a los límites similares a los que rigen la imputación penal y procesal penal.

Así las cosas, la potestad sancionadora administrativa se orienta bajo los siguientes principios: legalidad, tipicidad, debido procedimiento, razonabilidad, tipicidad, irretroactividad, causalidad, proporcionalidad. El principio de proporcionalidad se encuentra contenido en el artículo 200° de la Constitución Política (último párrafo) y supone proporción entre los medios utilizados y la finalidad perseguida. Debe existir una correlación entre la infracción cometida y la sanción a aplicar. Se deberá entonces determinar en cada caso concreto si hubo una excesiva afectación de los derechos fundamentales del actor con la Resolución de Destitución cuestionada.

Este principio está estructurado a su vez por tres subprincipios: a) Idoneidad: Toda medida que implique una intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente válido; b) Necesidad: No debe existir otro medio alternativo que, por lo menos, muestre la misma idoneidad para la consecución del fin propuesto y que sea benigno con el derecho afectado; y c) Proporcionalidad: el grado de intensidad en el que se realice el objetivo de la medida dictada debe ser equivalente al grado de intensidad en el que se afecte el derecho fundamental.

Este principio ha sido recogido en diferentes sentencias del Tribunal Constitucional, tales como: STC N° 2192-2004-AA/TC, STC N° 3567-2005-AA/TC, STC N° 760-2004-AA/TC, STC N° 2868-2004-AA/TC, STC N° 090-2004-AA/TC y STC N° 3778-2004-AA/TC.

Ingresando el Tribunal Constitucional al caso signado con el N° 1767-2007-PA/TC, Lima, ELARD JESÚS DIANDERAS OTTONE, del 14 días del mes de abril de 2007, constato que, de la revisión de autos se desprende que: a) Con fecha 5 de mayo de 2004, el Gerente de Auditoría Interna de la Municipalidad Distrital de La Molina dirige el Oficio N° 116-2004-GAI al Ministro del Interior, solicitándole la investigación de las denuncias y lista de ascenso de miembros de la Policía Nacional del

Perú y de un Comandante de la Marina, halladas en los archivos de las computadores de la Oficina de Ejecución Coactiva de la referida Municipalidad, en la acción de verificación realizada el 17 de febrero de 2004 (fojas 4 y 5); b) Debe señalarse que dicha acción de verificación nunca le fue notificada al actor Dianderas Ottone; se realizó sin su presencia, sin levantarse un acta y ni siquiera una constancia de lo que se registró, grabó e incautó, vulnerándose no sólo su derecho a la defensa (artículo 139°, inciso 14), de la Constitución) sino su derecho a la reserva en las comunicaciones (artículo 2°, inciso 10), de la Constitución), convirtiéndose esta supuesta prueba incriminatoria en ilícitamente obtenida, por ende careciendo de valor probatorio conforme a lo sostenido por este Tribunal Constitucional en la STC N° 1058-2004-AA/TC; c-) A raíz de dicho oficio se expidió el Parte Policial N° 4306-2004-DIRINCRI-DIVPOMIP-D-1, de fecha 27 de octubre de 2004, obrante de fojas 7 a 30, donde se pronunciaban por la no responsabilidad penal del actor por los hechos antes señalados; d) Es del caso precisar que con fecha 11 de abril de 2005, la Primera Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios emitió resolución disponiendo el archivo definitivo de los actuados referidos, conforme consta de fojas 262 a 263; e) Por Resolución de Alcaldía N° 597-2004, de fecha 26 de julio de 2004, obrante a fojas 45, se autorizó a la Gerencia de Asuntos Jurídicos para que, de acuerdo a las recomendaciones efectuadas por la Gerencia de Auditoría Interna, se inicien las acciones legales, entre otros, contra el actor, la misma que se emitió sin aprobación del Concejo, conforme a lo señalado en el Acta N° 022-2004 de la sesión ordinaria del Concejo Distrital de La Molina, de fecha 2 de setiembre de 2004, obrante de fojas 133 a 143 de los autos, y a lo dispuesto expresamente por el artículo 9°, inciso 23), de la Ley N° 27972 Orgánica de Municipalidades; f) Producto de esta denuncia, se emitió el Parte N° 4591-04-DIRINCRI-PNP/DIVPOMIP-D-5 de fecha 10 de noviembre de 2004, obrante de fojas 32 a 43, señalando no haberse establecido los supuestos delitos imputados; g) Posteriormente, con fecha 18 de noviembre de 2004, se dictó la Resolución de Alcaldía N° 884-2004, obrante de fojas 47 a 52, por la cual se dispone abrir proceso administrativo disciplinario contra el actor Dianderas Ottone, proceso que se inicia curiosamente luego de la expedición del Parte Policial antes señalado, por los mismos supuestos ilícitos, administrativos y penales a los ya denunciados y que merecieron el Parte Policial antes referido, y

en instancia única, conforme consta además de fojas 416 a 420, teniendo como sustento el Informe N° 006-MDLM-GAI, que se basó en los mismos cargos administrativos y presuntas responsabilidades que sustentaron el Informe N° 005-MDLM-GAI, que sirvió para que el Alcalde emitiera la Resolución N° 597-2004 antes mencionada; y h) Por Resolución de Alcaldía 998-2004, de fecha 30 de diciembre de 2004, de fojas 54 a 60, se resolvió imponer la sanción de Destitución como Ejecutor Coactivo de la Municipalidad Distrital de La Molina al demandante en este proceso, don Elard Jesús Dianderas Ottone.

Esta sanción se impuso pese a que, como se puede apreciar de la documentación obrante en autos, ya sea por la vía administrativa o la penal se pretendió responsabilizar al actor de diversos hechos, que fueron debidamente investigados y descargados (descargos a las observaciones 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 y 15), sin que se tome en cuenta lo sostenido por él. Peor aún, a pesar de encontrarse una acción de control interno, paralelamente se efectuaba una denuncia penal en base a pruebas incautadas el 17 de febrero de 2004, y sin que el Alcalde esté autorizado por el Concejo, por lo que se acredita que se ha vulnerado el debido proceso sustantivo al haberse emitido una resolución de destitución arbitraria y desproporcionada[499].

2. El procedimiento administrativo

Previamente, resulta necesario hacer un esbozo de cómo debe tramitarse o seguirse un procedimiento administrativo sancionador, teniendo en cuenta no sólo sus características, sino también los derechos de los administrados, lo que es aplicable para cualquier órgano o tribunal que imparta «justicia administrativa».

---

[499] De más está señalar que mediante Resolución de Contraloría N° 048-2005-CG, de fecha 3 de febrero de 2005, se separó definitivamente al jefe del Órgano de Control Institucional de la Municipalidad Distrital de La Molina, don Eduardo Barba Magnani, conforme consta a fojas 127; y, por otra parte, a otros funcionarios a quienes se les procesó juntamente con el actor, se les ha absuelto de los cargos atribuidos, con lo cual se aprecia que se ha vulnerado el derecho a la igualdad, conforme es de verse de fojas 72 a 77. Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú **HA RESUELTO** Declarar **FUNDADA** la demanda y, en consecuencia, nula la Resolución de Alcaldía N° 998-2004, de fecha 30 de diciembre de 2004, que ordena la destitución del demandante como Ejecutor Coactivo de la Municipalidad Distrital de La Molina; y nulo el Informe N° 006-2004-MELM-GAI *Examen Especial a la Oficina de Ejecución Coactiva de los períodos 2001 a 2003.*

El ejercicio de la potestad sancionatoria administrativa requiere de un procedimiento legal establecido, pero también de garantías suficientes para los administrados, sobre todo cuando es la propia administración la que va a actuar como órgano instructor y decisor, lo que constituye un riesgo para su imparcialidad; y si bien no se le puede exigir a los órganos administrativos la misma imparcialidad e independencia que se le exige al Poder Judicial, su actuación y decisiones deben encontrarse debidamente justificadas, sin olvidar que los actos administrativos son fiscalizables *a posteriori*.

De otro lado, sin ánimo de proponer una definición, conviene precisar que el objeto del procedimiento administrativo sancionador es investigar y, de ser el caso, sancionar supuestas infracciones cometidas como consecuencia de una conducta ilegal por parte de los administrados. Si bien la potestad de dictar sanciones administrativas al igual que la potestad de imponer sanciones penales, derivan del *ius puniendi* del Estado, no pueden equipararse ambas, dado que no sólo las sanciones penales son distintas a las administrativas, sino que los fines en cada caso son distintos (reeducación y reinserción social en el caso de las sanciones penales y represiva en el caso de las administrativas). A ello hay que agregar que en el caso del derecho administrativo sancionador, la intervención jurisdiccional es posterior, a través del proceso contencioso administrativo o del proceso de amparo, según corresponda.

No obstante la existencia de estas diferencias, existen puntos en común, pero tal vez el más importante sea el de que los principios generales del derecho penal son de recibo, con ciertos matices, en el derecho administrativo sancionador. Sin agotar el tema, conviene tener en cuenta cuando menos algunos de los que son de recibo, protección y tutela en sede administrativa:

a) Principio de legalidad (*nullum crimen, nullum poena, sine lege*), conforme al cual la ley debe preceder a la conducta sancionable, determinando el contenido de la sanción. Corresponde pues a la ley delimitar el ámbito del ilícito sancionable, por expresa prescripción constitucional (artículo 2.24.d.), de modo que no puede ser objeto de regulación reglamentaria, ni mucho menos de precisiones «extranormativas».

b) Principio de tipicidad, en mérito al cual, la descripción legal de una conducta específica aparece conectada a una sanción administrativa. Esta exigencia deriva de dos principios jurídicos específicos; el de libertad

y el de seguridad jurídica. Conforme al primero, la conductas deben estar exactamente delimitadas, sin indeterminaciones, mientras que en relación al segundo, los ciudadanos deben estar en condiciones de poder predecir, de manera suficiente y adecuada, las consecuencias de sus actos, por lo que no caben cláusulas generales o indeterminadas de infracción que permitan una actuación librada al «arbitrio» de la administración, sino que ésta sea prudente y razonada.

Conforme a este principio, los tipos legales genéricos deben estar proscritos y aunque la Administración a veces se conduzca sobre la base de estándares deontológicos de conducta, estos son insuficientes, por sí solos, para sancionar, pues aunque se pueden interpretar como conceptos jurídicos indeterminados, la sanción debe sustentarse en análisis concretos y pormenorizados de los hechos, desde conceptos jurídicos y no sobre la base de juicios apodícticos o que invoquen en abstracto el honor o la dignidad de un colectivo, puesto que los tribunales administrativos no son tribunales «de honor», y las sanciones no pueden sustentarse en una suerte de «responsabilidad objetiva del administrado», lo que nos lleva a revisar el siguiente principio.

c) Principio de culpabilidad, que establece que la acción sancionable debe ser imputada a título de dolo o culpa, lo que importa la prohibición de la responsabilidad objetiva; esto es, que solo se puede imponer una sanción si es que la conducta prohibida y su consecuencia están previstas legalmente.

En el caso del derecho penal, es más sencillo apreciar cómo opera este principio, puesto que además de la tipificación realizada en el Código Penal y de indicarse las sanciones que se pueden imponer a título de culpa o dolo, se establecen los parámetros necesarios para que la sanción no resulte arbitraria o desproporcionada (mínimos y máximos).

d) Principio de proporcionalidad de la sanción, esto es, que la sanción que se imponga, debe corresponderse con la conducta prohibida, de modo que están prohibidas las medidas innecesarias o excesivas. Corresponde, pues, que el órgano que aplica la sanción pondere la intencionalidad o reiteración del acto así como los perjuicios causados.

El principio de tipicidad permite que las conductas sancionables estén debidamente delimitadas de modo que quedan proscritas las cláusulas generales o indeterminadas, esto es, aquellas cuyo contenido no es expreso y conocible, sino que tiene que ser «llenado» o concretizado a través de argumentos utilizados para tal efecto, pero por ello mismo, a veces posteriores al acto que se pretende sancionar.

Entonces, resulta que el tan mentado «conocimiento» de las conductas prohibidas ya no es tal, dado que él órgano administrativo puede ir llenando el contenido de tales conceptos jurídicos indeterminados de acuerdo al hecho que pretende sancionar, dejando pues el acto de «completar» el contenido de tales actos a la discrecionalidad o arbitrariedad del ente administrativo.

Afirmando como conceptos jurídicos indeterminados, los siguientes:

- Conducta e idoneidad propia de la función.
- Desmerecimiento en el concepto público.
- Desmedro de la imagen.
- El Poder Judicial como fuente de inseguridad jurídica.
- Conducta intachable.
- Imagen pública.
- Imagen del Poder Judicial.
- Modelo de conducta ejemplar.
- Transparencia de sus funciones públicas.
- Transparencia de sus funciones privadas.
- Dignidad del cargo.

En efecto, destaca: qué es lo que se entiende por cada uno de tales conceptos, para efectos sancionatorios, debe encontrarse previamente determinado o establecido; lo contrario importaría que los magistrados tengan prever cuál es el «contenido», sobre todo cuando este contenido, de no estar precisado normativamente, será objeto de desarrollo o complementación por parte de la autoridad administrativa, en cada caso en que ello sea necesario, además que, como es obvio, el resultado no necesariamente será igual en todos los casos.

De otro lado, el uso de tales conceptos es más propio de tribunales de honor que de la autoridad administrativa, dado que la utilización de criterios deontológicos no es que no esté permitido, pues muchas veces permite definir el perfil del funcionario con que se quiere contar, pero las infracciones a tales criterios, principios o valores, salvo que exista previsión legal que claramente tipifique la conducta prohibida, no pueden dar lugar a una sanción.

En ese sentido, llama la atención que se requiera un magistrado de conducta ejemplar, sin determinarse qué es lo que se entiende por

ella (no fumar, no tomar o tomar moderadamente, no drogarse, no maltratar a los miembros de su familia, no tener multas de tránsito, etc.), de modo que no se sabe qué es lo que está prohibido o lo que está permitido. Asimismo, ¿cómo se determina el desmedro de la imagen propia? (porque la prensa así lo dice, por la suma de recortes periodísticos, porque el Colegio de Abogados lo señala, porque la asociación de padres de familia del colegio de sus hijos tiene un mal concepto del magistrado, etc.). Es más, ¿cómo afecta ello al Poder Judicial? (ello puede dar lugar entonces a que cada vez que se evidencia que un juez ha afectado la imagen de aquel poder, ¿será pasible de sanción?; pero previamente, ¿cómo puede o debe afectar dicha imagen? Cabe también preguntar que en caso no se haya afectado dicha imagen, por falta de publicidad del acto incorrecto, ¿el funcionario no será sancionado?).

Se puede alegar, en relación a dichos conceptos jurídicos indeterminados, que es evidente lo que ellos quieren establecer y que cualquier persona puede darse cuenta de ello, pero ocurre que las sanciones se imponen por la existencia de previsión legal expresa, y no por «sentido común»[500].

3. Garantías mínimas del debido proceso[501]

En reiteradas oportunidades el Tribunal ha precisado cuáles son las garantías del derecho al debido proceso reconocidas por la Constitución y conforme a los estándares en esta materia derivados del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y, en particular, de las resoluciones de los organismos internacionales de protección

---

[500] EXP. N° 01873-2009-PA/TC, LIMA, VICENTE RODOLFO, WALDE JÁUREGUI, del 3 de septiembre del 2010, HA RESUELTO: Declarar **FUNDADA** la demanda, por haberse acreditado la violación del principio de legalidad, consagrado en el artículo 2.24.d° de la Constitución, afectando con ello tanto la motivación como la parte resolutoria de la Resolución Administrativa N° 066-2006-PCNM; en consecuencia, **NULAS** las Resoluciones Administrativas N° 066-2006-PCNM y 249-2007-CNM. **Ordenar** la reincorporación de don Vicente Rodolfo Walde Jáuregui en el cargo de Vocal Supremo de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el plazo de dos días, bajo apercibimiento de que el juez de ejecución imponga las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del Código Procesal Constitucional, con el abono de los costos procesales.

[501] Sentencia del 8 de agosto de 2012, Expediente N° 00156-2012-PHC-TC, Lima, CÉSAR HUMBERTO TINEO CABRERA.

de los derechos humanos, especialmente las emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, la Corte Interamericana).

Sobre este aspecto es necesario volver a destacar que las garantías mínimas del debido proceso deben observarse no solo en sede jurisdiccional, sino también en la administrativa sancionatoria, corporativa y parlamentaria. Así lo estableció la Corte Interamericana en la sentencia recaída en el caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú, de fecha 31 de enero de 2001, cuando enfatizó que «[s]i bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula 'Garantías Judiciales', su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos» precisando que «el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a [l]os órdenes [civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter corporativo y parlamentario] y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal».

En sentido similar, en la sentencia del Caso Ivcher Bronstein *vs.* Perú, de fecha 6 de febrero de 2001, la Corte Interamericana destacó que todos los órganos que ejerzan funciones de naturaleza materialmente jurisdiccional, sean penales o no, tienen el deber de adoptar decisiones justas basadas en el respeto pleno a las garantías del debido proceso establecidas en el artículo 8 de la Convención Americana; ello debido a que las sanciones administrativas, disciplinarias o de naturaleza análoga son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas (Cfr. Corte IDH. Caso López Mendoza *vs.* Venezuela, sentencia del 1 de septiembre de 2011).

De modo que cualquiera que sea la actuación u omisión de los órganos estatales o particulares dentro de un proceso o procedimiento, sea jurisdiccional, administrativo sancionatorio, corporativo o parlamentario, se debe respetar el derecho al debido proceso. En la sentencia del Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, de fecha 2 de febrero de 2001, la Corte Interamericana enfatizó el respeto del debido proceso en sede administrativa sancionatoria, al precisar que «no puede la administración

dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados la garantía del debido proceso», por cuanto «[e]s un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber».

En sede parlamentaria, este derecho debe ser respetado no solo en los procedimientos de antejuicio y de juicio político, sino también en las actuaciones de las Comisiones Investigadoras o de las Comisiones Ordinarias que reciben el encargo expreso del Pleno del Congreso de la República; y merece una tutela reforzada, en tanto que el Congreso de la República decide por mayoría y actúa por criterios basados en la oportunidad y conveniencia, es decir, que su actuación y canon de control es de carácter subjetivo porque no ejerce función jurisdiccional propiamente dicha.

Sobre este último punto, Manuel Aragón refiere que «[c]uando un órgano político acude a la Constitución, o a otra norma, para juzgar una determinada conducta o un acto, está interpretando la regla, por supuesto, pero interpretándola políticamente y no jurídicamente. A diferencia de la judicial, su interpretación es enteramente libre, sustentada no en motivos de derecho, sino de oportunidad, esto es, se trata de una valoración efectuada con razones políticas y no con método jurídico. Que existan órganos técnicos auxiliares que emitan dictámenes jurídicos previos no elimina el carácter político de la decisión de control (ni tales dictámenes son vinculantes ni son las únicas razones que el agente controlante –léase Congreso de la República– ha de tener en cuenta para adoptar su postura)» (*Constitución, democracia y control*, UNAM, México, 2002, p. 178).

En este mismo sentido, el Tribunal en la STC 00004-2011-PI/TC ha precisado que «a diferencia del control jurídico, cuyo criterio de evaluación por antonomasia sea el de validez/invalidez del objeto controlado, los criterios de simple oportunidad y de conveniencia/inconveniencia sean los que se empleen en el control político. De simple oportunidad, pues encontrándose facultados para realizar el control respecto de cualquier medida gubernamental, depende de la decisión política del Parlamento y. en particular de las relaciones entre minoría y mayorías políticas, el que lo quiera ejercer. Y se realiza bajo el criterio de conveniencia/inconveniencia ya que, una vez que se ha decidido llevarlo a cabo, las críticas al Ejecutivo pueden tener al derecho como fundamento pero también sustentarse en razones económicas, financieras, sociales, de

orientación política o por puros argumentos de poder. Puesto que no existe un catálogo de criterios limitados o delimitados para el escrutinio político, la subjetividad y disponibilidad de su parámetro son algunos de los factores que singularizan al control político».

4. El principio de legalidad y subprincipio de taxatividad

La primera de las garantías del debido proceso es el principio-derecho a la legalidad y a las exigencias que se derivan de éste, en particular el relativo al subprincipio de la taxatividad. Conforme el artículo 9 de la Convención Americana dispone:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivas según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Este principio constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales y un criterio rector en el ejercicio del poder sancionatorio del Estado democrático: *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*. De forma similar, en la sentencia del Caso García Asto y Ramírez Rojas vs. Perú, de fecha 25 de noviembre de 2005, la Corte Interamericana subrayó que «en un Estado de Derecho, el principio de legalidad preside la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo».

Tal principio-derecho a la legalidad sancionatoria está reconocido en la Constitución del Estado en su artículo 2, inciso 24, literal d), con el siguiente tenor:

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (subrayado nuestro).

En mérito de ello, en la STC 00010-2002-AI/TC el Tribunal Constitucional estableció que el principio de legalidad exige no solo que por ley se establezcan los delitos, sino también que las conductas prohibidas estén claramente delimitadas por la ley, prohibiéndose tanto la aplicación por analogía, como también el uso de cláusulas generales e indeterminadas en la tipificación de las prohibiciones.

Del mismo modo, la Corte Interamericana ha señalado que «[l]a calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor, ya que antes de que una conducta sea tipificada como delito la misma no reviste aún el carácter de ilícita para efectos penales» (Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú).

En virtud de ello, es que en la STC 02050-2002-AA/TC este Tribunal Constitucional precisó que «los principios de culpabilidad, legalidad, tipicidad, entre otros, constituyen principios básicos del derecho sancionador, que no sólo se aplican en el ámbito del derecho penal, sino también en el del derecho administrativo sancionador».

El principio de legalidad impone tres exigencias: la existencia de una ley (*lex scripta*), que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex previa*), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*).

Para la Corte Interamericana este principio exige que en la elaboración de los tipos penales exista una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindada de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales (Cfr. Caso Fermín Ramírez vs. Guatemala, sentencia del 20 de junio de 2005 y Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, sentencia del 25 de noviembre de 2005).

En la sentencia del Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, la Corte Interamericana destacó que «en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda sedo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar».

El subprincipio de tipicidad o taxatividad es otra de las manifestaciones o concreciones del principio-derecho de legalidad que tiene como destinatarios al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales, administrativas o políticas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo.

Este principio exige la precisa definición de la conducta que la ley o norma con rango de ley considera como delito o falta, es decir, que la vaguedad en la definición de los elementos de la conducta

incriminada termina vulnerando este principio. Igualmente en sede corporativa, la conducta considerada como falta debe encontrarse claramente prevista y tipificada en el estatuto de las personas jurídicas.

5. El principio de legalidad y subprincipio de taxatividad en sede administrativa

En sede administrativa sancionatoria, estos dos principios se encuentran previstos en los artículos 230.1 y 230.4 de la Ley N° 27444, cuyos textos disponen:

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad.

(...)

4. Tipicidad.- Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria.

6. El principio de legalidad y subprincipio de taxatividad en sede parlamentaria

a) El antejuicio político

El artículo 43 de la Constitución consagra como principios de nuestro Estado constitucional y democrático el de separación de poderes, la forma republicana de gobierno y el carácter inderogable de los derechos humanos. Estos principios, que constituyen el núcleo esencial de nuestra Constitución y fundamento político de las relaciones entre gobernantes y gobernados, inspiran también como

componente obligatorio, las relaciones entre quienes según los procedimientos establecidos en la Constitución, son los llamados a gobernar. En esa perspectiva, no sólo la actuación de los órganos que ejercen función jurisdiccional debe estar ajustada a derecho, sino también las de aquellos que llevan a cabo función política como administrativa. Es el sometimiento de todos al Derecho y la interdicción de la arbitrariedad lo que distingue a un Estado constitucional de uno que no lo es. Por consiguiente, los controles políticos y las sanciones políticas están también tasadas y reguladas por la Constitución y la ley. De ahí que el principio de legalidad y el subprincipio de taxatividad recorren y determinan el contenido y la dimensión del poder sancionatorio del Parlamento (sede política), como del Poder Ejecutivo (sede administrativa).

La lógica consecuencia que se desprende de estos principios es que el Congreso no puede iniciar ningún procedimiento de Antejuicio Político –autorización para el juzgamiento de los altos funcionarios por delitos cometidos en el ejercicio de la función– por conductas que previamente no se encuentren tipificadas en la ley penal.

b) Las infracciones constitucionales

La taxatividad no sólo se exige a los delitos. También le alcanza a las infracciones constitucionales previstas por el artículo 99 de la Constitución, tal como sucedía en la Ley de Acusación Constitucional de junio de 1834. Es decir, que exista una clara tipificación de la conducta (acción u omisión) que genere responsabilidad política por infracción constitucional (juicio político), porque si bien es verdad que la infracción constitucional se sanciona por motivos estrictamente políticos, también lo es, en aplicación del principio de interdicción de la arbitrariedad, que dichas infracciones tienen que estar previamente tipificadas.

En esta línea de pensamiento, Bernales Ballesteros destaca que «[l]a Constitución de 1993 no menciona nada al respecto ni existe una relación de hechos que puedan ser calificados como infracciones constitucionales. Cualquier intento de aplicar una sanción bajo el argumento de cometerse una infracción constitucional, cuando no hay precisión legal que establezca los alcances de la figura, se encuentra en contradicción con principios constitucionales, como el que establece que «Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al

tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley» (art. 2, inc. 24-d de la Constitución). Principios como éste buscan evitar la arbitrariedad en materia de sanciones» (*La Constitución de 1993. Análisis comparado*, ICS-Rao, Lima, 1999, p. 465).

De manera similar, PANIAGUA CORAZAO señaló que «[l]a Constitución no permite acusar y sancionar infracciones constitucionales no tipificadas legalmente. Dice: Artículo 2., inciso 24 d) Nadie (y, por ende, tampoco los altos funcionarios del Estado) será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley. El procesamiento por infracciones constitucionales requiere, pues, la dación de una ley específica que tipifique las infracciones constitucionales como infracciones punibles». Y concluye afirmando que [m]ientras ello no ocurra no» procede el juicio político, porque lo «impide la falta de tipicidad de las infracciones constitucionales» (*Constitución, democracia y autocracia*, UNAM, México, 2004, pp. 126 y 127).

7. Infracción constitucional por la aprobación de normas inconstitucionales

Los actos del Poder Ejecutivo pueden ser objeto de control parlamentario o de control de constitucionalidad. El primero de ellos es de carácter político, lo ejerce el Congreso de la República y es subjetivo, en tanto no existe un canon objetivo y predeterminado de valoración. El control parlamentario puede ser preventivo: investidura parlamentaria; funcional: pedidos de informes, invitación a los ministros a informar, estación de preguntas, dación de cuenta de decretos legislativos, de decretos de urgencia y de tratados internacionales ejecutivos; o represivo: interpelación ministerial, moción de censura y cuestión de confianza, comisiones investigadoras, antejuicio y juicio político. Mediante el «procedimiento del control político», como especifica la Sección Segunda del Capítulo VI del Reglamento del Congreso de la República, el Parlamento ejerce su función de control, fiscalización y dirección política.

En cambio, el control de constitucionalidad de los actos del Poder Ejecutivo es objetivo, lo ejerce el Poder Judicial y el Tribunal Constitu-

cional a través de los procesos constitucionales que tienen por fines esenciales «garantizar la primacía de la Constitución y la vigencia efectiva de los derechos constitucionales» (artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Cuando se controla la constitucionalidad de una norma con rango de ley, se enjuicia la legitimidad formal y/o material de la norma, más no el comportamiento de quienes la propusieron, aprobaron, suscribieron o refrendaron.

Esto quiere decir que cuando el Tribunal declara la inconstitucionalidad de una norma con rango de ley, de ello no se puede derivar como consecuencia que los altos funcionarios que la propusieron, aprobaron, suscribieron y/o refrendaron cometieron infracción constitucional. Arribar a una conclusión en contrario desnaturalizaría la esencia del control de constitucionalidad de las normas con rango de ley, que solo tiene por finalidad garantizar la supremacía de la Constitución a través del enjuiciamiento de la norma (validez/invalidez) y no del comportamiento de los altos funcionarios que participaron en su elaboración o aprobación.

En este sentido, en la STC 00004-2011-PI/TC el Tribunal enfatizó que el control parlamentario «no se identifica con lo que es propio del control jurídico. Ello es consecuencia de la naturaleza del órgano que realiza el control y de las tareas que la Constitución asigna a éste. El Parlamento es un órgano político por naturaleza, basado en el mandato representativo, en la elección directa de sus representantes y en el sufragio universal, igual, libre y secreto. Refleja en su composición a todos los sectores (e intereses) de la sociedad [principio del pluralismo] y, en su seno, quienes los representan debaten públicamente sobre las cuestiones más trascendentales que conciernen a la res pública». Cosa distinta es que al amparo o bajo la vigencia de determinadas normas, sean éstas constitucionales o no, los funcionarios públicos cometan delitos. La producción o creación de normas inconstitucionales no supone, per se, infracción a la Constitución en los términos del artículo 99 de la Constitución. Los congresistas no responden ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por los votos u opiniones que emiten en el ejercicio de su función legislativa. Tampoco deben responder el Presidente de la República ni los ministros que aprueban leyes o decretos en el ejercicio de la función legislativa que llevan a cabo, según los procedimientos establecidos en la Constitución.

8. Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación

De conformidad con el artículo 8.2.b) de la Convención Americana, una vez que se formula una acusación, ésta debe ser comunicada de manera «previa y detallada» al inculpado. En sentido similar, el Título Preliminar del Código Procesal Penal en su artículo IX reconoce que toda persona tiene derecho «a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra».

Al respecto, conviene precisar que en la sentencia del Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela, de fecha 17 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana ha precisado que el ejercicio de este derecho se satisface cuando:

a) Se le informa al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan (tiempo, lugar y circunstancias), sino también las razones que llevan al Estado a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos.

b) La información es expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir que el acusado ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. Esto quiere decir que la acusación no puede ser ambigua o genérica.

En sentido similar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo, el Tribunal Europeo) en la sentencia del Caso Aycoban y otros c. Turquía, de fecha 22 de diciembre de 2005, precisó que toda persona acusada tiene derecho a ser informada de los motivos de la acusación, entendiendo por ellos, tanto los actos en los cuales se sustenta, como su naturaleza, esto es, la calificación legal de tales actos. Además, la información sobre los motivos y la naturaleza de la acusación debe ser adecuada para permitirle al acusado preparar su defensa.

A decir de la Corte Interamericana, este derecho «rige incluso antes de que se formule una «acusación» en sentido estricto». Para que se satisfaga los fines que le son inherentes, es «necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculpado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública». Evidentemente el «contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo (...) cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle pc. ible los hechos que se le atribuyen».

Y es que la transición entre «investigado» y «acusado» -y en ocasiones incluso «condenado»- puede producirse de un momento a otro. Por ello, la Corte Interamericana ha subrayado que no «puede esperarse a que la persona sea formalmente acusada o que (...) se encuentre privada de la libertad para proporcionarle la información [expresa, clara, integral y suficientemente detallada] de la que depende el oportuno ejercicio del derecho a la defensa».

Ahora bien, el hecho de que el inculpado pudiese conocer por los medios de comunicación respecto del tema de la investigación, ello no le exime al Estado de su obligación de informarle previa y detalladamente el contenido de la acusación. Tomando en cuenta dicha circunstancia, la Corte Interamericana ha enfatizado que «[e]l investigado, antes de declarar, tiene que conocer de manera oficial cuáles son los hechos que se le imputan, no sólo deducirlos de la información pública o de las preguntas que se le formulan» (Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela).

En buena cuenta la finalidad de este derecho es brindarle al acusado en forma oportuna todos los elementos de hecho y de derecho, así como los medios probatorios que fundamentan la acusación con el fin de que éste pueda ejercer en forma adecuada y razonable su derecho a la defensa.

9. Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación en sede administrativa

En sede administrativa sancionatoria, este derecho se encuentra reconocido en los artículos 234.3 y 235.3 de la Ley N° 27444, cuyos textos disponen:

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden construir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

10. Derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación en sede parlamentaria

No cabe duda que las comisiones investigadoras del Congreso constituyen la primera fase del proceso acusador de los altos funcionarios del Estado. Primero se investiga y como consecuencia de las investigaciones se concluye en la mayoría de los casos sugiriendo al pleno del Congreso el levantamiento de las inmunidades y las prerrogativas; o la iniciación de procedimientos de acusación ante el Ministerio Público por la comisión de supuestos delitos, o en su defecto el traslado de cargos por inconductas funcionales o por actuaciones reñidas con la ética parlamentaria. En otras oportunidades las comisiones formulan denuncias ante el subgrupo de acusaciones constitucionales para el inicio de las respectivas acusaciones. Más aún, un parlamentario que haya sido o sea miembro de una comisión investigadora puede denunciar ante la subcomisión de acusaciones constitucionales a cualquier funcionario que haya sido invitado a declarar. Con vertiginosa rapidez y a veces por la fuerza de la influencia mediática, el invitado puede pasar de la condición de citado a acusado, sin que en el ínterin haya podido ni siquiera enterarse qué se investiga, para qué se investiga y por qué se lo cita. Es obvio que ante estas situaciones la persona se halla en una completa indefensión. Igual a la del ciudadano cuando es víctima de investigaciones policiales o del Ministerio Público que acontecen sin motivaciones razonables, con exceso de tiempo y sin control judicial.

En la siempre constante labor de optimización de los derechos fundamentales, la doctrina, la judicatura y el Código Procesal Constitucional han ampliado los efectos protectores del proceso constitucional de hábeas corpus. Este procede para amparar «el derecho a que se observe el trámite correspondiente cuando se trate del procedimiento o detención de las personas, a que se refiere el artículo 99 de la Constitución» [artículo 25 inciso 19 del Código Procesal Constitucional]. Y no cabe duda que «la observancia del

trámite correspondiente» hace referencia no a cualquier trámite, sino a aquel que tiene lugar con las garantías del debido proceso.

El derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación, supone en primer lugar que las comisiones investigadoras deben dar a conocer con claridad bajo qué cargos y por qué circunstancias se cita a una persona a declarar. Impone asimismo al Congreso la obligación de legislar con claridad los distintos procedimientos sancionatorios, especialmente para garantizar los derechos que le asisten a quienes son investigados y citados. Es la única forma de garantizar que los altos funcionarios o los ciudadanos, según sea el caso, conozcan en forma previa, clara, integral y suficientemente detallada los hechos (acciones u omisiones) por los que son citados a una Comisión investigadora; o los delitos que se le imputan en el ejercicio de la función (antejuicio) o las infracciones constitucionales previamente tipificadas (juicio político), a fin de que puedan ejercer en forma efectiva su derecho a la defensa.

El incumplimiento del derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación o de los motivos de la investigación pueden constituir una clara vulneración del derecho a la defensa, como ya lo dejó sentado en su oportunidad la Corte Interamericana en el caso Tribunal Constitucional *vs.* Perú, cuando indicó que la vulneración del derecho al debido proceso se produjo por cuanto «los inculpados no tuvieron conocimiento oportuno y completo de los cargos que se les hacían y se les limitó el acceso al acervo probatorio».

El Tribunal Constitucional reitera su exhortación al Congreso de la República (STC N° 006-2003-AI/TC), para que éste cumpla con establecer en su Reglamento «un procedimiento de acusación constitucional para los casos de juicio político» y para los que tienen lugar en las comisiones investigadoras, ya que resulta necesario fijar plazos de actuación, principios procesales, criterios para la ponderación de pruebas, requisitos para el levantamiento del secreto bancario, de las comunicaciones y de los documentos privados, medios de impugnación, tachas, recusaciones, impedimentos, etc.

11. Derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa

El derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa se encuentra previsto en el artículo 8.2.c de la

Convención Americana. En sentido similar, el Título Preliminar del Código Procesal Penal en su artículo IX reconoce que toda persona «tiene derecho a que se le conceda un tiempo razonable para que prepare su defensa».

A decir de la Corte Interamericana, este derecho «obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra» y le exige que se respete el «principio del contradictorio, que garantiza la intervención de aquél en el análisis de la prueba» (Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela).

En el Caso del Tribunal Constitucional *vs.* Perú, la Corte Interamericana concluyó que el Estado peruano había violado el derecho al debido proceso porque «[e]l plazo otorgado [por el Congreso de la República a los magistrados] para ejercer su defensa fue extremadamente corto, considerando la necesidad del examen de la causa y la revisión del acervo probatorio a que tiene derecho cualquier imputado».

Igualmente, en la sentencia del Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú, de fecha 30 de mayo de 1999, la Corte Interamericana consideró que el Estado peruano había violado este derecho, puesto que de acuerdo al Código de Justicia Militar, una vez producida la acusación fiscal se concedía a la defensa doce horas para conocer los autos, tiempo a todas luces insuficiente y muy reducido para poder prepararla adecuadamente.

12. Derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa en sede administrativa

En sede administrativa sancionatoria, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 234.4 de la Ley N°27444, cuyo texto dispone:

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del Artículo 162, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación.

13. Derecho a la concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa en sede parlamentaria

En sede parlamentaria, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 89.d.1 del Reglamento del Congreso de la República, que dispone:

Procedimiento de acusación constitucional

Artículo 89.- Mediante el procedimiento de acusación constitucional se realiza el antejuicio político de los altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99 de la Constitución Política.

(...)

La Subcomisión de Acusaciones Constitucionales realiza su función conforme al siguiente procedimiento:

1. (...) A la notificación se adjuntan los anexos correspondientes y se otorga al denunciado un plazo de cinco (05) días hábiles para formular su descargo por escrito y presentar u ofrecer los medios indiciarios y/o probatorios que considere necesarios.

El Tribunal Constitucional advierte que en el Reglamento del Congreso de la República no se ha establecido un plazo para ofrecer descargos frente a las acusaciones formales que pueden entablar las comisiones investigadoras y de fiscalización, lo que pone en riesgo el derecho de defensa. No debe olvidarse que cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó al Estado peruano por la destitución de tres magistrados del Tribunal Constitucional, su principal argumento fue que éstos no habían contado con el tiempo suficiente para preparar su defensa. Sería recomendable, por consiguiente, que el Congreso adecue sus procedimientos a los estándares mínimos de protección del debido proceso, lo que supone modificar su reglamento a fin de establecer un plazo razonable que tenga en cuenta la complejidad de los casos a investigar.

14. Acusación y derecho a la defensa

En el Caso Barreto Leiva *vs.* Venezuela, la Corte Interamericana ha precisado que el «derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y sólo culmina cuando finaliza el proceso, incluyendo, en su caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa (...) a que el investigado encuentre en determinada

fase procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce o a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidentemente contrario a la Convención Americana».

En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho a la defensa desde que se inicia la investigación en su contra y el hecho que la autoridad disponga o ejecute actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de los derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.

Por dicha razón, en la sentencia del Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, la Corte Interamericana subrayó que «[l]a descripción material de la conducta imputada» recogida en la acusación constituye «la referencia indispensable para el ejercicio de la defensa del imputado y la consecuente consideración del juzgador en la sentencia. De ahí que el imputado tenga derecho a conocer, a través de una descripción clara, detallada y precisa, los hechos que se le imputan. La calificación jurídica de éstos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa, cuando se mantengan sin variación los hechos mismos y se observen las garantías procesales previstas en la ley para llevar a cabo la nueva calificación».

Como se ha sostenido en la STC 00090-2004-AA/TC, el derecho a la defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso o procedimiento y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover.

Este derecho se ejerce a través de otros derechos, tales como el derecho a ejercer su autodefensa material; el derecho a intervenir, en igualdad de condiciones, en la actividad probatoria; el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes; el derecho a guardar silencio o abstenerse de declarar; el derecho a no autoincriminarse; el derecho a la defensa técnica; el derecho a traductor o intérprete, el derecho a ser oído, entre otros.

15. Acusación y derecho a la defensa en sede administrativa

En sede administrativa sancionatoria, este derecho se encuentra reconocido en el numeral 1.2 del artículo IV del Título Preliminar y en los artículos 234.4 y 235.3 de la Ley N° 27444, cuyos textos disponen:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

Principio del debido procedimiento.- Los administrados gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento administrativo, que comprende el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión motivada y fundada en derecho (resaltado nuestro).

Artículo 234.- Caracteres del procedimiento sancionador

Para el ejercicio de la potestad sancionadora se requiere obligatoriamente haber seguido el procedimiento legal o reglamentariamente establecido caracterizado por:

Otorgar al administrado un plazo de cinco días para formular sus alegaciones y utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico conforme al numeral 162.2 del Artículo 162, sin que la abstención del ejercicio de este derecho pueda considerarse elemento de juicio en contrario a su situación (resaltado nuestro).

Artículo 235.- Procedimiento sancionador

Las entidades en el ejercicio de su potestad sancionadora se ceñirán a las siguientes disposiciones:

Decidida la iniciación del procedimiento sancionador, la autoridad instructora del procedimiento formula la respectiva notificación de cargo al posible sancionado, la que debe contener los datos a que se refiere el numeral 3 del artículo precedente para que presente sus descargos por escrito en un plazo que no podrá ser inferior a cinco días hábiles contados a partir de la fecha de notificación.

16. Acusación y derecho a la defensa en sede parlamentaria: antejuicio político, inmunidad parlamentaria, autonomía e independencia del Poder Judicial y del Ministerio Público

Sobre la legitimidad constitucional de la regulación que tiene el antejuicio político, conviene recordar que en la STC 00006-2003-AI/

TC se concluyó que el sentido normativo del tercer y quinto párrafo del artículo 100 de la Constitución eran contrarios a los incisos 1) y 2) del artículo 139 y al 159 de la propia Carta, en tanto disponen que:

En caso de resolución acusatoria de contenido penal, el Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días. El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente.

Los términos de la denuncia fiscal y del auto apertorio de instrucción no pueden exceder ni reducir los términos de la acusación del Congreso.

En dicha ocasión, el Tribunal subrayó que «las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes. Si bien dicho principio no puede negar la mutua colaboración y fiscalización entre los poderes públicos, impone la ausencia de toda injerencia en las funciones esenciales y especializadas que competen a cada una de las instituciones que diagraman la organización del Estado. En tal sentido, en modo alguno puede restringirse la autonomía que corresponde al Ministerio Público en el desenvolvimiento de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159»; menos aún puede aceptarse la limitación de los principios de unidad, exclusividad e independencia de la función jurisdiccional (incisos 1 y 2 del artículo 139), la que, desde luego, alcanza también al juez instructor encargado de evaluar la suficiencia de elementos de juicio que justifiquen la apertura de instrucción y de conducir la etapa investigativa del proceso».

Las incongruencias posibles de la Constitución no sólo constituye una discusión teórica sino que puede aparejar problemas prácticos. Existe la posibilidad de que se presenten no sólo por defectos en la concepción del poder constituyente originario, sino en las reformas llevadas a cabo por el poder constituyente derivado. El Tribunal Constitucional ha señalado que es competente para controlar las posibles reformas a la Constitución que tienen lugar sin tomar en consideración las exigencias formales de la propia Ley Fundamental, incluso las que pueden verificarse porque son contrarias a los compromisos internacionales de protección de los derechos humanos (control de convencionalidad).

No solo la existencia de normas constitucionales inconstitucionales es una cuestión práctica, sino que también la jurisprudencia de la

Corte Interamericana demuestra que pueden existir normas constitucionales inconvencionales, es decir, normas constitucionales de los Estados partes de la Convención Americana que pueden contravenir o infringir los tratados internacionales sobre derechos humanos. Como muestra de ello puede citarse la sentencia del Caso «La Última Tentación de Cristo» (Olmedo Bustos y otros) *vs.* Chile, de fecha 5 de febrero de 2001. En este caso, la Corte Interamericana concluyó que «el Estado violó el derecho a la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana», porque en ese entonces «el artículo 19 número 12 de [su] Constitución establec[ía] la censura previa en la producción cinematográfica y, por lo tanto, determin[ó] los actos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial».

En el cuarto punto resolutivo de esta sentencia, la Corte Interamericana decidió ordenar que «el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa».

Según el artículo 93 de la Constitución, la inmunidad parlamentaria garantiza que los altos funcionarios no sean «responsables ante autoridad ni órgano jurisdiccional alguno por las opiniones y votos que emiten en el ejercicio de sus funciones» (inviolabilidad de votos y opiniones). Y no pueden ser procesados ni presos sin previa autorización del Congreso o de la Comisión Permanente, desde que son elegidos hasta un mes después de haber cesado en sus funciones, excepto por delito flagrante.

Esta prerrogativa busca que «los altos funcionarios ejerzan el poder de la manera más adecuada», en tanto busca «protegerlos ante cualquier tipo de ataques injustificados que puedan hacerlos desatender sus principales cometidos funcionales» (STC 00026-2006-PI/TC). Esta garantía busca preservar la independencia y autonomía de los altos funcionarios, a fin de que no sucumban a las presiones.

La inmunidad parlamentaria de arresto y proceso es una garantía procesal penal de carácter político de la que son titulares los congresistas, de forma tal que éstos no puedan ser detenidos ni procesados penalmente, sin la aprobación previa del Congreso de la República. Su objeto es prevenir aquellas detenciones o procesos penales que, sobre bases estrictamente políticas, pretendan perturbar

el debido funcionamiento del Congreso o alterar su conformación. Una vez determinada la ausencia de toda motivación política en la acusación, el Congreso tiene el deber de levantar la inmunidad al imputado (cfr. STC 00006-2003-AI/TC). En conclusión, lo que se reconoce constitucionalmente como inmunidad parlamentaria son las inmunidades de arresto y proceso.

La garantía de la inmunidad parlamentaria opera sólo respecto de delitos comunes, mientras que el antejuicio es un procedimiento contra los altos funcionarios por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, aunque es obvio que ambas se encuentran estrechamente vinculadas. La doctrina es unánime al sostener que dichas prerrogativas le pertenecen al Congreso y no al congresista. Ello implica en lo esencial que el levantamiento de la inmunidad no está a disposición del parlamentario en funciones. Este no puede renunciar a la inmunidad. Es el propio Congreso quien decide, porque su finalidad es impedir que a través de presiones externas contra sus miembros el Parlamento se vea afectado en su independencia. No puede decirse lo mismo, sin embargo, de los parlamentarios que ya no ejercen cargo ni de aquellos que han dejado de ejercer otras magistraturas como puede ser el caso del Presidente de la República, los ministros de Estado, los magistrados del Tribunal Constitucional; los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura, vocales de la Corte Suprema, fiscales supremos. Contralor General y Defensor del Pueblo.

La prerrogativa de la inmunidad está en franca obsolescencia. Cada vez con mayor fuerza se impone la idea de que es una institución que no cumple con los fines señalados sino que es escudo de la impunidad. De ahí que sea imperativo una interpretación de sus alcances frente a la necesidad de legitimarla ante la opinión pública. Pero también para devolverle al Ministerio Público y al Poder Judicial su cabal participación en el juzgamiento de los altos funcionarios, entendidos como órganos autónomos e independientes y no como «simples mesas de parte» de la voluntad del Congreso.

En consecuencia, los funcionarios enumerados en los artículos 99 y 100 de la Constitución, pero que ya no ejercen funciones pueden renunciar a la prerrogativa funcional del antejuicio político. No se requiere que la renuncia sea aceptada o aprobada por el Congreso de la República para que produzca efectos jurídicos. Basta que sea solicitada en forma expresa. La presentación de la renuncia origina

que el antejuicio político concluya de oficio, lo que implica que el Ministerio Público y el Poder Judicial inician una propia investigación, con autonomía e independencia, sin que estén obligados a las conclusiones del Congreso de la República.

La renuncia y conclusión del antejuicio político origina que todo lo actuado en el Congreso sea automáticamente remitido al Fiscal de la Nación, para que éste investigue y determine si los hechos constituyen delitos cometidos en el ejercicio de la función, a fin de que formule denuncia ante la Corte Suprema. Esta forma de razonar es conforme al principio de separación de poderes, en tanto respeta la autonomía que le corresponde al Ministerio Público en el ejercicio de las funciones que la Constitución le ha conferido en su artículo 159, toda vez que desde la fecha de publicación de la STC 00006-2003-AI/TC hasta la presente fecha, el Congreso de la República no ha cumplido con reformar el tercer y quinto párrafo del artículo 100 de la Constitución, a pesar de que el Tribunal precisó que «las referidas disposiciones son contrarias al aludido principio fundamental sobre los que se sustenta el Estado democrático de derecho: la separación de poderes» y le exhortó «a realizar la reforma constitucional correspondiente».

17. Derecho a la presunción de inocencia

El artículo 8.2 de la Convención Americana dispone que:

Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad.

En la sentencia del Caso Suárez Rosero *vs.* Ecuador, de fecha 12 de noviembre de 1997, la Corte Interamericana destacó que en el derecho a la presunción de inocencia «subyace el propósito de las garantías judiciales, al afirmar la idea de que una persona es inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada». De este principio se deriva «la obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones y que no eludirá la acción de la justicia, pues la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva».

Para la Corte Interamericana, este derecho también «exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista prueba plena (entiéndase prueba suficiente y pertinente) de su responsabilidad penal. Si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente

condenarla, sino absolverla» (Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, sentencia del 18 de agosto de 2000).

De la jurisprudencia citada, puede concluirse que el derecho a la presunción de inocencia se configura como una regla de tratamiento del imputado y como una regla de juicio. Sobre la extensión de este derecho conviene tener presente que el Tribunal Europeo ha precisado que «no se limita a una simple garantía procesal en materia penal. Su alcance es más amplio y exige que ningún representante del Estado o de la autoridad pública declare que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad haya sido establecida [en forma definitiva] por un tribunal» (Caso Lizaso Azconobieta c. España sentencia del 28 de junio de 2011).

Por dicha razón, el Tribunal Europeo ha precisado que la violación del derecho a la presunción de inocencia puede emanar no solo de un juez o de un tribunal sino también de otros agentes del Estado y personalidades públicas (Cfr. Caso Allenet de Ribemont c. Francia, sentencia del 10 de febrero de 1995, Caso Daktaras c. Lituania, sentencia del 10 de octubre de 2000 y Caso Lizaso Azconobieta c. España, sentencia del 28 de junio de 2011).

Como regla de tratamiento del imputado, los incisos 1 y 2 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, prescriben que «[t]oda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal, mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada» y que «[h]asta antes de la sentencia firme, ningún funcionario o autoridad pública puede presentar a una persona como culpable o brindar información en tal sentido».

La violación del derecho a la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado fue comprobada por la Corte Interamericana en el Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, por cuanto «el señor Cantoral Benavides fue exhibido ante los medios de comunicación, vestido con un traje infamante, como autor del delito de traición a la patria, cuando aún no había sido legalmente procesado ni condenado».

Lo mismo ha ocurrido en el Caso Lizaso Azconobieta c. España. en donde el Tribunal Europeo consideró la violación de este derecho porque «sólo tres días después del arresto y detención del demandante

en el marco de una operación policial llevada a cabo contra la organización terrorista E.T.A., el Gobernador civil de Guipúzcoa organizó una rueda de prensa» en la que lo identificó «por su nombre en dos ocasiones» y se refirió al él «sin matices ni reservas, como uno de los miembros de un comando terrorista que habían sido detenidos en una operación policial» aun «cuando la investigación policial no había finalizado en el momento en el que se celebró la rueda de prensa». Es más, la «rueda de prensa convocada por el Gobernador civil tuvo lugar cuando el demandante no había sido aún puesto a disposición del Juez para hacer su declaración», es decir, antes «incluso de la apertura de diligencias penales contra el demandante». Por dicha razón, se concluyó que «[l]a rueda de prensa así realizada, de una parte, incitaba al público a creer en la culpabilidad del demandante y, de otra, prejuzgaba de la apreciación de los hechos por los jueces competentes».

Como regla de juicio, la presunción de inocencia impone que para declarar la responsabilidad penal de una persona se «requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo obtenida y actuada con las debidas garantías procesales. En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado» (inciso 1 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal).

Esta perspectiva de la presunción de inocencia determina que no puede trasladarse la carga de la prueba a quien precisamente soporta la imputación, pues eso significaría que lo que se sanciona no es lo que está probado en el proceso o procedimiento, sino lo que el imputado, en este caso, no ha podido probar como descargo en defensa de su inocencia (Cfr. STC 02192-2004-AA/TC).

Por dicha razón, en la STC 08811-2005-PHC/TC el Tribunal estableció que el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 2, inciso 24, literal e) de la Constitución: obliga «al órgano jurisdiccional a realizar una actividad probatoria suficiente que permita desvirtuar el estado de inocente del que goza todo imputado, pues este no puede ser condenado solo sobre la base de simples presunciones».

18. Derecho a la presunción de inocencia en sede administrativa

En sede administrativa sancionatoria, este derecho se denomina presunción de licitud y se encuentra previsto en el artículo 230.9 de la Ley N° 27444, cuyo texto dispone:

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario.

En la STC 02192-2004-AA/TC se estimó la demanda de amparo porque el Tribunal comprobó, entre otros hechos, que la Municipalidad Provincial de Tumbes había vulnerado el derecho a la presunción de inocencia de los demandantes. En este sentido, se precisó que al haberse dispuesto «que sea el propio investigado administrativamente quien demuestre su inocencia, se ha[bía] quebrantado el principio constitucional de presunción de inocencia que también rige el procedimiento administrativo sancionador, sustituyéndolo por una regla de culpabilidad que resulta contraria a la Constitución».

19. Derecho a la presunción de inocencia en sede parlamentaria y las inhabilitaciones por comisión de delitos

Cuando se trata de las inhabilitaciones a las que hace referencia el artículo 99 de la Constitución por la comisión de delito en el ejercicio de la función, el Congreso no puede imponerlas sin previo juicio y sentencia firme del Poder Judicial que declare la responsabilidad penal del funcionario. El Tribunal ratifica su doctrina vinculante recaída en la STC 006-2005-PI/TC en el sentido que el Congreso de la República no puede inhabilitar en el ejercicio de la función pública a ningún funcionario por la supuesta comisión de delitos si es que previamente no hay sentencia firme dictada por el Poder Judicial. En aras a garantizar en sede parlamentaria el derecho a la presunción de inocencia, para inhabilitar hasta por diez años por comisión de delitos, el Congreso está obligado a esperar el pronunciamiento judicial firme de culpabilidad. Cosa distinta implicaría violación del debido proceso y trasgresión del principio de división de poderes, pues el Congreso usurparía la función jurisdiccional de los jueces penales.

20. Derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial

El artículo 8.1 de la Convención Americana establece:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal (...) independiente e imparcial (...) en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El derecho a ser juzgado por un juez o tribunal independiente e imparcial es una garantía fundamental del debido proceso. Si bien la independencia y la imparcialidad están relacionadas, ambas tienen un contenido jurídico propio. En este sentido, la Corte Interamericana ha precisado que «uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. Dicho ejercicio autónomo debe ser garantizado por el Estado tanto en su faceta institucional, esto es, en relación con el Poder Judicial como sistema, así como también en conexión con su vertiente individual, es decir, con relación a la persona del juez específico».

El objetivo de la independencia «radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación» (Caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela, sentencia del 5 de agosto de 2008).

En la STC 00004-2006-PI/TC, el Tribunal precisó que la independencia tiene dos dimensiones a saber:

a. Externa. Esta dimensión garantiza que el juez o tribunal no admita presiones de fuera para resolver un caso en un determinado sentido.

b. Interna. Esta dimensión garantiza que el juez o tribunal en su actuación no se sujete a los intereses de los órganos (administrativos o jurisdiccionales) que conforman el Poder Judicial.

En sentido similar, en la sentencia del Caso Pabla KY c. Finlandia, de fecha 26 de junio de 2004, el Tribunal Europeo ha señalado que «el tribunal debe carecer, de una manera subjetiva, de prejuicio personal» y «también debe ser imparcial desde un punto de vista objetivo, es decir, debe ofrecer garantías suficientes para que no haya duda legítima al respecto. Bajo el análisis objetivo, se debe determinar si, aparte del comportamiento personal de los jueces, hay hechos averiguables que podrán suscitar dudas respecto de su imparcialidad. En este sentido,

hasta las apariencias podrán tener cierta importancia. Lo que está en juego es la confianza que deben inspirar los tribunales a los ciudadanos en una sociedad democrática y, sobre todo, en las partes del caso».

La Corte Interamericana también ha destacado que la imparcialidad tiene aspectos tanto subjetivos como objetivos. En este sentido, ha precisado que la imparcialidad exige que «el juez que interviene en una contienda particular se aproxime a los hechos de la causa careciendo, de manera subjetiva, de todo prejuicio y, asimismo, ofreciendo garantías suficientes de índole objetiva que permitan desterrar toda duda que el justiciable o la comunidad puedan albergar respecto de la ausencia de imparcialidad» (Caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela).

En el caso de la imparcialidad personal o subjetiva, el Tribunal Europeo ha precisado que ésta se presume a menos que exista prueba en contrario, en tanto que se relaciona con la convicción personal del juez o de los integrantes del tribunal en un caso determinado (Cfr. Caso Daktaras c. Lituania). A decir de la Corte Interamericana, este tipo de imparcialidad implica que el juez o los integrantes del tribunal «no tengan un interés directo, una posición tomada, una preferencia por alguna de las partes y que no se encuentren involucrados en la controversia» (Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile, sentencia del 22 de noviembre de 2005).

Mientras que en la imparcialidad objetiva el juez o tribunal «debe aparecer como actuando sin estar sujeto a influencia, aliciente, presión, amenaza o intromisión, directa o indirecta, sino única y exclusivamente conforme a -y movido por- el Derecho» (Caso Apitz Barbera y otros *vs.* Venezuela). Esta dimensión busca eliminar dudas o temores legítimos o fundadas sospechas de parcialidad en aquél que va a ser juzgado. En este sentido, incluso las apariencias pueden ser determinantes.

En conclusión, el derecho a ser juzgado por un juez o tribunal imparcial -es una garantía fundamental del debido proceso. Es decir, se debe garantizar que el juez o tribunal en el ejercicio de su función como juzgador cuente con la mayor objetividad para enfrentar el juicio (Caso Palamara Iribarne *vs.* Chile). Este derecho también subyace en la etapa de investigación: derecho a ser investigado por un órgano independiente e imparcial. En tal sentido, el artículo IV del Título

Preliminar del Código Procesal Penal establece que el «Ministerio Público está obligado a actuar con objetividad» y su artículo 61.1 dispone que el «Fiscal actúa en el proceso penal [que comprende la etapa de investigación preparatoria] con independencia de criterio. Adecua sus actos a un criterio objetivo».

La imparcialidad puede verse afectada con las declaraciones del fiscal, del juez o de los integrantes del tribunal fuera de la investigación o del proceso que se encuentren tramitando, respectivamente. Si bien son titulares del derecho a la libertad de expresión, cuando efectúan declaraciones relacionadas con el ejercicio de las funciones que ejercen, deben actuar con neutralidad y prudencia, no pueden evidenciar o proyectar prejuicios o juicios de valor sobre el investigado en el caso del fiscal o sobre el imputado o alguna de las partes en el caso del juez o de los integrantes del tribunal, ni tampoco convicciones personales sobre lo investigado o sobre el objeto de juzgamiento, ya que ello afectaría su imparcialidad.

El fiscal, el juez o los integrantes del tribunal al efectuar declaraciones deben actuar con una diligencia aun mayor a la empleada por los particulares u otros funcionarios públicos, en aras de evitar situaciones que puedan comprometer y menguar su imparcialidad en la investigación o en el proceso que se encuentren tramitando. Por esta razón, en el artículo 324.1 del Código Procesal Penal se enfatiza que la investigación preparatoria «tiene carácter reservado».

Con relación a la reserva del proceso, en la STC 00006-2009-PI/TC el Tribunal precisó que «[l]a prohibición de comentarios recogida en el artículo 47, inciso 6) de la Ley de Carrera Judicial [es falta grave comentar a través de cualquier medio de comunicación aspectos procesales o de fondo de un proceso en curso], entendida como límite a la libertad de expresión, no se aplica para los procesos ya concluidos, ni para los procesos no dirigidos por el juez, ni tiene conexión alguna con otro en el cual éste interviene (...) el límite (...) se extiende al juez y a las causas en giro e incluso a las causas que ya han adquirido la autoridad de la cosa juzgada, es decir, únicamente cuando se pueda atentar contra la moral, orden público, seguridad nacional y el derecho a la vida privada de las partes, siempre que dichos límites se enmarquen en el interés de la justicia». Este razonamiento es aplicable, mutatis mutandis, a las investigaciones fiscales.

21. Derecho a ser juzgado por una autoridad administrativa independiente e imparcial en sede administrativa

En sede administrativa, este derecho se encuentra reconocido únicamente como principio de imparcialidad en el numeral 1.5 del artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 27444, cuyo texto prescribe:

Artículo IV.- Principios del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo:

Principio de imparcialidad.- Las autoridades administrativas actúan sin ninguna clase de discriminación entre los administrados, otorgándoles tratamiento y tutela igualitarios frente al procedimiento, resolviendo conforme al ordenamiento jurídico y con atención al interés general.

22. Derecho a ser juzgado por una autoridad independiente bajo criterios objetivos y razonables en sede parlamentaria

Pueda que parezca extraño exigir en sede del Parlamento, órgano político por excelencia, el derecho a ser juzgado por una autoridad independiente e imparcial. Pero no lo es. Muy por el contrario, el Congreso deberá tener el mayor de los cuidados a la hora de legislar los procedimientos de infracción constitucional y de inhabilitación, ya sea por la comisión de delitos o por infracciones a la Constitución. Importa en este aspecto una estricta regulación de las recusaciones, formulación de tachas y una detallada lista de las causales de impedimento de los que integran las respectivas comisiones.

Subyace en la propia Constitución el derecho a ser juzgado en sede política por una autoridad independiente bajo criterios objetivos y razonables cuando el artículo 100 de la Ley Fundamental exige que la suspensión o inhabilitación del funcionario se vota sin la participación de la Comisión Permanente, toda vez que ésta ha sido la que ha acusado, no pudiendo en consecuencia actuar como juez y parte o, en el mejor de los casos, como juez y fiscal al mismo tiempo.

Este derecho también se encuentra previsto en el procedimiento de acusación constitucional. En tal sentido, el inciso i) del artículo 89 del Reglamento del Congreso de la República dispone que:

i) Luego de la sustentación del informe y la formulación de la acusación constitucional por la Subcomisión Acusadora y el debate,

el Pleno del Congreso vota pronunciándose en el sentido de si hay o no lugar a la formación de causa a consecuencia de la acusación. En el primer caso, el Pleno del Congreso debate y vota, en la misma sesión si se suspende o no al Congresista acusado en el ejercicio de sus derechos y deberes funcionales, el cual queda sujeto a juicio según ley. En el segundo caso, el expediente se archiva.

El acuerdo aprobatorio de una acusación constitucional, por la presunta comisión de delitos en ejercicio de sus funciones, requiere la votación favorable de la mitad más uno del número de miembros del Congreso sin participación de los miembros de la Comisión Permanente. El acuerdo aprobatorio de suspensión requiere la misma votación (subrayado nuestro).

23. Principio *non bis in idem*

El artículo 8.4 de la Convención Americana prescribe que:

El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

Esta garantía de prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos también se encuentra reconocida en el artículo 14.7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuyo texto dispone:

Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por [el mismo hecho] por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

El artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal lo reconoce como «interdicción de la persecución penal múltiple», prescribiendo que «[n]adie podrá ser procesado, ni sancionado más de una vez por un mismo hecho, siempre que se trate del mismo sujeto y fundamento. Este principio rige para las sanciones penales y administrativas. El derecho penal tiene preeminencia sobre el derecho administrativo».

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos este «principio busca proteger los derechos de los individuos que han sido procesados por determinados hechos para que no vuelvan a ser enjuiciados por los mismos hechos» (Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú, sentencia del 17 de septiembre de 1997).

Este principio en su dimensión material o sustantiva prohíbe que nadie pueda ser condenado de nuevo por hechos ilícitos por los cuales

ya ha sido absuelto o condenado por una sentencia firme. Y en su dimensión formal o procesal veda que nadie pueda ser juzgado de nuevo por hechos ilícitos por los cuales ya ha sido absuelto o condenado por una sentencia firme (Cfr. STC 02050-2002-AA/TC).

En materia penal, este principio se vulnera cuando en la doble sanción o en el doble juzgamiento se aprecia que concurre copulativamente la triple identidad de sujeto activo, de hecho (misma conducta: acciones u omisiones) y de fundamento (mismo contenido del ilícito penal o calificación legal). Sobre la identidad de fundamento resulta importante precisar que este principio no se vulnera en los supuestos de concurso de delitos, pues si bien en estos casos puede haber una identidad de sujeto y de hecho, el fundamento de la incriminación es diferente, en la medida de que el mismo hecho lesiona una pluralidad de bienes jurídicos tutelados por diferentes tipos penales.

En sentido similar, el Tribunal Europeo ha precisado que no se vulnera el mencionado principio cuando se juzga a una misma persona por delitos distintos, a pesar de que sean los mismos hechos (Caso Oliveira c. Suiza, sentencia del 30 de julio de 1998). En este supuesto, se acepta que la misma conducta puede generar diversos delitos susceptibles de ser sancionados de forma independiente sin vulnerar el principio *non bis in idem* o *ne bis in idem*.

24. Principio *non bis in idem* en sede administrativa

En sede administrativa sancionatoria, este derecho se denomina presunción de licitud y se encuentra previsto en el artículo 230.10 de la Ley N° 27444, cuyo texto dice:

Artículo 230.- Principios de la potestad sancionadora administrativa

La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales:

Non bis in idem.- No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

25. Principio *non bis in idem* en sede parlamentaria

Las motivaciones políticas que dirigen la actuación de las comisiones investigadoras, fiscalizadoras, de inhabilitación o suspensión

en el ejercicio del cargo y las que llevan a cabo el procedimiento del antejuicio no son, ni pueden ser las mismas que motivan la labor jurisdiccional del Poder Judicial. La función de este último tiene como finalidad delimitar la inocencia o el grado de responsabilidad penal del procesado. Las que ejerce el Congreso tienen otra: persiguen reformar la legislación, fiscalizar al funcionario, servir de contrapeso y control del Ejecutivo.

No cabe duda que en muchos casos, la política supone la descalificación del contrincante en buenos términos. El poder tiene dos caras, como el dios Jano. Una positiva, de construcción del bien común, de organización pacífica de la vida estatal. Y una negativa, que es la lucha por el poder. Para acceder a él, los partidos políticos se enfrentan ante el electorado no sólo a través de la exhibición pública de los programas de gobierno, sino mediante la denuncia de los hechos que la ciudadanía debe evaluar para formarse juicio de cara a las próximas elecciones.

En esta fase agonal, de lucha, el riesgo de la arbitrariedad es mayor que en cualquier otro sector de la vida estatal. Tal arbitrariedad se puede materializar mediante el procesamiento o investigación de los mismos hechos que ya han sido evaluados por el propio parlamento. A nadie le cabe la menor duda que dicha posibilidad supone una violación del principio *non bis idem*. Resulta necesario en consecuencia poner de relieve la interdicción de violar en sede política el principio *non bis in idem*. Su afectación coloca a la libertad personal en grave riesgo y convierte a las comisiones parlamentarias y a sus procedimientos sancionatorios en instrumentos de persecución política.

En sede parlamentaria el principio *non bis in idem* prohíbe el que un alto funcionario vuelva a ser sometido a una nueva o a sucesivas investigaciones por los mismos hechos que ya han sido objeto de investigación, antejuicio o procedimiento de inhabilitación por infracciones a la Constitución. Una nueva investigación, por los mismos hechos que ya han sido investigados y votados en las Comisiones y/o en el Pleno del Congreso están prohibidas porque las finalidades de la investigación y acusación parlamentaria ya se han cumplido (fiscalización, perfeccionamiento de la legislación, control político, etc.). La apertura de nuevas investigaciones por hechos que ya han sido materia de investigación y procesamiento en sede política, sólo le está permitida al Ministerio Público o al Poder Judicial, siempre y cuando

se hayan aportado nuevos elementos probatorios que permitan enervar el principio de la cosa decidida.

26. Derecho al plazo razonable en la investigación o en el proceso

En la sentencia del Caso Genie Lacayo *vs.* Nicaragua, de fecha 29 de enero de 1997, la Corte Interamericana ha precisado que «[e]l artículo 8 de la Convención que se refiere a las garantías judiciales consagra los lineamientos del llamado «debido proceso legal» o «derecho de defensa procesal», que consisten en el derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada en su contra (...)» (resaltado nuestro).

Este derecho tiene como finalidad impedir que los investigados o procesados permanezcan largo tiempo bajo investigación o proceso y asegurar que ésta o éste se decida dentro de un plazo razonable, ya que una demora prolongada e injustificada puede llegar a constituir, por sí misma, una violación de las garantías judiciales que consagra el debido proceso. Por dicha razón, en la RTC 03509-2009-PHC/TC el Tribunal enfatizó que no sólo «no pueden existir zonas exentas de control constitucional», sino que «tampoco pueden haber plazos ni tiempos exentos de control».

27. Derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable

En lo que concierne a la etapa de investigación preliminar), en la STC 02748-2010-PHC/TC el Tribunal precisó que «la investigación preliminar (policial o fiscal) en tanto manifestación del derecho al debido proceso alude a un suficiente para el esclarecimiento de los hechos objeto de investigación y la emisión de la decisión respectiva. Si bien es cierto que toda persona es susceptible de ser investigada, no lo es menos que para que ello ocurra, debe existir la concurrencia de una causa probable y la búsqueda de la comisión de un ilícito penal en un plazo que sea razonable».

En esta misma sentencia, se estableció que «para determinar la razonabilidad del plazo de la investigación preliminar, se debe acudir cuando menos a dos criterios: Uno subjetivo que está referido a la actuación del investigado y a la actuación del fiscal, y otro objetivo que está referido a la naturaleza de los hechos objeto de investigación».

Sobre dicha base argumentativa, se concluyó que «[l]a razonabilidad del plazo de la investigación preliminar no puede ser advertida por el simple transcurso cronológico del tiempo, como si se tratase de una actividad mecánica, sino que más bien se trata de una actividad compleja que requiere del uso de un baremo de análisis especial que permita verificar las específicas circunstancias presentes en cada investigación (actuación del investigado, actuación del fiscal y la naturaleza de los hechos objeto de la investigación)».

28. Derecho a ser juzgado dentro de un plazo razonable

Para evaluar la razonabilidad del plazo del proceso, debe emplearse el «análisis global del procedimiento». Esto quiere decir que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto. Por ello, en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse.

En materia penal, el plazo comienza en la fecha de la detención del individuo. Cuando no es aplicable este criterio, pero se halla en marcha un proceso penal, dicho plazo debe contarse a partir del momento en que la autoridad judicial toma conocimiento del asunto o cuando las sospechas de las que se es objeto tengan repercusiones importantes en la situación jurídica de la persona investigada.

La finalidad perseguida del día inicial del plazo es que se produzca una distorsión mínima en la vida de la persona investigada, detenida o acusada, de manera que el proceso dure el tiempo necesario, evitando la excesiva e injustificada duración de éste.

Para el examen del plazo razonable existen ciertos criterios a ponderar, que son: i) complejidad del asunto, ii) actividad procesal del interesado y iii) conducta de las autoridades judiciales. A la luz de esos criterios se califica la razonabilidad del plazo cuestionado. A ello cabe agregar que en la STC 05350-2009-PHC/TC el Tribunal precisó que en dicho análisis de razonabilidad se debía tomar en cuenta la afectación que genera la demora en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

29. Derecho a ser investigado dentro de un plazo razonable en el caso de los altos funcionarios en sede parlamentaria

En sede parlamentaria, se advierte que el plazo de la investigación de las Comisiones Investigadoras no tiene límite temporal o plazo fijo

establecido en el Reglamento del Congreso de la República. En efecto, su artículo 88.a dispone que «[l]a Comisión [Investigadora] presenta un informe dentro del plazo que fije el Pleno del Congreso. No puede solicitarse prórroga sin que se presente un informe preliminar» (resaltado nuestro).

Como puede apreciarse, el plazo de la investigación queda al arbitrio del Pleno del Congreso de la República al momento de constituir la Comisión Investigadora. A diferencia de lo que acontece con los cuerpos de procesamiento penal, civil o administrativo, no se fijan criterios objetivos para evaluar el vencimiento del plazo razonable (complejidad de las investigaciones, naturaleza de los hechos a investigar, el número de investigados y la particular dificultad para conseguir o requerir medios probatorios). Esta omisión afecta el derecho al plazo razonable, dado que existe un vacío en la regulación del tiempo que debe durar la investigación, lo que puede traducirse en investigaciones indefinidas, sine die, ya que el Reglamento del Congreso no regula las consecuencias que origina el incumplimiento de los plazos que el Pleno del Congreso ha concedido a las Comisiones investigadoras (omisión de emitir informe preliminar en el tiempo establecido).

Tampoco están precisados los límites temporales de actuación de las comisiones investigadoras, cuando su labor es prorrogada por el Pleno. En la práctica se corre el riesgo de que el plazo de prórroga sea mayor al plazo inicial de la investigación. Tampoco se tiene establecido el número de veces que el Pleno puede extender la labor de las comisiones investigadoras en caso de que se llegue a presentar un informe preliminar.

Todas estas omisiones conllevan a la indefensión y a la zozobra. A la incertidumbre del investigado quien puede verse inmerso en un proceso interminable. El Tribunal Constitucional observa el riesgo que importa esta omisión, por lo que exhorta al Congreso de la República a modificar su Reglamento con la finalidad de establecer un plazo razonable, compatible con las disposiciones emanadas de los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos. No obstante, el Tribunal Constitucional deja constancia de la reiterada doctrina en materia de plazo razonable, en el sentido de que los plazos legales no son absolutos, sino meramente referenciales, toda vez que

cada proceso tiene sus particularidades. De ahí que, independientemente de una regulación expresa del plazo de investigación el control constitucional siempre está expedito, toda vez que no existen zonas exentas de control y cualquiera que se sienta afectado en su derecho al plazo razonable puede interponer el proceso constitucional que corresponda.

30. El número de votos necesario para imponer sanciones en sede parlamentaria

En la STC 00006-2003-AI/TC el Tribunal advirtió «que aún no se ha previsto en el ordenamiento la votación necesaria para aplicar las sanciones previstas en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución, en los casos de juicios políticos. Dicha omisión ni siquiera se encuentra prevista en el ordenamiento para casos sustancialmente análogos».

Asimismo, se estableció «que el número de votos para destituir del cargo a los otros funcionarios previstos en el artículo 99 de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, no [puede] se[r] menor a los 2/3 del Congreso, sin [la] participación de la Comisión Permanente».

En sentido similar, el segundo párrafo del artículo 89.i del Reglamento del Congreso de la República prescribe que «El acuerdo aprobatorio de sanción de suspensión, inhabilitación o destitución por infracción constitucional, en un juicio político previsto en el primer párrafo del artículo 100 de la Constitución, se adopta con la votación favorable de los 2/3 del número de miembros del Congreso, sin participación de la Comisión Permanente».

Teniendo presente las reglas de votación transcritas, el Tribunal concluye que:

a. El número de votos para suspender o destituir del cargo a los altos funcionarios previstos en el artículo 99 de la Constitución, o, en su caso, para inhabilitarlos hasta por 10 años para el ejercicio de la función pública, por infracción de la Constitución, es de 2/3 del número de miembros del Congreso.

b. En la votación no participan los miembros de la Comisión Permanente.

La presente regulación fue aprobada por el Congreso de la República a propósito de las exhortaciones que el Tribunal Constitucional emitiera a través de la referida sentencia (Fundamento 71). Por lo que el Tribunal Constitucional reconoce los esfuerzos del Congreso para adecuar su Reglamento y espera que como sucedió en esa oportunidad esta vez pueda proceder del mismo modo a fin de avanzar en el fortalecimiento del Estado democrático y constitucional de Derecho.

31. Las comisiones investigadoras y el levantamiento del secreto bancario

El derecho a la intimidad, como manifestación del derecho a la vida privada sin interferencias ilegítimas tiene su concreción de carácter económico en el secreto bancario y la reserva tributaria. Así lo ha sostenido este Tribunal en la STC 1219-2003-HD/TC, al considerar que «la protección constitucional que se dispensa con el secreto bancario, busca asegurar la reserva o confidencialidad (...) de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria [reserva] de las operaciones bancarias (...) que pudieran realizar con cualquier ente público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero». En ese sentido, el secreto bancario forma constituye un derecho de rango constitucional cuyo titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras.

Según el artículo 2, inciso 5), de la Constitución. «(...) El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del Juez, del Fiscal de la Nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado».

En el proceso penal, el artículo 235 del Nuevo Código Procesal Penal regula detalladamente los requisitos y el procedimiento que debe seguir el juez de la investigación preparatoria para levantar el secreto bancario. En cambio, en sede parlamentaria la normativa que regula el levantamiento del secreto bancario es incompleta, en tanto que el artículo 88 del Reglamento del Congreso de la República solo dispone que:

a. (...) La información relativa a la intimidad, honra o dignidad de las personas y el levantamiento de la reserva tributaria o del secreto bancario sólo habilitan a la obtención de información por las Comisiones Investigadoras del Congreso. La información protegida constitucionalmente obtenida por las Comisiones Investigadoras sólo es

divulgable públicamente en cuanto fuera estrictamente necesario expresarla y comentarla con la finalidad y para justificar la existencia de responsabilidad en el informe de la comisión ante el Pleno del Congreso. En cualquier caso, el levantamiento de la reserva se hace a solicitud de no menos de dos miembros de la Comisión Investigadora y requiere el acuerdo de la mayoría del número legal de sus miembros.

e. Las Comisiones Investigadoras están facultadas para solicitar el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria, con arreglo a las normas que regulan la materia.

Teniendo presente que en sede parlamentaria existe una regulación incompleta para levantar el levantamiento del secreto bancario, este Tribunal ha de integrarla precisando las siguientes reglas a seguir:

a. Las Comisiones Investigadoras están facultadas para solicitar el levantamiento del secreto bancario solo de los investigados. Para que esto suceda previamente debe conformarse la Comisión Investigadora y comunicársele al alto funcionario los hechos por los cuales va a ser investigado, es decir debe respetarse el derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación.

b. La solicitud de la Comisión Investigadora debe motivar por qué es necesario, indispensable y pertinente el levantamiento del secreto bancario, en qué medida va a contribuir en el esclarecimiento del caso investigado y qué indicios o medios probatorios justifican el levantamiento del secreto bancario. La solicitud no puede ser inmotivada.

Finalmente, cabe destacar que las garantías mínimas del debido proceso reseñadas en los fundamentos supra, no solo se aplican a los altos funcionarios, sino a cualquier persona que comparezca ante una Comisión Investigadora o ante el Congreso de la República.

32. El juicio político

Nuestra Constitución reconoce el juicio político llevado a cabo por el Congreso de la República, así como la facultad de sanción política de este Poder delEstado. Así hemos sostenido:

«... el Tribunal Constitucional considera que la función congresal sancionadora, prevista en el primer párrafodel artículo 100° de la Constitución, no sólo puede ser ejercida en aquellos casos en los que exista unasentencia condenatoria emanada del Poder Judicial, por los delitos funcionales en que incurran losfuncionarios previstos en su

artículo 99°, sino también en los casos en que se configuren responsabilidadeseminentemente políticas, aun cuando no exista la comisión de un delito de por medio. Y es que si bien lafunción punitivo-jurisdiccional es privativa del Poder Judicial (aquella que puede sancionar sobre la base de la»razón jurídica»), la función político-punitiva (aquella que puede sancionar sobre la base de la «razón política») no lo es. Y no podría serlo, pues justamente el principio de separación de poderes es el que garantiza la ausencia de toda valoración política en las decisiones del Poder Judicial.

Lo expuesto permite afirmar que en la Carta Fundamental no solamente se encuentra consagrado el antejuicio, sino también el juicio político, esto es, aquel que permite iniciar un procedimiento a los funcionarios enumerados en su artículo 99°, en razón de las «faltas políticas» cometidas en el ejercicio de sus funciones, con la finalidad de «retirar el poder de quien hace mal uso de él e impedir que [...] pueda ser reinvestido de poder en el futuro». (BROUSSARD, Paulo, *O impeachment*, 2ª ed., Saraiva, 1992, p. 77).

Al respecto, BIDART CAMPOS refiere que «se lo denomina juicio «político» [...] porque no es un juicio penal; en él no se persigue castigar sino separar del cargo; no juzgar un hecho como delictuoso, sino una situación de gobierno como inconveniente para el Estado». (*Manual de Derecho constitucional argentino*, Ediar, 1986, p.

Esa es la manera como se debe interpretar la previsión constitucional según la cual está permitido acusar alos referidos funcionarios públicos por «infracción de la Constitución». Y es que toda falta política en queincurran los funcionarios que componen la estructura orgánica prevista en la Carta Política, compromete peligrosamente el adecuado desenvolvimiento del aparato estatal. En estos casos, la razón del despojo del cargo no tiene origen en la comisión de un delito, sino en la comisión de faltas que aminoran, en grado sumo, la confianza depositada en el funcionario, la que debe ir indefectiblemente ligada al cargo que ostenta.

De esta manera, en el juicio político el funcionario es acusado, procesado y, de ser el caso, sancionado porel propio Congreso, por faltas única y estrictamente políticas.» (Exp. N° 0006-2003-AI, fundamentos 18, 19, 20 y 21).

En el presente caso las recurrentes, conjuntamente con trece ex congresistas[1], en su condición de Presidentes de las Comisiones del

Congreso de la República, y dos ex ministros [2], (Primer Ministro y Ministro de Justiciaen ese entonces), fueron sometidos a juicio político por haber planeado y concertado (el 3 de abril de 1998, con Vladimiro Montesinos Torres, en las instalaciones del Servicio Nacional de Inteligencia), acciones destinadas al control, copamiento y manipulación de órganos constitucionales autónomos, como el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y el Jurado Nacional de Elecciones; con la finalidad de que tales órganos constitucionales designaran representantes ante el JNE afines al gobierno, para permitir el control con vistas a las elecciones generales del año 2000.

Sobre la base de los hechos descritos, el Congreso de la República, con fecha 16 de agosto de 2001, sancionó a las recurrentes, así como a los mencionados funcionarios públicos, con la inhabilitación para el ejercicio de la función pública por cinco años, por infracción de los artículos 43.°, 150.°, 158.° y 177.° de la Constitución. Al respecto, hemos sostenido:

«Una de las funciones esenciales de los Parlamentos contemporáneos es la función de control político. Para ello, el Congreso de la República cuenta con diversos mecanismos que le permiten realizar dicho control.

Precisamente, uno de esos instrumentos es el juicio político, el cual está previsto en el artículo 100° de la Constitución Política de 1993", (Exp. N° 3760-2004-AI, fundamento 12).

Por tanto, en este primer aspecto nuestra Constitución prevé el Juicio Político, como mecanismo de control político y faculta al Congreso de la República para sancionar políticamente.

Nuestra Constitución reconoce la existencia de un juicio político destinado asancionar las infracciones a la Constitución. Es decir, todas aquellas violaciones a los bienes jurídicos constitucionales establecidos en la Constitución, que no sean materia de protección y sanción –en caso de su incumplimiento– por norma legal alguna. Con esto, se busca proteger la Constitución evitando la impunidad de quienes la violen por medios no previstos ni sancionados en la ley. Ello es así en la medida que el carácter normativo de la Constitución determina que las infracciones a su texto sean proscritas en todos los ámbitos, y en especial en el público. Para ello, la propia Constitución ha diseñado

un mecanismo de sanción política para los más altos funcionarios de la República por infracción de la Constitución.

Por consiguiente, es posible advertir en nuestra Carta Fundamental diversos supuestos prohibidos por el constituyente y que son pasibles de generar –en caso de ser violados por los funcionarios señalados en el artículo 99° de la Constitución– un juicio político por infracción constitucional. En esa línea, con ánimo ilustrativo, podemos considerar como conductas generadoras de infracción constitucional las siguientes:

En el ámbito de los deberes hacia el Estado y la Nación (Título II, Capítulo I de la Constitución)

- La rebelión o sedición cometida por determinada autoridad al arrogarse el poder del Estado que emana del pueblo (artículo 45° de la Constitución).
- La obediencia a un gobierno usurpador y la obediencia a quienes asumen funciones públicas en violación dela Constitución y las leyes (Artículo 46° de la Constitución).

En el ámbito del régimen tributario y presupuestal (Título III, capítulo IV de la Constitución)

- La expedición de un decreto de Urgencia que contenga materia tributaria (artículo 74° de la Constitución).
- La aprobación de operaciones de endeudamiento interno o externo del Estado, fuera del marco de la ley (artículo 75° de la Constitución).
- La aprobación de la Ley Anual de Presupuesto sin partida destinada al servicio de la deuda pública (artículo78° de la Constitución).
- La aprobación de tributos referidos a beneficios o exoneraciones sin haberse recibido el informe previo del Ministerio de Economía y Finanzas (artículo 79° de la Constitución).
- La negativa de remisión de la Cuenta General de la República dentro del plazo señalado en el artículo 81° de la constitución (conducta que también se encuentra tipificada como delito en el artículo 377° del Código Penal).

En el ámbito de la estructura del Estado: Poder Legislativo (Título IV, Capítulo I de la Constitución)

- El desempeño de un parlamentario como miembro de una comisión parlamentaria de carácter internacional, sin la previa autorización del Congreso (artículo 92º de la Constitución).
- La disposición del ingreso de las fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en el recinto del Congreso, sin la autorización del presidente del Congreso (artículo 98° de la Constitución).

En el ámbito de la estructura del Estructura del Estado: Consejo de Ministros (Título IV, Capítulo V de la Constitución)

- La Gestión, por parte de un ministro, de intereses propios o de terceros, así como el ejercicio de actividad lucrativa, o de intervención en la dirección o gestión de empresas o asociaciones privadas (artículo 126° de laConstitución).
- El desempeño del encargo de un despacho ministerial, fuera del plazo señalado (artículo 127° de la Constitución).
- *La no concurrencia, por parte de todos o alguno de los ministros, cuando el Congreso los llama para interpelarlos (artículo 131° de la Constitución).*

En el ámbito de un régimen de excepción (Título IV, Capítulo VII de la Constitución)

- La renuencia de dimisión en el cargo de ministro, a pesar de haberse aprobado el voto de censura o no haberse obtenido el voto de confianza (artículo 132° de la Constitución).
- El decretamiento del estado de emergencia o del estado de sitio por un plazo indeterminado, o fuera del plazo establecido en la Constitución (artículo 137° de la Constitución).

En el juicio político, llevado a cabo por el Congreso de la República, la propia Constitución es el parámetro normativo para evaluar si alguno de los altos funcionarios, a que se refiere el artículo 99.° de la Constitución, ha cometido o no una infracción contra ella. En efecto, la tarea del Congreso de la República consiste en determinar, con criterios de razonabilidad y proporcionalidad, si los hechos denunciados en un juicio político constituyen o no una infracción de la Constitución. Tal atribución no solo le ha sido conferida al Congreso de la República, por los artículos 99.° y 100.° de la Constitución, sino también por el artículo 102.° inciso 2.° de la misma norma suprema que le impone el deber de velar por el respeto de la Constitución y

disponer lo conveniente para hacer efectiva la responsabilidad de los infractores. Para el caso particular del juicio político tal responsabilidad no es otra que la política. Por tanto, así como en el caso de un delito el juez penal debe hacer una tarea de subsunción de los hechos en el tipo penal establecido en la ley, en el caso del juicio político el Congreso de la República tiene la tarea de encuadrar los hechos y establecer su relación directa con la norma constitucional pertinente, a fin de configurar la infracción constitucional, según el caso.

En el mismo sentido, cabe señalar que la propia Constitución es la que prevé expresamente las sanciones que puede imponer el Congreso de la República por infracción de la Constitución, pudiendo suspender, inhabilitar y destituir a los funcionarios comprendidos en el artículo 99° de la Constitución. Pero la propia Norma Fundamental ha previsto ciertos parámetros para la imposición de las sanciones. En efecto, por ejemplo, la inhabilitación solo tendrá una duración máxima de diez años. Es claro que bajo los criterios de razonabilidad y proporcionalidad y atendiendo a la gravedad, circunstancias y otros factores, el Congreso de la República determinará la sanción a imponer y de ser el caso la duración de la suspensión o inhabilitación.

33. La inhabilitación

La Constitución establece la inhabilitación como una de las sanciones a imponerse en el juicio político. En efecto, este Colegiado ha sostenido: «... la inhabilitación política es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. Esto lo hace distinta, precisamente por su naturaleza, a la inhabilitación penal (prevista en el artículo 36° del Código Penal) y a la inhabilitación administrativa (según establece el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, el artículo 159° de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos.

En tal sentido la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que sólo comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado». (Exp. N° 3760-2004-AI, fundamentos 17 y 18).

Como hemos sostenido los criterios de razonabilidad y proporcionalidad son elementos fundamentales para imponer la sanción y también para evaluarla. En el presente caso las recurrentes fueron inhabilitadas para elejercicio de la función pública por cinco años por infracción de los artículos 43.°, 150.°, 158.° y 177.° de la Constitución. El Tribunal Constitucional estima que los hechos por los cuales fueron sancionadas las recurrentes tenían directa relación con los deberes que les imponían los artículos 43.°, 150.°, 158.° y 177.° de la Constitución, configurando de este modo las infracciones constitucionales que originaron la sanción impuesta, la cual era razonable y proporcionada en la medida de que se trataba de la afectación a bienes constitucionales indispensables para el buen funcionamiento del sistema democrático.

En efecto, los altos funcionarios de la República, que dirigen los Poderes del Estado y los órganos constitucionales, son los primeros obligados en preservar la autonomía y ámbitos de competencia de las instituciones básicas del modelo democrático. Por ello, cuando su actuación infringe la Constitución se debe valorar si es que dicha infracción es leve, intermedia o grave. En ese sentido, es evidente que, en el contexto de un Estado constitucional de Derecho, las conductas políticas destinadas a socavar y destruir la separación, control y balance entre los poderes del Estado (artículo 43° de la Constitución), así como la independencia funcional de los órganos jurisdiccionales (artículo 139° inciso 2 de la Constitución), y con ello, el sistema democrático mismo (artículo 45° de la Constitución), constituye una infracción grave a la Constitución. Por este motivo, el Tribunal Constitucional constató que el Congreso de la República actuó dentro del marco constitucional y en el ejercicio regular de sus facultades que le reconocen los artículo 99° y 100° de la Constitución.

33.1. Contenido de la inhabilitación política

Tanto del artículo 100° de la Constitución como del artículo 89° del Reglamento del Congreso se infiere que el Congreso de la República puede imponer, luego de realizado el procedimiento de acusación constitucional, sanciones políticas que pueden manifestarse de tres formas: 1) la *suspensión*, 2) la *inhabilitación* o 3) la *destitución* del funcionario público.

En lo que respecta al presente informe, es del caso señalar que corresponde analizar, propiamente, el contendido de la sanción de

inhabilitación política que impone el Congreso a un funcionario público. En este sentido es del caso analizar cuál es el contenido de esta sanción y cuáles son sus alcances.

En principio cabe señalar que la *inhabilitación política* es una sanción política discrecional pero sujeta a criterios de razonabilidad constitucional, que impone el Congreso de la República. Esto lo hace distinta, precisamente por su naturaleza, a la *inhabilitación penal* (prevista en el artículo 36° del Código Penal) y a la *inhabilitación administrativa* (según establece el artículo 30 de la Ley de la Carrera Administrativa, el artículo 159° de su Reglamento y la Ley Marco del Empleo Público), las cuales son de carácter estrictamente jurídicos.

En tal sentido la inhabilitación política es una sanción política que impone el Congreso de la República a los más altos funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99° de la Constitución por infracción a la Constitución y por los delitos competidos en el ejercicio de sus funciones, los mismos que sólo comportan una restricción en el ejercicio de los derechos políticos del funcionario que sea sancionado.

33.2. Alcances y efectos de la inhabilitación política

La inhabilitación política despliega sus efectos sobre los derechos políticos que son aquellos mediante los cuales los ciudadanos participan en la formación y dirección de las actividades del Estado; son, por tanto, derechos que permiten a los ciudadanos participar en la vida política y pública.

Ahora bien, la inhabilitación política incide sobre estos derechos en dos ámbitos: material y temporal. En el aspecto sustantivo, los efectos de la inhabilitación impiden al funcionario público sancionado ejercer el derecho de sufragio (elegir y ser elegido), el derecho de participación y el derecho a fundar, organizar, pertenecer o representar a una organización o partido político, movimiento o alianza.

Dentro del ámbito temporal, el Congreso de la República puede inhabilitar al funcionario público «hasta por diez años»(artículo 100° de la Constitución), lo cual implica que el Congreso tiene discrecionalidad, dentro de los límites que establece la Constitución y el Reglamento del Congreso, para definir el tiempo durante el cual el funcionario quedará inhabilitado para ejercer sus derechos políticos.

Para el Tribunal Constitucional, esta limitación en el ejercicio de toda función pública no afecta al contenido constitucionalmente

protegido de dicho derecho, porque su imposición es razonable y proporcional al daño constitucional cometido. Atribución que el poder constituyente le otorga al Congreso de la República en la Constitución Política, en tanto que él ocupa, dentro del ordenamiento constitucional, una función de tutela de los principios y valores democráticos.

33.3. Control jurisdiccional de la sanción de inhabilitación política

Dentro del marco del principio de división de poderes se garantiza la independencia y autonomía de los órganos del Estado. Ello, sin embargo, no significa en modo alguno que dichos órganos actúan de manera aislada y como compartimentos estancos; sino que exige también el control y balance (*check and balance*) entre los órganos del Estado.

En tal sentido, la facultad de imponer sanciones políticas por parte del Congreso es una facultad privativa y discrecional de él; pero tal discrecionalidad es posible sólo dentro de los límites que se derivan de la propia Constitución y del principio de razonabilidad y proporcionalidad.

De ahí que, como ningún poder constituido está por encima del Poder constituyente que se expresa jurídicamente en la Constitución, sea posible el control jurisdiccional de los actos que realiza el Parlamento para imponer sanciones, cuando de ellos devenga una afectación al debido proceso parlamentario y la violación de los derechos fundamentales.

Si bien este Tribunal mediante sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad N° 006-2003-AI/TC ha hecho precisiones sobre el sentido de los artículos 99° y 100° de la Constitución, referidos al antejuicio y al juicio político, no es posible extender tales criterios a supuestos acaecidos antes de la referida sentencia.

Tal como lo señaló este Tribunal «Lo que ocurre es que por virtud de la sentencia, debe entenderse que se ha operado una mutación constitucional en la interpretación de los artículos 99° y 100° de la Constitución, quedando en el futuro proscrita su aplicación en un sentido distinto del que surge de la sentencia, bajo sanción de reputársele inconstitucional». Asimismo, tal como lo señala este Tribunal en la referida resolución «(...) la sentencia materia de la presente resolución no puede deducirse efecto retroactivo de ningún orden, puesto que en la misma no se ha declarado la inconstitucionalidad de norma legal alguna».

34. Control de constitucionalidad y control de legalidad de los actos de la administración

En primer lugar, se debe recordar que tanto los jueces ordinarios como los jueces constitucionales tienen la obligación de verificar si los actos de la administración pública, que tienen como sustento una ley, son conformes los valores superiores, los principios constitucionales y los derechos fundamentales que la Constitución consagra. Este deber, como es evidente, implica una labor que no solo se realiza en el marco de un proceso de inconstitucionalidad (previsto en el artículo 200.°, inciso 4, de la Constitución), sino también en todo proceso ordinario y constitucional a través del control difuso (artículo 138.°).

Este deber de respetar y preferir el principio jurídico de supremacía de la Constitución también alcanza, como es evidente, a la administración pública. Esta, al igual que los poderes del Estado y los órganos constitucionales, se encuentra sometida, en primer lugar, a la Constitución de manera directa y, en segundo lugar, al principio de legalidad, de conformidad con el artículo 51.° de la Constitución. De modo tal que la legitimidad de los actos administrativos no viene determinada por el respeto a la ley -más aún si esta puede ser inconstitucional- sino, antes bien, por su vinculación a la Constitución. Esta vinculación de la administración a la Constitución se aprecia en el artículo IV del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el cual, si bien formalmente ha sido denominado por la propia Ley como «Principio de legalidad», en el fondo no es otra cosa que la concretización de la supremacía jurídica de la Constitución, al prever que «[l]as autoridades administrativas deben actuar *con respeto a la Constitución*, la ley y al derecho (...)» (énfasis agregado).

De acuerdo con estos presupuestos, el Tribunal Constitucional estima que la administración pública, a través de sus tribunales administrativos o de sus órganos colegiados, no sólo tiene la facultad de hacer cumplir la Constitución -dada su fuerza normativa-, sino también el deber constitucional de realizar el control difuso de las normas que sustentan los actos administrativos y que son contrarias a la Constitución o a la interpretación que de ella haya realizado el Tribunal Constitucional (artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional). Ello se sustenta, en primer lugar, en que si bien la Constitución, de conformidad con el párrafo segundo del artículo 138.°, reconoce a los jueces la potestad para realizar el control

difuso, de ahí no se deriva que dicha potestad les corresponda únicamente a los jueces, ni tampoco que el control difuso se realice únicamente dentro del marco de un proceso judicial.

Una interpretación positivista y formal en ese sentido no solo supone el desconocimiento de determinados principios de interpretación constitucional, como los de unidad de la Constitución y de concordancia práctica, que ha establecido el Tribunal Constitucional en tanto que supremo intérprete de la Constitución; sino también daría lugar a una serie de contradicciones insolubles en la validez y vigencia de la propia Constitución. Así, por ejemplo, una interpretación en ese sentido del artículo 138.° de la Constitución supondría que el cumplimiento de la supremacía jurídica de la Constitución solo tiene eficacia en los procesos judiciales y no en aquellos otros procesos o procedimientos de naturaleza distinta lo cual significaría convertir a la Constitución en una norma legal. Evidentemente, esta forma de interpretar la disposición aludida contradice abiertamente el artículo 51.°, el cual señala que «La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las demás normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente (...)».

Por tanto, el artículo 138.° no puede ser objeto de una interpretación constitucional restrictiva y literal; por el contrario, la susodicha disposición constitucional debe ser interpretada de conformidad con el principio de unidad de la Constitución, considerando el artículo 51.° antes señalado, más aún si ella misma (artículo 38.°) impone a todos -y no solo al Poder Judicial- el deber de respetarla, cumplirla y defenderla. Es coherente con ello el artículo 102° del Código Tributario, cuando precisa que «[a]l resolver el Tribunal Fiscal deberá aplicar la norma de mayor jerarquía (...)»; es decir, aquellas disposiciones de la Constitución que, en este caso, se manifiestan a través de los principios constitucionales tributarios y de los derechos fundamentales que están relacionados con dichos principios.

En segundo lugar, está de por medio también la *eficacia vertical* de los derechos fundamentales; es decir, su eficacia en particular frente a todos los poderes y órganos del Estado, lo que incluye a la administración pública. Y es que en el marco del Estado constitucional, el respeto de los derechos fundamentales constituye un imperativo que el Estado debe garantizar frente a las eventuales afectaciones que pueden provenir, tanto del propio Estado -*eficacia vertical*- como de

los particulares *-eficacia horizontal-*; más aún cuando, a partir del doble carácter de los derechos fundamentales, su violación comporta la afectación no sólo de un derecho subjetivo individual *-dimensión subjetiva-*, sino también el orden objetivo de valores que la Constitución incorpora *-dimensión objetiva-*.

Esta incidencia de los derechos fundamentales en el Estado constitucional implica, por otra parte, un redimensionamiento del antiguo principio de legalidad en sede administrativa, forjado en el siglo XIX en una etapa propia del Estado liberal. Si antes la eficacia y el respeto de los derechos fundamentales se realizaba en el ámbito de la ley, en el Estado constitucional, la legitimidad de las leyes se evalúa en función de su conformidad con la Constitución y los derechos fundamentales que ella reconoce. Por eso mismo, es pertinente señalar que el derecho y el deber de los tribunales administrativos y órganos colegiados de preferir la Constitución a la ley, es decir de realizar el control difuso *-dimensión objetiva-*, forma parte del contenido constitucional protegido del derecho fundamental del administrado al debido proceso y a la tutela procesal ante los tribunales administrativos *-dimensión subjetiva-*.

Por ello es intolerable que, arguyendo el cumplimiento del principio de legalidad, la administración pública aplique, a pesar de su manifiesta inconstitucionalidad, una ley que vulnera la Constitución o un derecho fundamental concreto. En definitiva, esta forma de proceder subvierte el principio de supremacía jurídica y de fuerza normativa de la Constitución y la posición central que ocupan los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional, en el cual «la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado» (artículo 1.º).

En el Derecho constitucional comparado -es el caso puntual del ordenamiento chileno-, se admite, por ejemplo, que un órgano constitucional como la Contraloría General de la República realice un control constitucional de las normas en sede administrativa. El control que realiza esta entidad administrativa (...) es, como es obvio, un control estrictamente jurídico, en el que la Contraloría confronta la actuación administrativa reglamentaria o singular, contenida en un decreto o resolución, con el ordenamiento jurídico en su conjunto, haciendo primar este último por sobre aquélla, como consecuencia del principio general de legalidad que establece el propio Art. 7º CPR. Sin embargo, es en el

control de los aspectos constitucionales de la actuación administrativa donde la actividad fiscalizadora de la Contraloría adquiere mayor entidad, en la medida que su pronunciamiento no puede ser «salvado» mediante la insistencia gubernamental, ya que –se considera– al estar el decreto o resolución en pugna –aparentemente– con la Constitución, pone en peligro valores, principios o derechos de la más alta consideración en el ordenamiento[502].

Por ello, nada impide –por el contrario, la Constitución obliga– a los tribunales y órganos colegiados de la administración pública, a través del control difuso, anular un acto administrativo inaplicando una norma legal a un caso concreto, por ser violatoria de los derechos fundamentales del administrado, tal como lo dispone el artículo 10° de la Ley del Procedimiento Administrativo General, que sanciona con nulidad el acto administrativo que contravenga la Constitución, bien por el fondo, bien por la forma; siempre, claro está, que dicha declaración de nulidad sea conforme a la Constitución y/o a la interpretación del Tribunal Constitucional, de acuerdo con el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

En ese sentido, el principio de legalidad en el Estado constitucional no significa simple y llanamente la ejecución y el cumplimiento de lo que establece una ley, sino también, y principalmente, su compatibilidad con el orden objetivo de principios y valores constitucionales; examen que la administración pública debe realizar aplicando criterios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad. Esta forma de concebir el principio de legalidad se concretiza, por ejemplo, en el artículo III del Título Preliminar de la Ley del Procedimiento Administrativo General, cuando señala que la actuación de la administración pública tiene como finalidad la protección del interés general, pero ello sólo es posible de ser realizado «(...) ***garantizando los derechos*** e intereses de los administrados y ***con sujeción al ordenamiento constitucional*** y jurídico en general» (énfasis agregado).

De lo contrario, la aplicación de una ley inconstitucional por parte de la administración pública implica vaciar de contenido el principio

---

[502] FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, «Los derechos fundamentales y el control constitucional», en *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XVII, diciembre, 2004. pp. 113-137. [Versión on line, www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S071809502004000200005&lng=es&nrm=iso>]. Citado el 03 de julio de 2006.

de supremacía de la Constitución, así como el de su fuerza normativa, pues se estaría otorgando primacía al principio de legalidad en detrimento de la supremacía jurídica de la Constitución, establecido en los artículos 38.°, 51.° y 201.° de la Constitución; lo cual subvierte los fundamentos mismos del Estado constitucional y democrático.

Sentadas estas premisas, la controversia en el presente caso se centra en determinar si el establecimiento del pago de derechos por parte de la municipalidad emplazada, como requisito para tramitar la impugnación de una decisión de la propia entidad, pese a estar plenamente reconocido en el TUPA de la referida municipalidad, resulta, no obstante, violatorio de los derechos constitucionales al debido proceso administrativo, a la defensa, a la tutela judicial efectiva y de petición que consagra nuestra Carta Fundamental.

35. Debido procedimiento administrativo y derecho de impugnación de los actos de la administración

Conforme a la jurisprudencia de este Colegiado, el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3 del artículo 139.° de la Constitución, no sólo tiene una dimensión estrictamente jurisdiccional, sino que se extiende también al procedimiento administrativo y, en general, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha establecido, a «(...) cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, el cual tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal, en los términos del artículo 8° de la Convención Americana».(Caso Tribunal Constitucional del Perú, párrafo 71)[503].

Entendido como un derecho constitucionalmente reconocido, el debido procedimiento administrativo comprende, entre otros aspectos, el derecho a impugnar las decisiones de la administración, bien mediante los mecanismos que provea el propio procedimiento administrativo o, llegado el caso, a través de la vía judicial, bien mediante el contencioso-administrativo o el propio proceso de amparo. En este último supuesto, el derecho de impugnar las decisiones de la administración confluye con el derecho de acceso a la jurisdicción cuando no existan vías propias dentro del propio procedimiento

---

[503] Véase las sentencias emitidas en el Expediente N° 2050-2002-AA/TC y, más recientemente, en el Expediente N° 2192-2004-AA/TC.

administrativo, o cuando estas se hayan agotado y causado estado en la decisión final de la administración.

El Tribunal Constitucional relievó que el hecho de que un acto se sustente en una norma o reglamento no le otorga necesariamente naturaleza constitucional, ni descarta la posibilidad de que este Colegiado efectúe el control jurisdiccional. Esta tesis es, en todo caso, contraria al Estado Democrático, donde rige el principio del control jurisdiccional de la administración y en el que, desde luego, el parámetro de control, como ya ha quedado dicho, no es la Ley ni el reglamento, sino la Constitución.

El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que tales prerrogativas puedan ser ejercitadas en la práctica.

36. El derecho de defensa y el derecho de recurrir el acto administrativo

El derecho de defensa del ciudadano frente al ejercicio del poder de sanción de la administración, sobre todo si se tiene en cuenta que, en el presente caso, se encuentra regulada una instancia de apelación en el propio procedimiento administrativo, por lo que el Tribunal estima que, en el caso de autos, el derecho de defensa previsto en el artículo 139.°, inciso 14), despliega todos sus efectos. Desde luego, el derecho de recurrir una decisión de la administración no debe confundirse con el derecho al recurso o con el derecho a una doble instancia administrativa, que, como ya tiene dicho este Colegiado, no logra configurarse como un derecho constitucional del administrado, puesto que no es posible imponer a la administración, siempre y en todos los casos, el establecimiento de una doble instancia como un derecho fundamental[504].

---

[504] Véase en este sentido la Sentencia emitida en el Expediente N.° 2209-2002-AA/TC, de manera más precisa el fundamento 19, donde ha quedado establecido que «(...) no siempre y en todos los casos, es posible extrapolar acríticamente las garantías del debido proceso judicial al derecho al debido procedimiento administrativo. Así, por ejemplo, si en sede judicial uno de los contenidos del derecho en referencia lo constituye el de la necesidad de

El derecho de recurrir las decisiones de la administración comporta la posibilidad material de poderlas enervar, bien en el propio procedimiento administrativo, cuando la ley haya habilitado un mecanismo, bien en todo caso de manera amplia y con todas las garantías, ante el Poder Judicial, mediante el proceso contencioso administrativo o, incluso, a través del propio recurso de amparo cuando se trate de la afectación de derechos fundamentales.

El derecho de defensa garantiza, entre otras cosas, que una persona sometida a una investigación, sea esta de orden jurisdiccional o administrativa, y donde se encuentren en discusión derechos e intereses suyos, tenga la oportunidad de contradecir y argumentar en defensa de tales derechos e intereses. Se conculca, por tanto, cuando los titulares de derechos e intereses legítimos se ven imposibilitados de ejercer los medios legales suficientes para su defensa, o cuando, como ocurre en el presente caso, se establezcan condiciones para la presentación de los argumentos de defensa.

Evidentemente, no cualquier imposibilidad de ejercer tales medios legales para la defensa produce un estado de indefensión reprochable constitucionalmente. Esta sólo adquiere tal relevancia cuando la indefensión se genera en una indebida actuación del órgano que investiga o juzga al individuo o cuando, como ocurre en autos, se establecen condicionamientos al ejercicio mismo del derecho de defensa. Como lo ha sostenido el Tribunal Constitucional español, criterio que este Colegiado comparte, esta se produce «(...) únicamente cuando el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección judicial de sus derechos e intereses legítimos (...) con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado (...)» (STC 15/2000), tras la realización de un acto u omisión imputable al órgano o ente al que se reputa la comisión del agravio.

El derecho de defensa en el ámbito del procedimiento administrativo de sanción se estatuye como una garantía para la

---

respetarse el juez natural o pluralidad de instancias, en el caso del procedimiento administrativo, en principio, que el acto haya sido expedido por un órgano incompetente genera un vicio de incompetencia, pero no la violación del derecho constitucional. Y, en el caso de que no se pueda acudir a una instancia administrativa superior por haber sido expedido el acto por la última instancia en esa sede, ello, desde luego, no supone, en modo alguno, que se haya lesionado el derecho a la pluralidad de instancias».

defensa de los derechos que pueden ser afectados con el ejercicio de las potestades sancionatorias de la administración. Sus elementos esenciales prevén la posibilidad de recurrir la decisión, ya sea al interior del propio procedimiento administrativo o a través de las vías judiciales pertinentes; la posibilidad de presentar pruebas de descargo; la obligación de parte del órgano administrativo de no imponer mayores obstrucciones para presentar los alegatos de descargo o contradicción y, desde luego, la garantía de que los alegatos expuestos o presentados sean debidamente valorados, atendidos o rebatidos al momento de decidir la situación del administrado.

En el presente caso, el Tribunal estima que también se pone en riesgo este derecho constitucional cuando la municipalidad emplazada solicita el pago de una tasa para ejercer el derecho de impugnar una sanción administrativa, como lo es la determinación de multa en contra del recurrente. En tal sentido resulta inconstitucional y, por tanto, inaplicable al recurrente la disposición contenida en la Ordenanza Municipal N° 084/MDS, que establece el pago de diez nuevos soles por concepto de recursos impugnativos, correspondiente a la Unidad Orgánica Oficina de Secretaría General, rubro 1.

37. El derecho de petición y su desarrollo constitucional

El derecho de petición ha merecido atención de este Colegiado en más de una oportunidad[505]. En la STC. 1042-2002-AA/TC, se ha establecido que este «(...) constituye (...) un instrumento o mecanismo que permite a los ciudadanos relacionarse con los poderes públicos y, como tal, deviene en un instituto característico y esencial del Estado democrático de derecho». (Fundamento jurídico 2.2.2).

Un mayor desarrollo del derecho de petición se encuentra en la 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, 27444, específicamente en los artículos 106.° a 112.°, que bien puede considerarse una ley de desarrollo del derecho constitucional de petición. Así, en el artículo 106.2, al referirse al ámbito de actuación de este derecho, se ha incluido el derecho «de contradecir actos administrativos». De este modo, el derecho de petición, como cláusula general, comprende:

---

[505] Véanse, al respecto, las sentencias emitidas en los Expedientes N° 0872-1999-AA/TC y 0941-2001-AA/TC.

La facultad (derecho) de presentar escritos de solicitud ante la administración como peticiones individuales o colectivas. Estos escritos pueden contener: a) solicitudes concretas a favor del solicitante; b) solicitudes a favor de terceros o de un colectivo; c) reclamaciones, por ejemplo, por la deficiencia de los servicios públicos; d) solicitudes de información; e) consultas; o f) solicitudes de gracia. Todas estas manifestaciones del derecho de petición tienen en común el hecho de que se desarrollan al margen de un procedimiento instaurado ya sea de oficio o a instancia del administrado, constituyéndose, si se quiere, como un derecho incondicional y espontáneo que surge de la simple dimensión ciudadana del sujeto que se vincula de este modo con el poder público a través de un documento escrito.

La facultad (derecho) de contradecir las decisiones de la administración. Esta es una dimensión que difiere de las manifestaciones anteriores, en tanto estamos ante el supuesto de un acto previo de parte de la administración, iniciado de oficio o a instancia de parte. El legislador nacional ha incluido esta dimensión del derecho de petición aun a contracorriente de la doctrina, que siempre ha diferenciado el derecho de *queja* o el derecho al *recurso* administrativo del derecho de *petición*[506]. En consecuencia, en el derecho nacional, el derecho de contradicción como un derecho genérico ejercitable contra los actos de la administración, puede concretarse a través de los recursos administrativos cuando la legislación así lo establezca, o a través del propio proceso contencioso-administrativo ante el Poder Judicial.

Tratándose del ejercicio de un derecho subjetivo, el derecho de petición impone, al propio tiempo, una serie de obligaciones a los poderes públicos. Esta obligación de la autoridad competente de dar al interesado una respuesta también por escrito, en el plazo legal y bajo responsabilidad, confiere al derecho de petición mayor solidez y eficacia,

---

[506] GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ enfatizan que: «La nota característica de los recursos es, por lo tanto, su finalidad impugnatoria de actos o disposiciones preexistentes que se estiman contrarias a Derecho, lo cual les distingue de las *peticiones*, cuyo objetivo es forzar la producción de un acto nuevo, y de las *quejas* (...) que no persiguen la revocación de acto administrativo alguno, sino solamente que se corrijan en el curso mismo del procedimiento en que se producen los defectos de tramitación a que se refieren». *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Civitas, Madrid, 2001, p. 510.

e implica, entre otros, los siguientes aspectos: a) admitir el escrito en el cual se expresa la petición, sin poner ninguna condición al trámite; b) exteriorizar el hecho de la recepción de la petición, extendiendo un cargo de ingreso del escrito; c) dar el curso correspondiente a la petición; d) resolver la petición, motivándola de modo congruente con lo peticionado; y e) comunicar al peticionante lo resuelto.

Sin duda, en el presente caso, el derecho constitucional de petición también se ha visto afectado en su dimensión de contradicción del acto administrativo. Ello porque se ha impuesto al recurrente una condición para el ejercicio de tal derecho, impidiéndosele la presentación de su escrito para oponerse al acto administrativo que consideraba contrario a sus derechos.

38. El derecho de acceso a la jurisdicción y el establecimiento de costos en el agotamiento de la vía previa

En la STC. 2763-2002-AA/TC, este Tribunal declaró que el derecho de acceso a la jurisdicción formaba parte del contenido esencial del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido por el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución. Si bien este aspecto no ha sido invocado por el recurrente, el Tribunal estima necesario hacer notar que, a la luz de la configuración del sistema jurídico con relación a la tutela judicial de los derechos, el establecimiento de un pago para dar por agotada la vía administrativa se convierte, en la práctica, en un obstáculo contrario al derecho constitucional de toda persona de acceder sin condicionamientos a la tutela judicial.

Debe recordarse, a modo de precedente jurisprudencial, que en la sentencia 3548-2003-AA/TC, con ocasión de declarar que el principio *solve et repete* era contrario al derecho de acceso a la jurisdicción, se estableció que el condicionamiento del pago previo para impugnar una decisión de la Administración Tributaria constituía una restricción desproporcionada que la hacía contraria a la Constitución. Hoy, con igual fuerza, debe afirmarse que también el pago, ya no de la multa como ocurría en el caso del «pague primero y reclame después», sino de la tasa para enervar la multa, mediante el recurso impugnativo respectivo, constituye igualmente una interferencia económica del derecho de acceso a la jurisdicción que como derecho constitucionalmente reconocido no puede ser condicionado bajo ningún supuesto.

JURISPRUDENCIA

I
Peculado

1. Elementos típicos

1.1. El dolo

1.2. Deficiencia de la prueba pericial

1.3. Operacionalización de la presunción de inocencia, para que, absolver

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1096-2011

La Libertad

Lima, tres de mayo de dos mil doce.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los encausados Juan Bautista Ayala Sánchez y Víctor Félix Hurtado Mendoza contra la sentencia condenatoria de fecha veintinueve de octubre de dos mil diez ´-fojas seiscientos sesenta y uno-; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero:** Que, la defensa del encausado **Juan Bautista Ayala Sánchez** en su recurso formalizado -fojas seiscientos noventa y cinco- alega que: **i)** Quedó acreditado con el cuaderno de obras que el retraso se debió a las lluvias torrenciales y razones climatológicas, lo cual contribuyó además a un incremento del presupuesto del proyecto; **ii)** Mediante oficio número cero treinta y siete guión noventa y nueve se informó el avance de la obra y el compromiso de concluirla, sin haber obtenido respuesta; **iii)** La falta de valoración de las boletas de venta fueron el sustento para presumir la apropiación de dinero, siendo los peritos quienes señalaron que no necesariamente se trata de faltante de dinero, sino que contablemente dichos documentos no tienen valor porque el Núcleo Ejecutor no contaba con Registro Único de Contribuyentes, situación que no permitió recabar facturas; **iv)** Obran medios probatorios que acreditan que la compra de material utilizado en la construcción de las aulas, no habiéndose efectuado el inventario del material que quedó en almacén; **v)** Las declaraciones testimoniales

de Agustín Pérez Rodríguez acreditan que existió interés de culminar la obra, pero el cambio de directiva lo impidió, nunca se sustrajo material ni dinero, y la demora se debió a las lluvias; **vi)** En todo momento sostuvo que no informó el avance de la obra ni emitió un informe final porque no tenía los documentos a su alcance, debido a la muerte del tesorero, además, la distancia del Caserío de Ventadas y las fuertes lluvias también lo impidieron. De otro lado, la defensa del encausado **Víctor Félix Hurtado Mendoza**, en su recurso formalizado -fojas setecientos ocho- alega que: **i)** No se consideró que no tuvo disponibilidad del dinero entregado por el Fondo de Compensación y Desarrollo - Foncodes, pues quien lo manejó directamente fue el tesorero José Mantilla Sebastián, quien realizaba las compras del material de obra y se encargaba de pagar al personal que laboraba en la ejecución, y su omisión de cautelar el cumplimiento del convenio no significa que se haya apropiado dolosamente para sí o para tercero de la cantidad de treinta y tres mil seiscientos treinta y cuatro nuevos soles; **ii)** En todo momento colaboró activamente en la obra a ejecutar, dentro de su posibilidad por ser iletrado; **iii)** No se determinó la cantidad supuestamente apropiada, en tanto la pericia contable menciona una cantidad, sin embargo, los peritos indican que ello se debe a que los documentos presentados no son válidos contablemente, no pudiendo sostener que los materiales no fueron comprados, no habiendo verificado si la empresa distribuidora existe o no; **iv)** Con la declaración del testigo Agustín Ríos Rodríguez se acreditó que la obra quedó casi ejecutada. **Segundo:** Conforme al dictamen acusatorio -fojas trescientos treinta y cuatro- se imputa a los encausados Juan Bautista Ayala Sánchez y Víctor Félix Hurtado Mendoza quienes en su condición de inspector y Presidente, respectivamente, del Núcleo Ejecutor del Proyecto denominado «Aulas Centro Educativo ochenta mil doscientos nueve guión Ventanas» no cumplieron con presentar la rendición de cuentas, ni informar el avance físico y financiero del proyecto, pese a los requerimientos; determinándose que la valoración del avance de la obra tenía un faltante de treinta y tres mil seiscientos treinta y cuatro nuevos soles con un céntimo, dinero que indebidamente se apropiaron los sentenciados. **Tercero:** Que, el proceso penal se instaura con el propósito de establecer la existencia de un hecho punible y la responsabilidad de un imputado, por ello la finalidad de la labor probatoria es establecer si un determinado hecho se ha producido realmente o en su caso si se ha realizado en una forma determinada; en virtud de ello, está que la prueba que busca la verdad, persigue tener un conocimiento completo de las cosas sobre las cuales deberá aplicarse una norma jurídica. Por ello, el artículo segundo, inciso veinticuatro, párrafo e), de la Constitución Política del Estado, establece que toda

persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Es importante subrayar que es una presunción *iuris tantum* que implica el derecho del procesado de ser considerado inocente mientras no exista material probatorio suficiente; o, dicho de otro modo, constituye una presunción que se mantiene «viva» en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio llevada a cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. Ahora bien, si con toda la actividad probatoria no se logra generar la certeza necesaria para considerar responsable al procesado, allí entrará a tallar el conocido principio *in dubio pro reo*, aplicable por existir una duda razonable y también razonada sobre la concurrencia de alguno de los elementos típicos del delito o la responsabilidad del procesado, al respecto la Constitución Política del Estado, en su artículo ciento treinta y nueve, inciso once establece: «la aplicación de lo más favorable al reo en caso de duda o de conflicto entre leyes penales». (GUEVARA PARICANA, Julio Antonio, *Principios Constitucionales del Proceso Penal*, Grijley, 2007, p 142). En este sentido, el principio del *in dubio pro reo* es «una regla para el conocimiento judicial, que impone una disposición de ánimo para el aplicador, favorable al procesado en aquellas situaciones en las cuales no es dable obtener un grado de certeza suficiente para destruir al estado de inocencia» (BERTOLINO, Pedro, *El funcionamiento del Derecho procesal penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 160). **Cuarto**: Al delito de Peculado doloso se le define como *el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública.* Que, para que se configure el delito de Peculado es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos por parte del agente, se haya causado un perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. En consecuencia, el objeto del delito de Peculado *–caudales o efectos–*, debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública (ROJAS VARGAS, Fidel, *Delito contra la administración pública*, 3ª ed., Grijley, Lima, dos mil dos, página trescientos treinta y uno). **Quinto**: Que, respecto a la relación funcional de los encausados se advierte que el encausado Víctor Félix Hurtado Mendoza tenía la condición de Presidente del Núcleo Ejecutor del Proyecto Aulas Centro Educativo ochenta mil doscientos veinte y nueve - Ventanas **(en adelante «Proyecto»)**, siendo responsable de la administración de los recursos proporcionados para el «Proyecto», y

Juan Bautista Ayala, tenía la condición de inspector del «Proyecto», contratado por el Núcleo Ejecutor, cuya función era controlar el «Proyecto», y era responsable solidario con el Núcleo Ejecutor por la buena utilización de los recursos; conforme se acredita con el Convenio número cero seis noventa y siete cero dos cero tres; en consecuencia, quedó acreditada la relación funcional de los encausados con el Fondo de Compensación y Desarrollo - Foncodes. **Sexto:** Ahora bien, conforme al convenio mencionado en el acápite anterior se advierte que el «Proyecto» fue financiado con un monto ascendente a ciento nueve mil setecientos treinta y seis nuevos soles; y de los elementos probatorios actuados se advierte que: **i)** Con las Declaraciones Juradas suscritas por José Mantilla Sebastián -fojas ciento noventa y ocho, y ciento noventa y nueve- quedó acreditado que se desembolsó la suma de ciento seis mil setecientos treinta y seis nuevos soles; **ii)** Con el Informe número doscientos noventa y cinco guión noventa y nueve guión FONCODES oblicua TRU oblicua EADO oblicua SZ -fojas ciento setenta y seis- se determinó que el valor de la obra ejecutada asciende a la suma de setenta y tres mil ciento un nuevos soles con noventa y nueve céntimos; sin embargo, quien suscribió dicho documento es un profesional en Ingeniería -Ingeniero Supervisor Zonal-; por tanto, para los efectos de poder efectuar la valorización de la obra ejecutada en el caso concreto se debió realizar una pericia judicial por parte de un profesional dotado de conocimientos especializados y reconocidos, a través de sus estudios superiores y principalmente de manera imparcial, pues conforme el informe en cuestión, éste se efectuó por personal del Fondo de Compensación y Desarrollo - Foncodes -parte agraviada en el presente proceso-; quien para analizar el valor de la obra únicamente consideró el costo directo, o los gastos generales y de inspección sin indicar en base a qué documentos llegó a dicha conclusión o si consideró determinadas circunstancias climáticas para ello; tanto más, si para los efectos de poder elaborar la pericia contable se tomó como referencia dicho informe, y no así una pericia de valorización, la cual en virtud a la capacidad del profesional especializado pudo ejecutar, aplicar y utilizar las técnicas y recursos necesarios, de una forma científica para un adecuado análisis del *thema probandum*; **iii)** Con la Pericia Judicial Contable -fojas ciento sesenta y uno- la cual tomó como referencia el informe de valorización de obra emitido por el Fondo de Compensación y Desarrollo - Foncodes, a efectos de determinar el total faltante en dinero para la ejecución del «Proyecto»; advirtiéndose de dicho peritaje que se cumplió con rendir un total de ciento cinco mil seiscientos diecinueve nuevos soles con treinta y tres céntimos; sin embargo, estando a que existían documentos denominados «observados», los cuales no

se consideraron para efectos de establecer el total faltante, se arribó a la conclusión que el dinero faltante ascendía a la suma de treinta y tres mil seiscientos treinta y cuatro nuevos soles. Cabe indicar que los documentos denominados «observados» no fueron considerados a efectos de elaborar la pericia contable por presentar irregularidades que hacían «*presumir*» su falsedad o que no constaban en autos, sumado a que, los peritos contables Aredo Quiroz y Cavero Alarcón en el contradictorio -fojas seiscientos treinta y dos- han referido que la suma denominada «total faltante» es resultado de los documentos observados, aduciendo que no efectuaron verificaciones para establecer si las empresas que suscribieron dichos documentos existían y si emitieron los mismos; habiendo expresado su imposibilidad de afirmar si dichos bienes -consignados en los documentos observados- fueron o no comprados. **Sétimo**: De lo expuesto, se puede concluir que la pericia contable, si bien fue elaborada por personal especializado y capacitado; también lo es que estuvo basada en un documento no sólo deficiente sino parcializado; y estando a que los encausados Hurtado Mendoza y Ayala Sánchez niegan categóricamente haberse apropiado del dinero destinado al «Proyecto», contrario a ello, el encausado **Ayala Sánchez** en el contradictorio -fojas seiscientos dieciséis- sostuvo que luego de iniciada la obra, se emitió un Informe de fecha catorce de mayo de mil novecientos noventa y nueve, donde se exponía problemas a consecuencia de las lluvias, lo cual sobredimensionó la obra, pues no llegaban a tiempo los materiales y se elevaron los costos para su transporte, y pese a ello faltó poco para concluirla; alegando respecto a la observación de los documentos en la pericia contable que les emitían sólo boletas porque no contaban con Registro Único de Contribuyentes para poder solicitar facturas; así también el encausado **Hurtado Mendoza**, en el contradictorio, alegó que compraron todo el material, habiendo faltado poner el cielo raso de madera lo cual no se concluyó porque los cambiaron, que las puertas y ventanas las compraron y sólo faltó ponerlas; versión corroborada con la del testigo **Agustín Pérez Rodríguez**, quien señaló haber trabajado en la obra, afirmando que se dejó bastante material en el almacén como puertas, bisagras, chapas, triplay para el falso techo, cemento, tubos, la que no se concluyó a consecuencia de la lluvia, faltando únicamente un diez por ciento de la obra. **Octavo**: Siendo ello así, pese a la inexistencia de la rendición de cuentas por parte de los encausados; con la versión de los antes mencionados, sumado a que en autos no existe documento alguno que establezca que el almacén contaba o no con materiales para concluir la obra, lo cual tampoco consta en el informe de valorización, que a todas luces genera duda respecto de su elaboración y acarrea que la pericia

contable tampoco genere convicción sobre el monto establecido como faltante; y si bien este Supremo Tribunal en virtud del artículo doscientos noventa y nueve puede declarar nulo el juicio oral, no sólo para que el Colegiado Superior efectúe una debida apreciación de los hechos, sino además, si fuera el caso, realice diligencias que necesariamente esclarecerían los hechos; sin embargo, estando al tiempo transcurrido, pues los hechos suscitados datan entre los años mil novecientos noventa y siete -fecha en que se inició la obra- y mil novecientos noventa y nueve, por tanto la necesidad de haberse efectuado una pericia de valoración de obra debió ser oportuna; pues por el transcurso del tiempo y los cambios que se pudo generar en la construcción su resultado no estaría sustentado en base a la realidad del contexto en el que se inició el proyecto; además, es el representante del Ministerio Público a quien conforme lo establecido en el artículo ciento cincuenta y nueve de la Constitución Política del Estado, le asiste el rol persecutorio del delito y la carga de la prueba; por lo que éste debió solicitar las pericias correspondientes para esta clase de delitos en los cuales resultan necesarias e indispensables determinadas pruebas periciales, a efectos de arribar a una decisión; por tanto, los medios probatorios actuados en el presente caso no acreditan fehacientemente la responsabilidad de los encausados Hurtado Mendoza y Ayala Sánchez de haberse apropiado indebidamente de dinero de la obra a fin de obtener un provecho económico en perjuicio del Estado; toda vez que, no se puede establecer si existe faltante de dinero, ni que las conductas asumidas por éstos presenten el elemento subjetivo de dolo, en tanto ello requiere la intención de producir un daño mediante una acción u omisión, quebrantando el deber con conocimiento de las circunstancias del hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre manifestaciones humanas y el cambio en el mundo exterior, pues en todo momento aceptan que no se concluyó la obra por problemas climáticos que generó demora y alzas en los precios de materiales y transporte de los mismos; en consecuencia, existiendo duda razonable, es del caso absolver a los encausados, en virtud del principio *in dubio pro reo*. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintinueve de octubre de dos mil diez -fojas seiscientos sesenta y uno- que condenó a Víctor Félix Hurtado Mendoza y Juan Bautista Ayala Sánchez, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado agravado, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de tres años, bajo reglas de conducta, y fijó en la suma de once mil novecientos cincuenta y nueve nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar en forma

solidaria a favor del Estado; **reformándola ABSOLVIERON** a Víctor Félix Hurtado Mendoza y Juan Bautista Ayala Sánchez, de la acusación fiscal por el referido delito y agraviado; **ORDENARON** la anulación de los antecedentes penales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la presente causa; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por goce vacacional del señor Juez Supremo Salas Arenas.-

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
MORALES PARRAGUEZ

2. Peculado culposo

2.1. La prueba indiciaria

2.2. Operacionalización de la presunción de inocencia

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1141-2011

Huancavelica

Lima, veinticuatro de abril de dos mil doce.-

VISTOS; El recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público del Gobierno Regional de Huancavelica contra la sentencia absolutoria de fecha veinte de enero de dos mil once –fojas quinientos cuarenta y uno–; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el Procurador Público del Gobierno Regional de Huancavelica –debidamente constituido en parte civil–; en su recurso impugnatorio de fojas quinientos setenta y ocho, alegó que, el encausado se desempeñó como Técnico Enfermero nombrado del Establecimiento de Salud de Pucaccocha, irrogándose ser responsable de los bienes patrimoniales de dicho Centro de Salud, no habiendo efectuado trámite alguno para salvaguardar y custodiar los bienes sustraídos, a sabiendas que la puerta principal estaba con desperfectos; además, con el Informe número cero veintisiete guión dos mil nueve oblicua GOB punto REG punto HVCA guión GRDS guión SGS guión PL guión UPEC, se acreditó que al encausado se le entregó la custodia del establecimiento por licencia de

la Obstetra Mery Helen Cárdenas, además que la testigo Mery Cárdenas Oscanoa reconoció la sustracción de un manojo de llaves de las puestas interiores del local médico sin que haya comunicado ello a sus superiores, mas no de la puerta principal; por tanto, no se valoró debidamente los medios probatorios actuados al momento de emitir la sentencia cuestionada. **Segundo:** Conforme al dictamen acusatorio de fojas trescientos cuarenta y tres, se imputa al encausado José Patricio Ñahui Raymundo que encargada la custodia del Centro de Salud de Pucaccocha por licencia de la obstetra Mery Helen Cárdenas Oscanoa, teniendo conocimiento que la puerta de ingreso al local no brindaba la seguridad necesaria, no tomó precauciones a fin de velar los bienes que estaban al interior del Puesto de Salud, razón por la cual permitió que, con fecha veintiuno de octubre de dos mil ocho, personas desconocidas ingresaran al local sustrayendo dos estuches de cirugía menor, un estetoscopio, un doppler, un taburete giratorio de metal, una cocina a gas de mesa marca Surge, un balón de gas, un monitor marca Samsung, un CPU marca Megatronic, un teclado, un mouse óptico, un parlante marca Cybertec, un estabilizador de voltaje y una impresora marca HP guión mil cuatrocientos cuarenta multifuncional, de propiedad del Centro de Salud aludido. **Tercero:** Que, el proceso penal se instaura con el propósito de establecer la existencia de un hecho punible y la responsabilidad de un imputado, por ello, la finalidad de la labor probatoria es establecer si un determinado hecho se ha producido realmente o en su caso si se ha realizado en una forma determinada; en virtud de ello, está que la prueba que busca la verdad, persigue tener un conocimiento completo de las cosas sobre las cuales deberá aplicarse una norma jurídica. Cabe precisar, que si bien el juez penal es libre para obtener su convencimiento porque no está vinculado a reglas legales de la prueba y, entonces, puede también llegar a la convicción de la existencia del hecho delictivo y la participación del imputado, a través de la prueba indirecta (prueba indiciaria o prueba por indicios), será preciso empero que cuando ésta sea utilizada, quede debidamente explicitada en la resolución judicial; pues no basta con expresar que la conclusión responde a las reglas de la lógica, las máximas de la experiencia o a los conocimientos científicos, sino que dicho razonamiento lógico debe estar debidamente exteriorizado en la resolución que la contiene. Finalmente, el artículo segundo, inciso veinticuatro, párrafo e), de la Constitución Política del Estado, establece que toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad. Es importante subrayar que es una presunción *iuris tantum* que implica el derecho del procesado a considerado inocente mientras no exista material probatorio suficiente;

o, dicho de otro modo, constituye una presunción que se mantiene «viva» en el proceso penal siempre que no exista una sentencia judicial que, como corolario del cauce investigatorio, llevado cabo con las garantías inherentes al debido proceso, logre desvirtuarla. **Cuarto**: Que, respecto a la imputación fáctica atribuida al encausado José Patricio Ñahui Raymundo, se desprende que ésta no cumple con las exigencias típicas de la figura delictiva de peculado culposo. En efecto, el segundo párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal sanciona al funcionario o servidor público que «por *culpa, da ocasión a* que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos» que le fueren confiados en razón de su cargo; sin embargo, en el presente caso no se ha determinado que la sustracción de caudales o efectos haya sido como consecuencia del accionar culposo del encausado; pues la conducta atribuida a Ñahui Raymundo consiste en que, por su condición de técnico en enfermería y responsable de los bienes patrimoniales del Centro de Salud de Pucaccocha, no adoptó las medidas necesarias para asegurar la puerta del Centro a efectos que personas ajenas sustrajeran bienes de su interior; toda vez que, dicha responsabilidad asumida fue por un periodo provisional y corto -del veinte al veintiocho de octubre de dos mil ocho-, resultando subjetivo aducir que éste debió comunicar a sus superiores de los desperfectos de la puerta, si se tiene en cuenta que su función principal dentro del Centro de Salud era propia de un técnico enfermero, mas no de custodio o jefe de seguridad, pues asumió la custodia de las llaves únicamente de manera provisional y por un corto periodo; sumado a que no puede ser considerado como elemento de prueba suficiente el Informe número cero veintisiete guión dos mil nueve oblicua GOB punto REG punto HVCA guión GRDS guión SGS guión PL guión UPEC, pues dicho documento acredita que el encausado se quedó en custodia de las llaves del Centro de Salud, circunstancia que el encausado aceptó durante el proceso incoado, máxime si los testigos Mery Helen Cárdenas Oscanoa -Obstetra Jefa del puesto de salud- y Faustino Ñahui Damián -Teniente Gobernador- aceptaron que contaban con llaves del Centro de Salud a la fecha de perpetrado el hecho, más aun cuando la primera mencionada aceptó que le sustrajeron sus llaves con anterioridad al hecho, lo cual no comunicó a sus superiores; siendo así, no puede establecerse que el encausado Ñahui Raymundo haya facilitado las condiciones para que un tercero sustraiga los bienes del Centro de Salud agraviado, en consecuencia, no existe medio probatorio alguno que logre desvirtuar la presunción de inocencia que le alcanza a todo justiciable. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veinte de enero de dos mil once -fojas quinientos cuarenta y uno-, que absolvió a José Patricio Ñahui Raymundo,

de la acusación fiscal por la comisión del delito contra la Administración Pública –en su modalidad de peculado culposo–, en agravio del Gobierno Regional de Huancavelica, con lo demás que contiene al respecto y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Morales Parraguez por goce vacacional del señor Juez Supremo Salas Arenas.

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

3. Conceptualización del delito de peculado doloso como un hecho punible de infracción de deber

3.1. Estándar probatorio para condenar

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2700-2010

Santa

Lima, quince de noviembre de dos mil once.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Edgar Samuel Montalvo Romero contra la sentencia condenatoria de folios quinientos treinta y seis, del dieciocho de mayo de dos mil diez; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el encausado Montalvo Romero en su recurso de nulidad fundamentado a folios quinientos cincuenta y uno, alega que: **I.** no está acreditado la apropiación del dinero destinado a la construcción del segundo piso del local de la UGEL - Santa. **II.** cumplió de manera regular su función de administrador; **III.** la compra de materiales de construcción para la obra está acreditada con los documentos que obran en autos. **IV.** su presunción de inocencia no fue desvirtuada por el representante del Ministerio Público. **Segundo:** Que, el señor Fiscal Superior en el dictamen acusatorio de folios doscientos cincuenta y cinco, imputó al encausado Montalvo Romero en su condición de Administrador de la Unidad de Gestión Educativa Local - UGEL del Santa, en el periodo del quince de agosto al veintisiete de octubre de dos mil cinco, haberse apropiado de la suma de trece mil nuevos soles, que había dispuesto la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A. a favor de la entidad, en el marco

del Convenio de Prestación de Servicios Financieros, celebrado el catorce de setiembre de dos mil cinco; disponiéndose mediante adenda del convenio que el giro del cheque por la suma aludida sea a nombre del encausado, con la finalidad de culminar con los trabajos del segundo piso del local de la entidad agraviada. **Tercero:** Que, para imponer una sentencia condenatoria es necesario tener la certeza de la responsabilidad penal del encausado, esta sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear tal convicción de culpabilidad, sin la cual no sea posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado; por ello, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria para desvirtuar la presunción de inocencia, debiendo ser realizada con las debidas garantías procesales. **Cuarto:** Que, de la revisión y estudio de los recaudos existentes en el presente acervo, se colige que la materialidad del delito y la responsabilidad penal del encausado Montalvo Romero han quedado acreditadas; en efecto, se cuenta con: a) la resolución Directoral de fojas quince, que acredita el Convenio suscrito entre «Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A.» y la Unidad de Gestión Educativa Local Santa; b) la Addenda de convenio de prestación de Servicios Financieros de fojas doce, acredita que la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A. se comprometió a entregar por única vez a la UGEL - Santa, la cantidad de trece mil nuevos soles, a fin de ser utilizada en la compra de materiales de construcción para la culminación del Segundo Piso de la UGEL - Santa, girándose el cheque a nombre del administrador Montalvo Romero; c) el recibo de fojas catorce, dejándose constancia que el encausado Montalvo Romero recibió un cheque por el importe de trece mil nuevos soles de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Trujillo, el veintiséis de septiembre de dos mil cinco; d) el informe de fojas veinticinco emitido por Vicenta Contreras Gutiérrez –Tesorera encargada de la UGEL-Santa– indicando que al equipo de Tesorería no ingresó el importe de trece mil nuevos soles por el convenio suscrito entre la UGEL-Santa y la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Trujillo S.A.; e) informe pericial contable de fojas cuatrocientos cuarenta y uno, que concluye que el cheque emitido por la Caja Trujillo por un importe de trece mil nuevos soles fue cobrado por Edgar Montalvo Romero –encausado– y no ingresó a las arcas de la UGEL - Santa, ni al Sistema Integrado de Administración Financiera; e indica que en los registros de la UGEL - Santa, no existe ningún documento administrativo de ingresos de los materiales de almacén; asimismo, consignó que se compró materiales de construcción por un importe de tres mil doce nuevos soles y se pagó por servicio personal de mano de obra el importe de nueve mil novecientos ochenta y ocho nuevos soles, según las facturas que se

adjunta; que, en relación a las facturas aludidas que fueron presentadas por la defensa del encausado Montalvo Romero se tiene que el informe pericial de fojas cuatrocientos noventa y dos, señaló que «*...no se encontró ningún ingreso en ninguno de los registros solicitados por el dinero entregado, ni mucho menos la existencia en almacén de los materiales, igualmente ningún servicio por la mano de obra ejecutada. Asimismo, informamos que la Factura N° cero cero dos guión cero cero cero uno seis cero con RUC N° dos cero cuatro cuatro cinco tres nueve cinco tres cinco nueve de VILLAPORT CONSTRUCTORES S.A.C., emitida por la compra de materiales y agregados a la UGEL-SANTA por el importe de nueve mil novecientos ochenta y ocho nuevos soles, supuestamente utilizados para el fin indicado en la Adenda del convenio suscrito con la Caja Municipal de A. y C. de Trujillo, no corresponde a la razón social impresa en la factura según folio setenta y siete, correspondiéndole el RUC N° dos cero cuatro cuatro cinco tres nueve cinco tres cinco nueve a CONTRETAS CONSTRUCTORES S.A.C. como se puede verificar en el documento adjunto al presente informe. La Empresa VILLAPORT CONSTRUCTORES S.A.C. no tiene número de RUC registrado en la SUNAT...*»; concluyendo que Montalvo Romero cobró la suma de trece mil nuevos soles, no habiendo ingresado a las arcas de tesorería de la UGEL - Santa; que en calidad de administrador no tenía competencia funcional para disponer dicha suma de dinero para comprar, ni contratar a personal, sino únicamente supervisar y monitorear los procesos administrativos de selección de personal, capacitación, reasignación, revisión de cuadros de horas de clases y otra en calidad de Secretario técnico, el cual no era el caso; que no se encontró ningún ingreso de materiales al almacén de la UGEL - Santa; no estuvo programada la obra materia del peritaje, por lo tanto, no se efectuó ningún procedimiento formal. **Quinto:** Que, el descargo realizado por el encausado Montalvo Romero en la instrucción a fojas ciento sesenta y cinco y acto oral a fojas cuatrocientos once, en la que indica ser inocente de los cargos que se le imputan, refiriendo que con el dinero que cobró, compró los materiales para la construcción del segundo piso de la UGEL-Santa, consistente en cemento, arena y otros, y se pagó la mano de obra de los constructores, conforme lo acreditó con los documentos que obra en autos; se encuentra desvirtuado con los medios probatorios aludidos que enervan su presunción de inocencia que constitucionalmente lo amparaba, tanto más, si los documentos en los que ampara su descargo en el encausado han sido cuestionados en los peritajes aludidos en el considerando precedente. **Sexto:** Que, es menester precisar que en el presente caso nos encontramos ante un delito de infracción de deber, y que estos sientan sus bases en instituciones positivas «*las mismas que se configuran en los contactos de los ámbitos de vida en una sociedad y posibilitan la creación de un mundo en*

común entre el portador del deber y los bienes puestos bajo su esfera. Por esta razón, la relación entre personas vinculadas institucionalmente tiene un contenido positivo, porque aquí el deber se dirige a un obligado especial, no para que simplemente no dañe los bienes de los demás, sino para que fomente y mantenga seguros los bienes situados bajo su esfera jurídica frente a las amenazas ajenas de peligro o lesión»; CARO JOHN, José Antonio, «Algunas consideraciones sobre los delitos de infracción de deber», en *Problemas Fundamentales de la Parte General del Código Penal*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 96 y ss. En este sentido, es necesario precisar que el encausado Montalvo Romero tenía un deber institucional como funcionario público, al ostentar el cargo de Administrador de la Unidad de Gestión Educativa Local Santa, y como tal, recaía sobre él el deber de no dañar los bienes puestos bajo su esfera de organización. **Sétimo:** Que, el Tribunal Superior impuso al encausado Montalvo Romero –dos años de pena privativa de libertad suspendida– una pena benigna, en relación a la solicitada por el Fiscal Superior en su dictamen acusatorio de fojas doscientos cincuenta y cinco –seis años de pena privativa de la libertad–, sin haber tenido en cuenta que el ilícito fue cometido por un funcionario público y que con su actuar crea desconfianza en las expectativas normativas que rigen nuestra sociedad; por ello, correspondería a este Supremo Tribunal elevar la penalidad impuesta por el Tribunal Superior; sin embargo, al no haber sido recurrido dicho extremo de la sentencia por el representante del Ministerio Público, no resulta viable incrementarla en virtud del principio de la *non reformatio in peius* –prohibición de reforma en peor–, por tanto, la pena impuesta debe mantenerse. Por estos fundamentos: declararon **I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia de folios quinientos treinta y seis, del dieciocho de mayo de dos mil diez, que condenó a Edgar Samuel Montalvo Romero por el delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado doloso por apropiación, en agravio del Estado y la Unidad de Gestión Educativa Local del Santa, a dos años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de un año, bajo reglas de conducta; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Zecenarro Mateus por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

SS.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

ZECENARRO MATEUS

4. El delito de peculado y los viáticos

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 3552-2010

Cajamarca

Lima, primero de diciembre de dos mil once.-

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el señor Fiscal Superior y la defensa de los encausados Wilder Manuel Alcalde Palomino, Luis Alberto Cholán Alvites y Andy Williams Gálvez Briones contra la sentencia de folios quinientos noventa y uno, del dos de agosto de dos mil diez; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor Fiscal Superior en su recurso de nulidad de fojas seiscientos trece, alega disconformidad con la sentencia recurrida en su extremo absolutorio en relación a los delitos de incumplimiento de funciones y administración fraudulenta, al existir elementos probatorios que acreditan el cobro del cheque asignado a la regidora Gloria Elizabeth Vigo Peralta, por parte de los encausados Alcalde Palomino y Cholán Alvites, que finalmente fue entregado al encausado Gálvez Briones; además, indica que los encausados Alcalde Palomino y Cholán Alvites incumplieron su deber funcional al no haber rendido cuentas a su retorno del viaje a Alemania de conformidad con la ley número veintisiete mil seiscientos diecinueve, no obstante, a los requerimientos efectuados en los memorandos que le fueron remitidos. **Segundo:** Que, la defensa de los encausados Alcalde Palomino, Cholán Alvites y Gálvez Briones en su recurso de nulidad de fojas seiscientos quince, alega que: a) el encausado Gálvez Briones no ostentó el cargo de funcionario público de la Municipalidad de San Pablo, por tanto, no tenía la obligación de rendir cuentas de los viáticos que le fueron entregados; b) las conductas de peculado imputadas a los encausados Alcalde Palomino y Cholán Alvites no reviste de tipicidad penal al haber cumplido con ejecutar un acuerdo del Consejo Municipal; c) el dinero entregado al encausado Gálvez Briones fue devuelto por la ONG Alemana. **Tercero:** Que, el señor Fiscal Superior en el dictamen acusatorio de folios trescientos setenta y cinco, imputó a los encausados Alcalde Palomino (Gerente Municipal) y Cholán Alvites (tesorero) haber incumplido con presentar el informe de las acciones realizadas y la rendición de cuentas durante el viaje autorizado a la República de Alemania con la finalidad de gestionar la donación de equipos médicos para la implementación del Centro de Salud San Pablo, adquisición de compactadoras de basura

y computadoras, no obstante, de haber sido requeridos mediante memorandos; asimismo, se imputa a los encausados Alcalde Palomino (Gerente Municipal) y Cholán Alvites (tesorero) haber cobrado el dinero girado a favor de la regidora Gloria Vigo Peralta, quien iba participar del referido viaje, y posteriormente entregarlo al encausado Gálvez Briones, apropiándose del dinero referido. **Cuarto:** Que, tanto en la investigación judicial como en el juzgamiento son aplicables las categorías del conocimiento de la posibilidad, probabilidad y la convicción o certeza, siendo que la responsabilidad penal de un imputado sólo debe determinarse cuando se ha llegado al grado de certeza, caso contrario, siempre que resulte insuperable la duda o mientras la actividad probatoria esté incompleta, la presunción de inocencia se encuentra incólume. **Quinto:** Que, de la revisión de lo actuado se tiene que en relación al delito de peculado imputado a los encausados Alcalde Palomino, Cholán Alvites y Gálvez Briones, no obra en autos medio probatorio que acredite la apropiación del dinero por concepto de viáticos asignados a Gloria Vigo Peralta por parte de los encausados referidos, tanto más, si los referidos encausados al efectuar sus descargos en sede policial y judicial –ver fojas veintiocho, treinta y dos, doscientos cincuenta y cuatro, doscientos cincuenta y ocho, doscientos noventa, cuatrocientos noventa y ocho, quinientos seis y quinientos catorce– indicaron a su turno, ser inocentes de los delitos imputados y que lograron viajar a la República Alemana para los efectos de realizar gestiones a favor de la Municipalidad de San Pablo y que el dinero asignado a la regidora Vigo Peralta fue gastado en la compra de sus pasajes, que finalmente no fueron devueltos por el poco tiempo que hubo desde que se tomó conocimiento que se había suspendido su viaje; versión que no han logrado ser enervadas con medio probatorio alguno, por el contrario, se tiene que en autos obra el acta de sesión de audiencia extraordinaria de fojas veintitrés, del cuatro de agosto de dos mil seis, donde el pleno del Consejo de la Municipalidad Provincial de San Pablo, acordó por unanimidad el viaje de Gloria Vigo Peralta –Regidora de la Municipalidad Provincial de San Pablo– conjuntamente con los encausados a la República de Alemania, asignándole por concepto de viáticos la suma de cinco mil dólares americanos a cada uno, empero, se tiene que por memorando de fojas cincuenta y tres, del veintidós de setiembre de dos mil seis, emitido por el Alcalde Provincial de San Pablo, se excluyó de dicho viaje a la Regidora antes nombrada. **Sexto:** Que, si bien se le asignó a Gloria Vigo Peralta –Regidora de la Municipalidad Provincial de San Pablo– por concepto de viáticos la suma de cinco mil dólares americanos, sin embargo, se tiene que el representante del Ministerio

Público imputa a los encausados Alcalde Palomino, Cholán Alvites y Gálvez Briones únicamente haber efectuado el cobro del cheque correspondiente a la Regidora Gloria Vigo Peralta por un monto ascendente a los cuatro mil cuatrocientos sesenta y cinco nuevos soles; que al respecto, es menester señalar que el Tribunal Superior no tuvo en cuenta que a fojas cuatrocientos noventa y uno, obra la carta emitida por la institución Verein Burschenschaftliche Hilfe e. V., indicando que luego de haber revisado las cuentas totales, constataron de manera contable un saldo a favor sobrante equivalente a cuatro mil cuatrocientos sesenta y cinco nuevos soles, que iba ser devuelto; advirtiéndose que tal situación se realizó conforme se advierte de la carta de fojas cuatrocientos noventa y tres, emitida por el Alcalde de la Municipalidad de San Pablo, en que consigna la recepción del dinero, absteniéndose de cualquier reclamo. **Sétimo:** Que, luego de un análisis integral de lo actuado se aprecia la aplicación del principio universal del *in dubio pro reo,* consagrado en el numeral once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, por duda razonable generada por las razones ya expuestas; situación que denota que las actuaciones desarrolladas a lo largo del proceso penal no han podido enervar la presunción de inocencia que existe a favor de todo procesado y en este caso de los encausados Alcalde Palomino, Cholán Alvites y Gálvez Briones, quienes en el transcurso del proceso mantuvieron una negativa sobre la autoría del delito y contra el cual no se aprecian otros elementos probatorios que demuestren fehacientemente su responsabilidad penal –conforme se señaló en los considerandos precedentes–; más aún, si sólo cabe condenar a una persona cuando se ha llegado a la certeza sobre su responsabilidad en la comisión del hecho imputado, y no cuando se perciben dudas al respecto, conforme se acota al expresar que: *A veces acontece que, pese al máximo esfuerzo desplegado durante la actividad probatoria, en el juicio oral, este termina sin que resulte probada fehacientemente la culpabilidad y responsabilidad del acusado, pero tampoco la inculpabilidad o irresponsabilidad del mismo. Lo único que se logra es constatar que existen razones antagónicamente equilibradas en pro y en contra de él; de modo que, es imposible poder afirmar o negar categóricamente la culpabilidad y responsabilidad del acusado (...). A esta duda definitiva que resulta de la contraposición equilibrada y antagónica de razones se llama también: duda positiva (...) la duda positiva o duda reflexiva es el fundamento del in dubio pro reo.* [MIXÁN MÁSS, Florencio, *Derecho Procesal Penal - Juicio Oral,* 6ª ed., 2003, p. 255]. Tanto más, si el representante del Ministerio Público no logró probar la apropiación del dinero imputado a los encausados, mucho menos, obra en autos pericia contable que acredite

fehacientemente el monto que se imputa apropiado, resultando inoficioso ordenar se practique el aludido peritaje, en tanto, se estaría vulnerando el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable -teniendo en cuenta la data de la denuncia-, más aún, si como ya se ha hecho mención, existe duda respecto a la responsabilidad de los encausados en el delito imputado. **Octavo:** Que, en relación a las absoluciones de los encausados Alcalde Palomino y Cholán Alvites por los delitos de incumplimiento de deber funcional y fraude en la administración de personas jurídicas se debe tener en cuenta que el representante del Ministerio Público no logró probar su acusación de fojas trescientos sesenta y seis, subsanada a fojas trescientos setenta y cinco, por tanto, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa «*...toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*», en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que «*...el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla...*»; finalmente, en virtud al principio «carga de la prueba» quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, caso contrario en los supuestos de ausencia o insuficiencia de prueba que acredite la responsabilidad del inculpado, deberá procederse con la absolución; aunado a ello, se advierte a fojas sesenta y nueve y setenta, los informes emitidos por los referidos encausados dando cuenta de los gastos y actividades realizadas en la República Alemana; que, en relación al delito de fraude en la administración de persona jurídica se tiene que los encausados tenían la condición de funcionarios públicos de la Municipalidad Provincial de San Pablo, por tanto, tal situación hace incompatible que se configure el delito previsto en el artículo ciento noventa y ocho del Código Penal, pues, aquel solo puede ser cometido por persona que no ostente tal cargo, ello, bajo el principio de especialidad de la norma. Por estos fundamentos: declararon **I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia de folios quinientos noventa y uno, del dos de agosto de dos mil diez, en el extremo que absolvió a Wilder Manuel Alcalde Palomino y Luis Alberto Cholán Alvites de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en la modalidad de incumplimiento de deber funcional, en agravio de la Municipalidad Provincial de San Pablo; que absolvió a Wilder Manuel Alcalde Palomino y Luis Alberto Cholán Alvites de la acusación fiscal

por el delito contra el patrimonio -fraude en la administración de personas jurídicas, en la modalidad de administración fraudulenta-, en agravio de la Municipalidad Provincial de San Pablo; **II. HABER NULIDAD** en la referida sentencia en el extremo que condenó a Wilder Manuel Alcalde Palomino, Luis Alberto Cholán Alvites y Andy Williams Gálvez Briones por el delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado, en agravio de la Municipalidad Provincial de San Pablo; y **reformándola absolvieron** a los referidos encausados del delito y agraviado mencionado; **MANDARON** se archive definitivamente la presente causa; **ORDENARON** se anulen sus antecedentes judiciales y penales generados a causa del presente proceso penal; y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Príncipe Trujillo, Santa María Morillo y la señorita Juez Suprema Villa Bonilla por licencia de los señores Jueces Supremos Villa Stein, Neyra Flores y Calderón Castillo.-

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTA MARÍA MORILLO
VILLA BONILLA

5. La reparación civil en el delito de peculado

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2684-2010

Lima

Lima, tres de noviembre de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción contra la sentencia de fojas ochocientos cincuenta y cinco, del veintidós de marzo de dos mil diez, en el extremo de la reparación civil; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero**: Que, el señor Procurador Público en su recurso de nulidad fundamentado a fojas ochocientos setenta y cinco, alega que: I. el Tribunal no tuvo en cuenta el dictamen pericial número treinta y seis guión dos mil cinco guión DICOCOR, del trece de octubre de dos mil cinco, que determinó un perjuicio económico a FONDEPES por el importe de dos mil setenta y dos nuevos

soles, producto de las irregularidades en la rendición de cuentas del encausado Robles Pacheco; II. la reparación civil resulta ínfima en relación a los daños y perjuicios sufridos por el Estado como consecuencia del acto ilícito. **Segundo:** Que, el señor Fiscal Superior en su dictamen acusatorio de fojas ochocientos, imputó al encausado Nestor Robles Pacheco que en su condición de Técnico de Cobranza de la Gerencia del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero (FONDEPES), entre los meses de abril a julio del año dos mil cuatro, se le comisionó para realizar viajes a Piura, Lambayeque, Tumbes, Chiclayo, Trujillo y Matamari - Mollendo, entregándosele dinero por concepto de gastos operativos, con cargo a devolución de las sumas no empleadas, reteniendo parte del dinero no empleado, presentando boletas de venta y boletos de viaje adulterados para justificar la no devolución. **Tercero:** Que, este Supremo Tribunal de conformidad con lo establecido en el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales emitirá pronunciamiento únicamente respecto a la impugnación de la parte civil, que cuestiona el monto fijado por concepto de reparación civil en atención al principio de congruencia recursal. **Cuarto:** Que, al respecto cabe señalar, que todo delito acarrea como consecuencia no solo la imposición de una pena, sino también da lugar al surgimiento de la «responsabilidad civil» por parte del autor o los autores del hecho delictivo, la misma que se fijará en atención al artículo noventa y tres del Código Sustantivo, la cual señala que, «*la reparación civil* comprende: a) la *restitución del bien* o, si no *es* posible, el pago de *su* valor, y, *b)* la *indemnización* de los daños y perjuicios»; que el primero de los elementos antes citados importa «restaurar o reponer la situación jurídica quebrantada por la comisión de un delito o falta», mientras que el segundo incide más bien en las consecuencias, aquellos efectos negativos que derivan de la lesión del bien jurídico protegido. **Quinto:** Que, el Tribunal Superior fijó la reparación civil en un monto menor -trescientos nuevos soles- al solicitado por el representante del Ministerio Público -tres mil nuevos soles-; al respecto es menester señalar que aquella no guarda relación directa con el daño ocasionado, por tanto, sobre la base de este criterio objetivo, corresponde su incremento de manera prudencial conforme la opinión del señor Fiscal Supremo en lo Penal; asimismo, se advierte que en el fallo del Tribunal Superior se omitió disponer la devolución de lo ilícitamente apropiado, dejando de lado lo establecido en el inciso primero del artículo noventa y tres del Código Penal y no obstante la existencia del dictamen pericial de fojas cuatrocientos cuarenta y siete, que determinó el perjuicio económico a la administración pública, todo ello, al haber recurrido la parte civil. Por estos fundamentos: declararon **I. HABER NULIDAD** en la

sentencia de fojas ochocientos cincuenta y cinco, del veintidós de marzo de dos mil diez, en el extremo que fijó en trescientos nuevos soles por concepto de reparación civil que deberá pagar el encausado Néstor Robles Pacheco a favor del Estado, en el proceso que se le siguió por delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado; y por delito contra la fe pública, en la modalidad de falsificación y uso de documento privado adulterado, en agravio del Estado - FONDEPES; y **reformándola** fijaron en ochocientos nuevos soles la reparación civil que deberá pagar a favor del Estado; sin perjuicio de devolver lo ilícitamente apropiado; **II. NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene al respecto, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Zecenarro Mateus por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.-

SS.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
ZECENARRO MATEUS

6. Elementos típicos del delito de peculado doloso

6.1. El Ministerio Público, como titular de la carga de la prueba, no logró probar los extremos de su acusación

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 710-2010

Cusco

Lima, treinta de marzo de dos mil once.-

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior contra la sentencia absolutoria del veintiséis de de noviembre de dos mil nueve, de fojas mil ochocientos setenta y siete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Adjunta Suprema; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor Fiscal Superior en su recurso de nulidad de fojas mil ochocientos noventa y dos, alega que el encausado Javier Félix Huisa López en su condición de Ingeniero residente de obras, de la construcción del «Puente Carrozable Chapo Chico Alto Pichiri», de la Municipalidad Distrital de Quellouno, incumplió dolosamente su deber de cautelar el patrimonio de la referida Municipalidad, que se encontraba bajo su dominio, al ser la persona encargada de administrar los materiales destinados a la

construcción del referido puente, dando lugar a un marcado desequilibrio entre el avance de la ejecución de la obra y la inversión efectuada; que, no solo procuró provecho para sí, recibiendo haberes sin haber cumplido su función para la que había sido contratado, sino también, ha procurado provecho a favor de terceros conforme se encuentra acreditado en autos. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal de fojas quinientos cuarenta y dos, se atribuye al encausado Javier Félix Huisa López su participación en el delito de peculado culposo, toda vez, que en su condición de supervisor y residente de obra del proyecto «Puente Carrozable Chapo Chico Alto Pichiri», ejecutado por la Municipalidad Distrital de Quellouno, valorado en la suma de ciento ochenta y seis mil nuevos soles, que debía de concluir en noventa días, a su término, quedó inconclusa; desprendiéndose además de la liquidación financiera efectuada, una serie de irregularidades, atribuyéndose al encausado haberse apropiado de parte de dicho dinero. **Tercero:** Que, el delito de peculado doloso previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete, se configura cuando: «*...El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, [...]*». Este tipo penal es «*...un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional...*» (JAKOBS, Günther, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, 2ª ed., Madrid, 1997, 1006 y ss.); asimismo, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición en la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión. **Cuarto:** Que, los medios probatorios actuados en el proceso resultan insuficientes para acreditar de manera fehaciente la responsabilidad penal del encausado Huisa López en el delito de peculado doloso; pues, si bien a fojas doscientos treinta y ocho, obra el contrato de locación de servicios entre la Municipalidad Distrital de Quellouno y el referido encausado, designándolo como supervisor y residente de obra del proyecto «Puente Carrozable Chapo Chico Alto Pichiri», estableciéndose sus obligaciones y funciones consistentes en: elaborar los requerimientos de la obra, ejecutar el control de la obra básicamente en calidad, cronograma y de acuerdo al

expediente técnico, elaborar los documentos de control de obra, cuaderno de obras, cronograma de obras, entre otras obligaciones y funciones; sin embargo, no se evidencia de dicho documento, que el encausado Huisa López haya tenido como deber, la administración de bienes de la referida Municipalidad, ni muchos que haya tenido bajo su esfera de organización los referidos bienes, de los cuales se le atribuye haberse apropiado; que si bien, el informe pericial de visita a la obra de construcción «Puente Carrozable Chapo Chico Anchihuay», de fojas ciento ochenta y seis, concluye que el expediente técnico es muy simple, que la obra no está de acuerdo a los planos, que hay cambios y omisiones graves, que el avance físico de la obra solamente llega a un veintisiete punto sesenta y tres por ciento; también lo es, que del informe número cero uno/JHL/SUP/MDQ/ dos mil siete, de fojas mil ciento ocho, del cinco de enero de dos mil siete, se advierte que el encausado Huisa López, puso de conocimiento al Ingeniero Jiménez Quispe -Director del departamento de obras del distrito de Quellouno-, que la obra cuenta con un avance físico del sesenta por ciento; asimismo, a fojas mil ciento trece, se advierte que el encausado Huisa López presentó la carta número cero cero cuatro/ dos mil siete/ JHL/MDQ, donde señaló haber presentado a la Municipalidad Distrital de Quellouno, con fecha cuatro de enero de dos mil siete, los cuadernos de obra; además indica que mensualmente presentó los informes de avance de obra, pues, eran requisitos esenciales para el cumplimiento de su pago, precisando que los demás puentes, de los cuales también se le encargó su supervisión, sí fueron construidos en su totalidad; que dicha versión se encuentra corroborada con el informe cero cero uno guión dos mil siete guión Municipalidad Distrital de Quellouno, en la cual consta mediante cargo recibido con fecha cinco de enero de dos mil siete, que el encausado Huisa López entregó: el expediente técnico, el presupuesto reformulado, así como del cuaderno de obra del «Puente Carrozable Chapo Chico Anchihuay» -documento que no fue sometido a examen pericial, situación que no puede ser atribuida al encausado, en tanto, la carga de la prueba le corresponde al representante del Ministerio Público- ; mostrando con ello, el cabal cumplimiento del deber que tenía en virtud al contrato de locación de servicio firmado con la referida entidad Edil, no habiéndose acreditado en autos que el referido encausado haya faltado a su deber; además, se debe tener en cuenta que en sus declaraciones vertidas en la secuela del proceso -véase instructiva de folios cuatrocientos setenta y uno, continuada a folios cuatrocientos setenta y tres y declaración vertida en juicio oral de folios mil ochocientos cincuenta y seis- esgrimió inocencia respecto de los cargos atribuidos en su contra, señalando no haber administrado fondos, ni apropiado o utilizado en beneficio propio los materiales de construcción y que era necesario la ampliación del plazo

para la culminación de la obra; versión que no ha podido ser contrarrestada con medio probatorio; además, es menester señalar, que el supuesto incumplimiento de contrato, por parte del encausado Huisa López, no configuraría el delito de peculado, en tanto, la figura que enmarca éste delito, no engloba su comportamiento. **Quinto:** Finalmente, es menester señalar que, el representante del Ministerio Público, como titular de la carga de la prueba, no logró probar los extremos de su acusación insertada en el dictamen de fojas quinientos cuarenta y dos, en ese sentido, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa «*...toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*», en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que «*...el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla...*»; finalmente, en virtud al principio «carga de la prueba» quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintiséis de noviembre de dos mil nueve, de fojas mil ochocientos setenta y siete, que absolvió a Javier Félix Huisa López de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en su modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos, sub tipo peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Quellouno y del Estado; con lo demás que contiene al respecto, y los devolvieron. Intervine el señor Juez Supremo Santa María Morillo por goce vacacional del señor Juez Supremo Villa Stein.

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

7. **Insuficiencia de prueba de cargo y la consiguiente absolución**

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 1096-2010
Ayacucho
Lima, dieciocho de mayo de dos mil once.-

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el señor Fiscal Superior y el señor Procurador Público Anticorrupción Descentralizado de Ayacucho contra la sentencia absolutoria de fojas dos mil treinta y siete, del veintiuno de diciembre de dos mil nueve; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor Fiscal Superior en su recurso de nulidad de fojas dos mil sesenta y tres, alega que los informes periciales contables de fojas trece y ciento cuarenta y cuatro, dictamen de valorización de fojas quinientos treinta y cinco, y el resultado de las evaluaciones físicas de obra, acreditan el delito de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de «Vinchos» y la responsabilidad penal de los encausados Antonio Rojas Llantoy -Alcalde-, Carlos Roberto Rojas Neyra -Administrador-, Aurea Brígida Oré Bautista -Tesorera- y Juana Elvira Flores Escobar -Tesorera-. **Segundo:** Que, el señor Procurador Público Anticorrupción Descentralizado de Ayacucho en su recurso de nulidad de fojas dos mil sesenta y nueve, alega que los informes periciales contables de fojas trece y ciento cuarenta y cuatro, acreditan que los encausados cometieron irregularidades y malos manejos de los recursos asignados a la Municipalidad de Vinchos - Huamanga, inobservando el cumplimiento de los procedimientos normativamente establecidos y sobrevaluando los costos de las obras ejecutadas, apropiándose de los fondos públicos en beneficio propio. **Tercero:** Que, el señor Fiscal Superior en su dictamen acusatorio de fojas mil quinientos setenta y cinco, imputa a los encausados Antonio Rojas Llantoy -Alcalde-, Carlos Roberto Rojas Neyra -Administrador-, Aurea Brígida Oré Bautista -Tesorera- y Juana Elvira Flores Escobar -Tesorera-; funcionarios públicos de la Municipalidad Distrital de Vinchos, que durante el periodo de mil novecientos noventa y seis al año dos mil dos, de manera concertada se habrían apropiado de fondos públicos de dicha Municipalidad, consistiendo su accionar en haberse apoderado de recursos dinerarios de distintas obras de infraestructura; es así que, en la construcción del local multiuso Qasanqay ejecutado entre los años mil novecientos noventa y siete al dos mil, se invirtió supuestamente la suma de setenta y cuatro mil doscientos sesenta y seis punto veintisiete nuevos soles, cuando en realidad se gastó la suma de treinta y ocho mil noventa y uno punto treinta y cinco nuevos soles, existiendo un faltante de veintiocho mil quinientos veintinueve punto cuarenta y siete nuevos soles, que fue destinado a gastos generales; en la construcción del local multiuso Allpaurccuna se gastó la suma de treinta y un mil ciento cuarenta y dos punto setenta y

cinco nuevos soles, cuando el costo real fue de diecinueve mil ochocientos cincuenta y ocho punto ochenta nuevos soles, donde igualmente la diferencia fue excesivamente destinada a gastos generales; en la construcción del local multiuso Antapuna se invirtió veintinueve mil doscientos ochenta y nueve punto ochenta nuevos soles, cuando el costo real fue de doce mil novecientos veinticinco punto diez nuevos soles, habiéndose gastado excesivamente la suma de dieciséis mil trescientos sesenta y cuatro punto setenta nuevos soles en gastos generales; en la construcción del local multiusos Culluhuancca se gastó un total de setenta y un mil cincuenta y siete punto catorce nuevos soles, cuando el costo real fue de treinta y ocho mil seiscientos cuarenta y cuatro punto diecisiete nuevos soles, con un exceso de gastos generales por treinta y dos mil cuatrocientos doce punto noventa y siete nuevos soles; igualmente en la construcción del local multiuso Anchakhuasi se gastó un total de ciento diez mil seiscientos treinta y ocho punto treinta nuevos soles, cuando en realidad se invirtió setenta y dos mil doscientos diecinueve punto sesenta y cuatro nuevos soles; en la construcción del local multiuso Condorpaccha se efectuó un gasto total de sesenta y seis mil ochocientos ochenta y nueve punto veinte nuevos soles, cuando su costo real fue de treinta y seis mil seiscientos uno punto ochenta nuevos soles, existiendo un monto de treinta mil doscientos ochenta y siete punto cuarenta nuevos soles por gastos generales; en la construcción e implementación del taller artesanal de Occollo por un costo total de sesenta y seis mil ochocientos ochenta y nueve punto veinte nuevos soles, cuando sólo se invirtió cuarenta y nueve mil setecientos ochenta y cinco punto treinta nuevos soles y el saldo de diecisiete mil ciento tres punto noventa nuevos soles destinado a gastos generales; en la construcción de la loza deportiva Arizona por un costo de treinta y nueve mil ochocientos trece punto treinta y nueve nuevos soles, cuando su costo real fue de veinte mil setecientos siete punto veinte nuevos soles; en la construcción de la loza deportiva Vinchos por el importe de cuarenta y nueve mil trescientos setenta y dos punto cincuenta y cinco nuevos soles, cuando el costo directo fue de veintiséis mil quinientos veintidós punto doce nuevos soles, y el saldo de veintidós mil ochocientos cincuenta punto cuarenta y tres nuevos soles, fue derivado a gastos generales; por la construcción del puente peatonal de Chaclacayo por el importe de diez mil setecientos ochenta punto sesenta y cuatro nuevos soles, cuando el gasto directo fue de seis mil ciento cuarenta y ocho punto diez nuevos soles, y el saldo de cuatro mil seiscientos treinta y dos nuevos soles, fue derivado a gastos generales; respecto de la construcción de trocha carrozable

Jatumpampa de Huayllay en la que pese a no existir presupuesto ni expediente para la ejecución se gastó la suma de tres mil ochocientos setenta nuevos soles; en la obra de rehabilitación y mejoramiento de la trocha carrozable Sallalli Urpaypampa - Santa Inés, se gastó sin tener presupuesto, la suma de nueve mil quinientos treinta y ocho punto cuarenta y ocho nuevos soles, habiéndose invertido solo cuatro mil trescientos veintiséis punto cincuenta nuevos soles; de igual modo, en la construcción del mercado al paso de Casacancha se gastó un total de doce mil setecientos treinta y uno punto ochenta y un nuevos soles, cuando en realidad no existe dicho mercado, es decir, no se ha ejecutado la obra; en el caso de la adquisición de la camioneta Pick Up cuatro por cuatro se gastó un total de noventa y cuatro mil punto cuatrocientos veinte punto cuarenta y cinco nuevos soles, cuando en realidad el vehículo fue adquirido por un total de ochenta y siete mil quinientos cincuenta y uno punto siete nuevos soles, habiendo un faltante de seis mil ochocientos sesenta y nueve punto cuarenta y ocho nuevos soles; por último, en la ejecución de los gastos para el programa Vaso de Leche respecto de los seis años existió una sobrevaluación por un total de ochenta y seis mil ochocientos veinticuatro punto un nuevos soles. **Cuarto:** Que, en la investigación judicial como en el juzgamiento son aplicables las categorías del conocimiento de la posibilidad, probabilidad y la convicción o certeza, siendo que la responsabilidad penal de un imputado sólo debe determinarse cuando se ha llegado al grado de certeza, caso contrario, siempre que resulte insuperable la duda o mientras la actividad probatoria esté incompleta la presunción de inocencia se encuentra incólume. **Quinto:** Que, de la revisión y estudio de los recaudos existentes, se colige que la materialidad del delito y la responsabilidad penal de los encausados Antonio Rojas Llantoy, Carlos Roberto Rojas Neyra, Aurea Brígida Oré Bautista y Juana Elvira Flores Escobar no están debidamente acreditadas; por tanto, la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal Superior se encuentra conforme a derecho; que, si bien el representante del Ministerio Público sustentó su acusación con los informes periciales contables de fojas trece y ciento cuarenta y cuatro, concluyendo ambos, en sobrevaluación en la ejecución de obras y con ello perjuicio económico a la Municipalidad Distrital de Vinchos, en el periodo comprendido entre los años mil novecientos noventa y seis y dos mil dos; sin embargo, los acotados informes contables difieren uno de otro respecto de los montos que supuestamente fueron sobrevalorados; tan es así que fueron sometidos a debate pericial en juicio oral –véase fojas mil novecientos cuarenta y seis–; aunado a ello, se infiere de las declaraciones vertidas en juicio oral por los señores Peritos suscribientes, que no contaron con la totalidad de la

documentación para realizar sus peritajes; de igual forma, ocurrió al realizarse el dictamen de valorización de fojas quinientos treinta y cinco, al consignarse que no contaron con todos los expedientes de informes técnicos. **Sexto:** Que, contrarrestando los medios probatorios presentados por el representante del Ministerio Público, obra el dictamen pericial contable de fojas mil seiscientos sesenta y cinco, del nueve de julio de dos mil nueve, el cual concluyó que las obras de los locales comunales de Multiuso Qasanqay, Allpahurccuna, Antapuna, Culluhuancca, Anchakhuasi, Condorpaccha, Occollo, Centro Educativo de Choccyacc, las lozas deportivas Arizona y Vinchos, y el Puente Peatonal Chaclacayo, fueron ejecutadas con todas las formalidades de ley y se encuentran debidamente sustentadas con los documentos que se adjunta; con respecto a las obras de construcción de trochas carrozables de Jatumpampa de Huayllay - Equis y la rehabilitación y mejoramiento de Sallalli Urpaypampa - Santa Inés, no se apreciaron irregularidades de sobrevaluación; toda vez que, los gastos fueron ejecutados en armonía a las normas legales establecidas en cada uno de los sistemas administrativos de abastecimiento, tesorería, contabilidad y presupuesto; respecto a la construcción e implementación del mercado al paso de Casacancha, los gastos de ejecución se realizaron debidamente, sustentándose sin observación alguna de irregularidades de sobrevaluación; en la adquisición de la camioneta, no se observó irregularidad de sobrevaluación del costo, encontrándose los gastos debidamente sustentados de acuerdo a las normas legales correspondientes; en lo que concierne a la supuesta sobrevaluación de gastos en la adquisición de alimentos para el Programa de vaso de leche, durante el periodo del año mil novecientos noventa y seis al dos mil dos, carece de sustento legal y técnico por tratarse de adquisición de productos alimenticios sujetos a control; situación que impide tener fehacientemente certeza respecto a la responsabilidad penal de los encausados Antonio Rojas Llantoy, Carlos Roberto Rojas Neyra, Aurea Brígida Oré Bautista y Juana Elvira Flores Escobar; tanto más, si el dictamen pericial contable de fojas mil seiscientos sesenta y cinco, fue ratificado por el perito que lo suscribió ante el Tribunal Superior, indicando que no encontró ninguna sobrevaluación; siendo menester señalar, que el acotado peritaje fue realizado con posterioridad a los anteriores y no ha sido cuestionado por el representante del Ministerio Público ni por la parte civil. **Sétimo:** Que, asimismo, se debe tener en cuenta la férrea negativa de los encausados Antonio Rojas Llantoy, Carlos Roberto Rojas Neyra, Aurea Brígida Oré Bautista y Juana Elvira

Flores Escobar, quienes al declarar en sede policial -manifestaciones de fojas doscientos tres, doscientos veinte y doscientos veintidós-, en la instrucción -instructivas de fojas novecientos noventa y cinco, mil dos, mil cinco, mil cuatrocientos sesenta y uno- y juicio oral -acta de fojas mil ochocientos cuarenta y uno, mil ochocientos sesenta y ocho, mil ochocientos setenta y cinco, y mil ochocientos ochenta y nueve-, señalaron a su turno, ser inocentes del delito imputado, no habiéndose apropiado de fondos de la Municipalidad agraviada y que la denuncia ha sido efectuada por su contendor político. **Octavo:** Que, los medios probatorios glosados en autos no crean certeza respecto a la responsabilidad penal de los encausados Antonio Rojas Llantoy, Carlos Roberto Rojas Neyra, Aurea Brígida Oré Bautista y Juana Elvira Flores Escobar, generándose duda razonable en el ánimo del Juzgador, por lo que es de aplicación el principio universal «*in dubio pro reo*» contemplado en el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, tanto más, si el representante del Ministerio Público, como titular de la carga de la prueba, no logró probar los extremos de su acusación insertada en el dictamen de fojas mil quinientos setenta y cinco; que en virtud al principio «carga de la prueba» quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, caso contrario procede la absolución. **Noveno:** Que, conforme a lo preceptuado en el artículo cincuenta y siete del Código de Procedimientos Penales, el señor Procurador Público Anticorrupción Descentralizado de Ayacucho, en su condición de parte civil, no solo tiene la misión de solicitar la reparación civil, sino también aportar pruebas al proceso penal a efectos de esclarecer los hechos materia de investigación, situación última que no se evidenció en el transcurso del proceso, conforme se advierte de lo actuado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil treinta y siete, del veintiuno de diciembre de dos mil nueve, que absolvió a Antonio Rojas Llantoy, Carlos Roberto Rojas Neyra, Aurea Brígida Oré Bautista y Juana Elvira Flores Escobar de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública -peculado- en agravio de la Municipalidad Distrital de Vinchos - Estado; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.-

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

8. Ausencia de codominio del hecho para cometer el delito de peculado

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 1142-2011 Madre de Dios

Lima, veintiséis de agosto de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el acusado JUAN SEGUNDO GONZALES RUIZ contra la sentencia de fojas cuatrocientos setenta y ocho, del veintidós de diciembre de dos mil diez, en el extremo que lo condena como autor de delito contra la Administración Pública en su modalidad de peculado doloso simple, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tambopata, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a reglas de conducta; e inhabilitación para ejercer cargo o función pública por el plazo de dos años; y por la PARTE CIVIL (Procuraduría Pública Anticorrupción del Distrito Judicial de Madre de Dios) en el extremo que absuelve a ARTURO ALFREDO RENGIFO RUIZ como autor del mismo delito en perjuicio de la citada entidad; así como en lo relativo al monto de tres mil nuevos soles, fijado contra el primero de los nombrados, por concepto de reparación civil que deberá abonar a favor de la agraviada; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: Agravios.- I).** Que el encausado JUAN SEGUNDO GONZALES RUIZ, al fundamentar su recurso a fojas cuatrocientos noventa y nueve, señala que: **a).** No existe ninguna prueba que acredite que se ha apropiado o dispuesto indebidamente de petróleo, todo el combustible se usó para el servicio diario de la camioneta de propiedad de la agraviada; **b).** Del peritaje valorativo y contable no se puede afirmar, con certeza, cuántos son los galones de petróleo de los que supuestamente dispuso; **c).** Al término de su trabajo diario como chofer dejaba la camioneta en el domicilio del Alcalde y, al día siguiente, al ingresar a su trabajo verificaba que el combustible de la camioneta estaba en el mínimo, dado que el antes mencionado utilizaba la camioneta para su uso personal, tal como lo ha reconocido en su declaración; **II).** Que la PARTE CIVIL a fojas quinientos doce, contra la recurrida, cuestiona que: **a).** No se ha tomado en cuenta que el procesado ARTURO ALFREDO RENGIFO RUIZ, en su condición de encargado de la Oficina de Almacén de la Municipalidad Provincial de Tambopata, era quien suministraba de combustible al sentenciado JUAN SEGUNDO GONZALES RUIZ,

suscitándose estos hechos durante el año dos mil siete. De esta manera, aprovechándose ambos de su condición, en contubernio, se apoderaron indebidamente del combustible proporcionado por la institución citada, en tanto que diariamente se llenaba los tanques de combustible para el supuesto uso oficial, es decir, para el traslado del Alcalde a diferentes lugares de la ciudad, excediendo el uso cotidiano del mismo; **b).** Conforme a la declaración del encausado ARTURO ALFREDO RENGIFO RUIZ, éste acepta haber abastecido de combustible a su co-procesado JUAN SEGUNDO GONZALES RUIZ, excediéndose la cantidad del tanque del vehículo de placa PV - mil doscientos cuarenta y dos; no obstante, nunca informó de tal irregularidad a su superior, corroborándose que no solo tenía conocimiento de los hechos, sino que también los ocultaba y que, por tanto, actuaba en confabulación; **c).** El gasto excesivo de combustible, por parte del acusado JUAN SEGUNDO GONZALES RUIZ, perjudica irreparablemente a la entidad agraviada. Por tanto, el monto de la reparación civil debe ser incrementado de tres mil a veinte mil nuevos soles; **Segundo: Imputación Fiscal.-** Según la acusación de fojas ciento setenta y siete, se atribuye a los procesados JUAN SEGUNDO GONZALES RUIZ, en calidad de chofer de una unidad vehicular adscrita a la Municipalidad Provincial de Tambopata y a ARTURO ALFREDO RENGIFO RUIZ, como encargado del Almacén de la entidad edilicia, haberse beneficiado con combustible (petróleo) en forma sistemática, durante los meses de **enero a agosto del dos mil siete,** bajo la modalidad de suministro, en forma diaria, toda vez que el servicio que realizaba el vehículo motorizado (camioneta) a nivel local, no justificaba el gasto de combustible supuestamente utilizado, inclusive en algunos casos realizando descargos diarios de combustible que excedía la capacidad del tanque del vehículo; **Tercero: Análisis en relación a los agravios del acusado Juan Segundo Gonzáles Ruiz.- I).** De cara al presente examen, corresponde puntualizar que conforme al artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, la figura del peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Tal apropiación supone que el sujeto activo del delito, lejos de observar los deberes positivos que le competen para preservar la integridad de los caudales que tiene confiados o sobre los que tiene facultades de disposición, quebranta el mandato prohibitivo de no apartarlos, en parte, o en su totalidad, de la esfera de dominio de la entidad pública agraviada, e, ilícitamente, los hace suyos, incorporándolos al ámbito de su patrimonio propio, o, eventualmente, de terceros. Así entonces,

en el caso de autos, al haber el agente estado a cargo del transporte del Alcalde de la Municipalidad agraviada, dicha función irrogaba, para este último, el deber de acreditar que los vales de combustible, que él personalmente requería, se correspondiese con el recorrido y consumo de la referida unidad vehicular; **II)**. Fijado lo anterior, y examinados los agravios del recurrente, de entrada, se aprecia que existe contradicción entre uno y otro. En efecto, mientras que de un lado se afirma que el combustible sí fue utilizado en el uso diario del vehículo asignado (alegación de que él mismo hizo un consumo regular) [ver agravios del Primer Considerando de la presente Ejecutoria: acápite «I.a»]; de otra parte, asevera que al inicio de su jornada encontraba el vehículo que conducía con un mínimo de combustible, aludiendo que el Alcalde hacía uso del vehículo para gestiones personales (alegación de que el consumo era efectuado por terceros ajenos a su persona) [ver agravios: acápite «I.c»]; **III)**. Sin perjuicio de lo anotado, del estudio y revisión de los autos, se concluye: i]. Que el procesado tenía un vínculo laboral con la Municipalidad agraviada -véase fojas ciento cincuenta y siete-, esto es, detentaba la condición de servidor público, precisando el antes mencionado, en su manifestación policial -en presencia de representante de la Fiscalía- que laboró como chofer de la camioneta de la Alcaldía, a cargo del vehículo de placa PV -mil doscientos cuarenta y dos, desde el uno de enero al treinta de agosto de dos mil siete, en el horario de las siete de la mañana hasta las tres de la tarde y, lejos de haberse limitado a recibir del Alcalde los vales de combustible, era su persona quien los requería al Área de Abastecimiento y por la cantidad que le indicaba al almacenero (ARTURO ALFREDO RENGIFO RUIZ) -véase fojas cuarenta y tres-; esto es, no solo era un agente perceptor, sino que el recurrente era incluso quien decidía la cantidad que solicitaba, recibiéndolo sin restricción alguna por parte del antes citado, tal y como él mismo lo ha puntualizado en su instructiva, en la que al ser preguntado qué tipo de control llevaba ARTURO ALFREDO RENGIFO RUIZ de los vales o la cantidad de combustible, dijo: «*que no llevaba ningún control y que le daba sin restricciones los vales*» -véase fojas ciento treinta y tres-; reconocimiento que coincide con lo manifestado por este último, quien incluso enfatiza que el encausado no presentaba autorización de su jefe inmediato -véase su instructiva a fojas cien-; ii]. Que los vales por la cantidad diaria de combustible que requería el procesado JUAN SEGUNDO GONZÁLES RUIZ no se justificaba en la necesidad de consumo del citado vehículo, esto es, no se correspondía con la distancia que recorría el mismo en sus desplazamientos cotidianos, resultando revelador al respecto su propio

reconocimiento (sin proponérselo) de que solicitaba mucho más de lo que la camioneta consumía. Así, según trasciende de su manifestación policial, al ser interrogado sobre la dotación de combustible, indicó: «*...por día abastecía de doce a quince galones...*» –véase fojas cuarenta y cuatro–; mientras que al ser interrogado sobre el consumo del vehículo que conducía, precisó:»*...dicha unidad consumía de ocho a nueve galones aproximadamente...*» –véase fojas cuarenta y cinco–. Peor aún, remitiéndonos a las instrumentales que obran en autos, no se justifica tampoco el que haya solicitado continuamente vales por encima y casi por el máximo de capacidad del tanque de la camioneta asignada, tal y como emerge de confrontar su cobertura máxima de combustible (**diecisiete galones**, según el Peritaje Técnico número O. noventa y dos -RPNP –MDD/MZA de fojas cincuenta y dos) y la provisión de **veinticinco y veinte galones** que en la Hoja de Consumo, de fojas dieciocho, se registran, pòr ejemplo, los días uno y veintidós de junio de dos mil siete; así como de **quince galones** los días siete, ocho, quince, diecinueve, veintiuno, veintiséis, veintinueve y treinta de junio; y entre doce y diez galones el resto de días (pese a que el consumo de aquella era muy inferior, según su declaración señalada *líneas ut supra*); a lo que se suma lo elocuente que resulta lo que ha manifestado al respecto, dado que si comparamos lo indicado por su persona en cuanto a que en una oportunidad excepcional condujo por casi diecisiete horas (de siete de la mañana a doce de la noche del uno de junio de dos mil siete) solicitando quince galones –véase fojas cuarenta y cuatro–, no se explica que en días normales que suponía un recorrido de cinco a seis horas –según su versión de fojas cuarenta y cinco– haya solicitado esa misma cantidad de combustible; **iv]**. Siempre en torno a la desproporción entre lo que solicitaba y lo que requería la camioneta que conducía el procesado para su real consumo, resulta relevante el Informe Pericial –de julio de dos mil nueve–, suscrito por los Contadores Públicos Silvestre Tacas Ruíz y Álvaro Gutiérrez Vela, que corre en cuaderno desagregado, conforme al cual, se concluye: «*... [i]. Está evidenciado el recojo de mil tres punto trece galones de combustible a favor de la camioneta Toyota PV mil doscientos cuarenta y dos (...) consumido entre el tres de enero al veinte de agosto de dos mil siete; [ii] Está evidenciado la diferencia marcada de consumo de combustible entre los días tres de enero al veintiuno de mayo de dos mil siete, que en ciento treinta y siete días se consumió un total de doscientos catorce punto trece galones de combustible y entre los días veintidós de mayo al veinte de agosto de dos mil siete en noventa días se consumió un total de setecientos ochenta y nueve galones de combustible [...] deberá devolverse a favor de la Municipalidad Provincial de Tambopata un total de seiscientos cuarenta y ocho punto treinta y seis*

galones de combustible...»; habiendo sido ratificado y objeto de debate durante el acto oral –véase fojas cuatrocientos treinta y siete–; ocurriendo lo propio respecto a la Ampliación de dicho Informe Pericial de fojas cuatrocientos cuarenta y ocho, el que señala que el monto cuantificado del perjuicio asciende a seis mil seiscientos setenta y ocho nuevos soles con diez céntimos; habiendo sido también ratificado y debatido en el decurso del juzgamiento –véase fojas cuatrocientos cuarenta y ocho y cuatrocientos cincuenta y dos–; v] Que, de otro lado, en lo atinente a su tesis de defensa de no tener responsabilidad en dicho consumo, debe destacarse que al margen de que, eventualmente, pueda existir responsabilidad conjunta de otras personas -habiendo a fojas cuatrocientos veinticinco el Colegiado Superior, a pedido de la Fiscalía, dispuesto, que se remitan copias certificadas con fines de investigación de Luis Alberto Bocangel Ramírez, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Tambopata–, conspira contra su tesis de defensa el que –si su intención hubiera sido deslindar cualquier tipo de responsabilidad- no se explica cómo así omitió contar con una bitácora de ingresos y salidas y, lo más grave, por qué mantuvo inutilizado el «Instrumento medidor del nivel de combustible»; siendo ilustrativo que lejos de haber ensayado una respuesta satisfactoria al respecto, en su Escrito de Descargos de fojas sesenta y seis, alegó que todo ello fue *«debido a [su] falta de experiencia en el sector administrativo público...»*; evidenciando el procesado una inobservancia de sus deberes funcionales que propiciaban el apoderamiento sistemático del bien recibido, sin contra-indicio alguno que lo desvincule de ese accionar ilícito; **IV).** Acreditada así la materialidad del delito incriminado, e incluso el monto estimado del perjuicio patrimonial ocasionado a la entidad agraviada, deviene en irrelevante el cuestionamiento del acusado (ver agravios: acápite «I.b»), sobre la no precisión del Informe Pericial respecto del *quantum* exacto del combustible apropiado; **Cuarto:** En lo relativo a la determinación de la pena, toda vez que el delito objeto de condena (previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal) se sanciona con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de ocho años, la pena impuesta (cuatro años de privación de la libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres) no es en modo alguna excesiva ni arbitraria, aconteciendo lo propio respecto a la pena de inhabilitación conforme así lo exige el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal; **Quinto: Análisis en lo concerniente a los agravios de la Fiscalía: I).** Sobre la absolución de Arturo Alfredo Rengifo Ruiz.- En cuanto a este encausado cabe señalar que, en su condición de encargado del Almacén Central de la entidad agraviada, ciertamente

era de su competencia, según lo ha indicado, «*despachar materiales, entregar los vales de combustible a los choferes*» –véase fojas trescientos sesenta y seis–; admitiendo que, en el caso del procesado JUAN SEGUNDO GONZÁLES RUIZ, le suministró el combustible que le requería de forma *verbal* y prescindiendo de las formalidades respectivas, como el visto bueno del Jefe de Abastecimiento y de Administración, porque dicho acusado le indicaba que era por orden del Alcalde –véase fojas trescientos sesenta y seis y siguiente–. No obstante lo expuesto, no trasciende de autos indicios que den sustento a lo planteado por la Fiscalía (ver agravios: acápite «II.a») en el sentido que la conducta del referido procesado sea pasible de connotarla como co-autoría, no advirtiéndose elementos que denoten un acuerdo previo con el acusado JUAN SEGUNDO GONZÁLES RUIZ, un co-dominio funcional, ni tampoco el haberse favorecido en la apropiación de este último; tanto más si su alegación de haber informado de tal irregularidad a sus superiores –véase fojas trescientos sesenta y siete–, no es negada por el testigo Huáscar Manuel Rubio, Gerente de Administración y Finanzas de la Municipalidad agraviada –véase fojas cuatrocientos treinta–; máxime si lo atribuido por el Ministerio Público sobre un presunto ocultamiento de parte de ARTURO ALFREDO RENGIFO RUIZ (ver agravios: acápite «II.b») alude a un delito diferente al imputado; **II).** En lo relativo a la Reparación Civil.- Estando a que la recurrida ha establecido que la reparación civil abarca «la devolución del monto indebidamente apropiado fijado en el peritaje ampliatorio» (sic) –véase fojas cuatrocientos noventa–; el importe indemnizatorio adicionalmente establecido (tres mil nuevos soles) no resulta excesivamente diminuto, no mereciendo ser incrementado hasta por el monto solicitado por la Fiscalía; por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos setenta y ocho, del veintidós de diciembre de dos mil diez, que condena a JUAN SEGUNDO GONZÁLES RUIZ como autor de delito contra la Administración Pública en su modalidad de peculado doloso simple, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tambopata, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, sujeto a reglas de conducta; inhabilitación para ejercer cargo o función pública por el plazo de dos años; fijándosele en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil, deberá abonar a favor de la agraviada; absolviendo a ARTURO ALFREDO RENGIFO RUIZ de la acusación por el precitado delito en perjuicio de la misma entidad; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

9. Configuración de prueba suficiente

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 586-2011

Cajamarca

Lima, veinticinco de agosto de dos mil once.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ contra la sentencia de fojas ochocientos sesenta y ocho, del trece de diciembre de dos mil diez, en el extremo que lo condena como autor del delito de peculado de uso, en perjuicio de ESSALUD –Cajamarca, a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de dieciocho meses bajo reglas de conducta; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; con lo expuesto por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: Agravios.-** El citado encausado, a fojas ochocientos noventa y seis, fundamenta su recurso, señalando que: **a).** está probado que el trece de junio de dos mil siete, atendió al paciente SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME en el Hospital ESSALUD de Cajamarca, quien llegó con diagnóstico de fractura de tendón de aquiles y síndrome compartamental, además, se había producido un edema o hinchazón en la zona afectada que amenazaba con necrosar los tejidos de la zona y, por ende, generar la amputación de la pierna, lo que en la literatura médica y en las normas administrativas de calificación de diagnósticos significa una grave emergencia; **b).** si bien el paciente no es asegurado, empero, la institución agraviada, a nivel nacional, presta servicios a pacientes asegurados y no asegurados. Estos últimos tienen que pagar su derecho de atención, verificándose de autos que ello ha sucedido, siendo totalmente falso que dicho paciente haya hecho al encausado pagos particulares, pues existen los recibidos de caja, y de otros ambientes que acreditan el pagó a la entidad agraviada; **c).** se ha afirmado que el recurrente suplantó a dicho paciente por otro,

utilizando la Historia Clínica de una tercera persona; para ello, el Fiscal Provincial y personal del Hospital, en forma abusiva, hicieron firmar al paciente, una hora después de haber sido operado, sufriendo los efectos post operatorios de una doble anestesia, un documento prefabricado por ellos en el que supuestamente aceptaba los cargos de haber suplantado a otro paciente; **d).** la sentencia dictada en su contra se sustenta en la declaración de testigos, cuyas testimoniales no son idóneas para acreditar si el paciente tenía una urgencia o una emergencia, máxime si se trata de personas que fueron manipuladas por la Dirección del Hospital de aquella época que pretendía hacerle daño por los cuestionamientos a la compra fraudulenta de un terreno sobrevaluado; **e).** la conducta del recurrente no reviste ningún contenido penal, pues hizo ejercicio de su deber como médico de prestar atención de emergencia a un paciente que lo necesitaba; **f).** el dinero -cuatrocientos nuevos soles- que se le atribuye haber cobrado, jamás se le incautó, tratándose, por ende, de una maniobra deleznable a la que la Sala Penal Superior le ha dado validez; **Segundo: Imputación Fáctica.-** Según la acusación de fojas trescientos dos, se imputa al acusado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ haber atendido, con fecha trece de junio de dos mil siete, a SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME (sentenciado por haber usurpado el nombre del asegurado Silvestre Alvarez Huatarongo), en el Policlínico ESSALUD de Cajamarca, a quien hizo ingresar al día siguiente a la Sala de Operaciones, interviniéndolo quirúrgicamente. Tal situación fue detectada por el apoderado de ESSALUD, quien realizó la denuncia respectiva ante la Fiscalía de Prevención del Delito, y una vez constituidos en dicho nosocomio, se comprobó que en efecto el sentenciado SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME se encontraba en el Servicio de Recuperación; **Tercero: Delimitación del Análisis.-** Según se señala en el auto de fojas ochocientos noventa y nueve el precitado sentenciado no interpuso recurso de nulidad, por lo que ha quedado consentida su condena. Por tanto, la suplantación al asegurado Silvestre Álvarez Huatarongo para que SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME sea irregularmente atendido en el Hospital ESSALUD, constituye un hecho probado -con carácter inmutable-, quedando circunscrito el presente análisis a determinar si se justifica o no la responsabilidad penal del acusado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ en el delito que se le imputa (peculado de uso); **Cuarto: Análisis.-** Fijado lo anterior, del estudio y revisión de los actuados, se establece que el encausado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, evidentemente, sí está vinculado al hecho antes precisado; ello, si se tiene en cuenta la

sindicación a que se contrae el Acta Fiscal de fojas dos, en la que el sentenciado SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME afirmó que su co-procesado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, luego de atenderlo en el Policlínico Hoyos Rubio de ESSALUD, y darle su respectivo diagnóstico, «*le alcanzó un fólder con una historia clínica*», indicándole que vaya al día siguiente al Hospital de ESSALUD, agregando que el referido encausado «*le hizo ingresar (...) a emergencia del Hospital y fue el mismo galeno quien lo intervino*», versión que se corrobora con los datos probatorios siguientes: **i]**. Con la atención médica que dio el citado acusado al paciente suplantado Silvestre Álvarez Huatarongo el mismo día que lo atendió y diagnosticó al sentenciado (trece de junio de dos mil siete) –véase fojas ciento diecisiete–, siendo indiscutible que el procesado tuvo a su disposición los datos personales del primero de los mencionados, no existiendo contra-indicio alguno que impida afirmar que fue su persona quien se los proporcionó a SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME; **ii]**. Con la intervención quirúrgica que se le practicó al sentenciado, usando datos del paciente suplantado, tal como se desprende de la Ficha del Hospital ESSALUD de Cajamarca, rotulado «Anotaciones de Enfermería», a nombre de Silvestre Álvarez Huatarongo (con su respectivo número de seguro), así como la «Ficha de Anestesia» que también consigna al antes mencionado –véase fojas seis y siete, respectivamente–; lo que conlleva a concluir que aquello obedeció a una coordinación con el acusado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ; **Quinto:** No constituyendo tópicos controvertidos la suplantación, ni la operación quirúrgica que recibió el sentenciado SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME, pese a no tener condición de asegurado –véase a fojas seiscientos dieciocho la Carta número ciento dieciocho –UARMRyCR–RACAJ–ESSALUD– dos mil diez, de fecha dieciocho de agosto de dicho año, suscrita por el Jefe de Admisión de ESSALUD Red Asistencial Cajamarca–, existen elementos de prueba que acreditan que era propósito de ambos procesados evadir el pago regular que correspondía abonar al Hospital por dicho servicio; ello, estando a que también el sentenciado, según consta en el Acta en mención, indicó que se acordó con el procesado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ un pago de cuatrocientos nuevos soles. Así indicó: «*Asimismo agrega [el sentenciado] que el dinero de aproximadamente quinientos nuevos soles le dio a sus amigos y se imagina que sus amigos le han entregado al doctor, pero que habían quedado en cuatrocientos nuevos soles...*». –véase fojas dos vuelta–, lo cual encuentra sustento: **i]**. En la forma subrepticia de cómo ingresó el sentenciado SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME al

Hospital de ESSALUD, inobservándose el procedimiento previsto para la atención por emergencia de los pacientes no asegurados, el que, conforme lo ha explicado el testigo Luis Armando Linares García -Jefe del Centro Quirúrgico del Hospital II ESSALUD Cajamarca-, debió suponer que el médico de dicho servicio le elabore una Historia de Emergencia antes de pasar a la Sala de Operaciones -véase fojas seiscientos cincuenta y nueve- por lo que tal omisión en su caso, evidencia sin duda que medió concierto con el acusado, quien a la hora de su ingreso se encontraba de servicio en esa área, tal como emerge de su Record de Asistencia y Guardias -véase a fojas ciento diecisiete el Informe número cero veintiocho -CT-HOSPITAL-URH-RACAJ-ESSALUD-dos mil ocho-; **ii]**. Que resulta revelador que el encausado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ no tenga una explicación razonable y verosímil en cuanto a cómo llegó SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME a la Sala de Operaciones, siendo ilustrativo que, en acto oral, al ser interrogado sobre la Historia Clínica de este último, refiera: «*no se, cuando llegué (...), su historia estaba a su lado*»; en tanto que al ser interrogado si se puede ingresar en las Fichas datos que no son, dijo: «*puede ser*» -véase fojas quinientos sesenta y ocho-; **iii]**. En el hecho -tampoco discutido- que el pago al Hospital fue posterior a la fecha de la intervención -y con fraccionamiento- [aspecto obviado por el recurrente en sus agravios (ver acápite «b»)], ello, conforme el mismo sentenciado lo ha señalado -véase fojas quinientos sesenta y uno-, lo que evidencia que este último contaba con que no haría ningún pago a la entidad agraviada por su operación, seguridad de su persona al respecto que abona a la conclusión que tuvo un acuerdo con el procesado; **iv]**. En que el acusado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, lejos de negar categóricamente que recibió dinero del sentenciado, se limita a objetar que lo aseverado por éste (Acta Fiscal de fojas dos), debió obedecer a los efectos de los analgésicos que se le aplicó ese día -véase fojas doscientos veintinueve- [argumento que lo vuelve a reiterar en sus agravios (ver acápite «c»)] alegación que, además de inveraz, pues según las máximas de la experiencia no existe relación causal entre un supuesto estado de lucidez disminuida y una predisposición a formular falsas inculpaciones; tampoco resulta cierta si se tiene en cuenta que la testigo Marleny Jesús Vergara Abanto -enfermera asistencial de la Sala de Recuperación Post Anestesia-, en acto oral, al ser preguntada si el sentenciado estaba lúcido o no, precisó: «*estaba al comienzo (...) raro (...), el señor estaba despierto*» -véase fojas seiscientos noventa y nueve-; **v]**. Siempre en lo relativo a este último punto, también debe destacarse que si bien el sentenciado, en acto

oral, intentó adherirse al precitado argumento, indicando no recordar haber firmado el Acta Fiscal en referencia –véase fojas quinientos sesenta–; sin embargo, dicho elemento tiene plena eficacia probatoria acorde a lo establecido en el artículo sesenta y dos del Código de Procedimientos Penales, por constituir un acto de la investigación prejurisdiccional realizado con participación del representante del Ministerio Público. Luego, la prevalencia de la declaración a que se contrae dicha Acta, encuentra asidero en lo establecido en el Acuerdo Plenario número dos –dos mil cinco-CJ-ciento dieciséis, conforme al cual, en los testimonios de los co-imputados la persistencia admite matizaciones, y el cambio de versión no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial [véase FJ nueve –literal «c»]; lo que, por lo demás, se condice con lo establecido en la Ejecutoria Vinculante a que se contrae el Recurso de Nulidad número tres mil cuarenta y cuatro –dos mil cuatro, según la cual, frente a declaraciones disímiles resulta posible ponderar aquella que ofrezca mayor credibilidad [véase FJ Quinto]; **Sexto:** Que, en tal sentido, el tipo de diagnóstico que presentaba el sentenciado SEGUNDO HÉCTOR CAMPOS REQUELME y la naturaleza del servicio que prestó NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ, en su calidad de médico (ver agravios: acápites «a» y «e»), no enervan las conclusiones precedentemente establecidas, no existiendo duda alguna de que la prueba actuada ha logrado revertir la presunción de inocencia del citado procesado, habiendo quedado establecida su responsabilidad penal en el delito incriminado, justificándose la condena dictada en su contra de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales; **Sétimo:** De otro lado, en lo relativo a la determinación de la pena, cabe remitirnos al marco punitivo del delito objeto de condena (previsto en el artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal), que sanciona con una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años. No obstante, la recurrida ha impuesto dos años, suspendida en su ejecución. Este Supremo Colegiado, pese a discrepar (por los fundamentos *líneas ut supra* de la presente Ejecutoria) con algunas de las consideraciones de la recurrida para individualizar la pena –véase fojas ochocientos ochenta y ocho–, no le compete ahondar en el *quantum* de ésta, toda vez que el acusado es el único recurrente, debiendo observarse el principio de la interdicción de la reforma peyorativa; no apreciándose arbitrarias las demás consecuencias jurídicas dictadas en su contra; sin perjuicio de que es menester precisar que la inhabilitación dictada en el caso del encausado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ se encuadra ésta en los incisos uno y dos del artículo treinta

y seis del Código Penal, con carácter de pena conjunta, por así establecerlo el artículo cuatrocientos veintiséis del citado Cuerpo Normativo para los delitos como el que es objeto de condena; Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ochocientos sesenta y ocho, del trece de diciembre de dos mil diez, que condena al acusado NURETHIM OSWALDO HERNÁNDEZ SÁNCHEZ como autor del delito de peculado de uso, en perjuicio de ESSALUD -Cajamarca, a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de dieciocho meses bajo reglas de conducta; inhabilitación, en la modalidad de privación del cargo como médico traumatólogo de la entidad agraviada por el término de dieciocho meses; fijándosele en quinientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la agraviada; con lo demás que contiene; Interviniendo el señor Santa María Morillo por licencia del señor Prado Saldarriaga; y los devolvieron;.-

SS.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTA MARÍA MORILLO

VILLA BONILLA

10. Análisis indebido de los cargos formulados

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3181-2010

Santa

Lima, uno de julio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la PARTE CIVIL (Procuraduría Pública Anticorrupción) contra la sentencia de fojas mil veintiuno, del treinta y uno de mayo de dos mil diez, que absuelve a los encausados CONSTANTINO JORGE MEDINA RIVERO y OSCAR MARCIAL CANO CORCINO por los delitos contra la Administración Pública -peculado culposo agravado y peculado agravado-, en perjuicio del Estado - FONCODES; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** La impugnante, al fundamentar su recurso a fojas mil cuarenta y seis, cuestiona lo siguiente: **a).** que se ha absuelto al procesado CONSTANTINO JORGE

MEDINA RIVERO bajo el argumento que como tenía la calidad de Presidente del Núcleo Ejecutor, no manejaba el dinero que se había destinado para la ejecución de la obra, pues ello era función de la encausada JULIA RAMÍREZ DE SOLÓRZANO, en su condición de Tesorera, obviando que era responsabilidad del precitado acusado cautelar el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de ésta. Por ello, al margen de las obligaciones que tenía la Tesorera, el procesado debió de adoptar las medidas necesarias para la custodia del dinero, evitando que fuera sustraído; **b).** que, más aún, debe considerarse que todos los miembros del Núcleo Ejecutor de la Obra, estaban en la obligación de requerir informe de estado de gastos de la obra, verificar en qué se estaban gastando dicho fondos, cautelando la correcta administración y custodia de los caudales puestos bajo su administración y cuidado; **c).** que los acusados CONSTANTINO JORGE MEDINA RIVERO y OSCAR MARCIAL CANO CORCINO, en ninguna instancia del proceso han justificado las circunstancias en que les arrebataron los doce mil doscientos veintiún nuevos soles que quedaron como saldo del retiro de dinero que efectuaron del Banco, como tampoco han demostrado en qué se gastaron los dos mil cuatrocientos diez nuevos soles con doce céntimos que los peritos determinaron como faltantes en la ejecución de la Obra: «Encausamiento del Río Huarmey -Sector El Arenal»; **d).** que respecto al dinero faltante se ha determinado que ha existido un desplazamiento patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio público a la esfera de dominio personal de los procesados, dinero que les fue confiado en su calidad de miembros del Núcleo Ejecutor de dicha obra por parte de FONCODES, quedando demostrado el desmedro patrimonial producido; **Segundo: Imputación Fiscal. I).** Según la acusación de fojas seiscientos siete -ampliada a fojas seiscientos catorce- los procesados JULIA RAMÍREZ DE SOLÓRZANO, **CONSTANTINO JORGE MEDINA RIVERO y OSCAR MARCIAL CANO CORCINO** en sus condiciones de Tesorera, Presidente e Ingeniero Residente, respectivamente, del Núcleo Ejecutor para la obra denominada «Encausamiento del Río Huarmey», con fecha veintitrés de diciembre de dos mil dos, se apersonaron al Banco Continental, retirando la suma de diecisiete mil setecientos veintiséis nuevos soles con cincuenta céntimos, a efectos de realizar pagos; sin embargo, los mismos sólo hicieron efectivo parte de los gastos, ello debido a conflictos suscitados respecto al pago de las horas máquinas, quedando, de este modo, parte del dinero, esto es, doce mil doscientos veintiún soles, en poder de la acusada JULIA RAMÍREZ DE

SOLÓRZANO, monto guardado en el inmueble de ésta, en un ropero, lugar de donde fuera sustraído por sujetos no identificados, advirtiéndose negligencia de los encausados, quienes no adoptaron las medidas pertinentes de seguridad en salvaguarda de dichos caudales, permitiendo la desaparición del dinero destinados a programa de apoyo social *[Evento Uno.- Peculado Culposo Agravado]*; **II).** Según aparece del Informe número cero uno -dos mil tres, emitido por FONCODES, el Núcleo Ejecutor realizó retiros por treinta y cinco mil cuatrocientos ochenta y tres nuevos soles con setenta céntimos, no obstante, únicamente sustentó gastos por el monto de veinte mil ochocientos cincuenta y dos nuevos soles con setenta céntimos, teniéndose un faltante de dos mil cuatrocientos diez nuevos soles con doce céntimos, infiriéndose que los acusados se habrían apropiado de dicha suma, pese a tratarse de fondos que tienen como destino un programa de apoyo social *[Evento Dos.- Peculado Doloso Agravado]*; **Tercero: Análisis.-** Se advierte que la recurrida lejos de descartar, categóricamente, la materialidad de los delitos incriminados (tanto así que pondera el mérito del Informe Pericial Contable de fojas ochocientos cuarenta y tres), arriba a un pronunciamiento que exculpa a los dos procesados CONSTANTINO JORGE MEDINA RIVERO y OSCAR MARCIAL CANO CORCINO -véase fojas mil veinticuatro-, deslizando que la responsabilidad recaería, de manera exclusiva, en la encausada JULIA RAMÍREZ DE SOLÓRZANO (hoy en condición de no habida y cuyo juzgamiento se encuentra reservado). Empero, sus conclusiones adolecen de las deficiencias de análisis que se precisan a continuación: **I).** Que al examinarse la situación jurídica del procesado CONSTANTINO JORGE MEDINA RIVERO, en relación al delito de *peculado*, se concluye: «*...hay que tomar en cuenta que la persona que manejaba directamente el dinero de la obra, era la Tesorera JULIA RAMÍREZ DE SOLÓRZANO, y la misma, de modo alguno, ha presentado la documentación pertinente para sustentar en qué se habría invertido dicha suma de dinero, ya que en su condición de Tesorera, ella, era la responsable directa de dar cuenta de los gastos realizados con la documentación sustentatoria; sin embargo, ello no se ha dado en el presente caso, consecuentemente, el Presidente del Núcleo CONSTANTINO JORGE MEDINA RIVERO (...) no tiene responsabilidad alguna...*». -véase fojas mil veinticuatro y siguiente-. Sin embargo, dicha conclusión ha obviado lo que estatuye el Convenio número doscientos cincuenta y dos cero cero veinte mil cuarenta - FONCODES -dos mil dos, denominado «Convenio FONCODES - Núcleo Ejecutor del Proyecto Encauzamiento del Río Huarmey Sector del Arenal NI» -véase fojas cuarenta y cinco-, en cuya Cláusula Segunda, se establece que el Núcleo Ejecutor -esto

es, *todos* sus miembros, no circunscribiéndose sólo a la Tesorera- es *«responsable por la administración, fiscalización y correcta utilización de los recursos proporcionados por FONCODES...»* -véase fojas cuarenta y seis-[1]; **II).** De otro lado, al examinarse el caso del encausado OSCAR MARCIAL CANO CORCINO, se formulan dos conclusiones exculpatorias contradictorias entre sí. Así se tiene: **a).** que al analizarse la imputación contra el antes citado por el delito de *peculado doloso* se señala: *«...de modo alguno los peritos han determinado [a] qué concepto de gasto pertenece el dinero faltante de dos mil cuatrocientos diez nuevos soles con doce céntimos, esto es, no han explicado si dicho faltante de dinero correspondía a la ejecución propia de la obra, en la que sí hubiera tenido responsabilidad el [Inspector Técnico] OSCAR MARCIAL CANO CORCINO (...) ello, no se ha probado fehacientemente»;* **b).** que al examinarse la imputación contra el mismo encausado por el ilícito de *peculado culposo* se afirma: *«...respecto (...)[a] OSCAR MARCIAL CANO CORCINO (...) no se le había confiado la administración o custodia del dinero de la obra (...) siendo únicamente responsable el referido acusado de la buena ejecución de la obra...»* -véase fojas mil veinticinco-. Se advierte así que mientras que en la primera se afirma que dicho procesado sí pudo ser responsable (lo que presupone afirmar que tenía obligaciones frente a los caudales entregados por FONCODES); en la segunda, se asevera que no es pasible de tales exigencias; lo que resulta un contrasentido si se tiene en cuenta que el elemento común entre el peculado doloso y el culposo es, precisamente, los deberes especiales del sujeto activo; advirtiéndose, además, no haberse valorado los datos probatorios siguientes: **i].** que de las propias declaraciones del citado procesado, ofrecidas en la instrucción y en el acto oral trasciende haber indicado que sí era parte de sus funciones «velar por la parte *administrativa* y técnica de la obra» -véase fojas seiscientos setenta y nueve-; así como facultad de firma mancomunada con otro miembro del Núcleo Ejecutor -véase fojas seiscientos ochenta-; lo mismo que de autorizar los retiros del banco -véase fojas setecientos veinticuatro-; **ii].** que en su declaración instructiva, el co-procesado CONSTANTINO JORGE MEDINA RIVERO ha señalado que el acusado OSCAR MARCIAL CANO CORCINO era «quien llevaba la Cuenta y la Contabilidad de la Tesorera» -véase fojas ciento noventa y cinco-; **Cuarto:** Que, por consiguiente, al no haberse

---

[1] Tanto más si, conforme lo tiene precisado el Acuerdo Plenario número cero cuatro - dos mil cinco/ CJ - ciento dieciséis, «... Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo(...) el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada **disponibilidad jurídica**, es decir, (...) competencia funcional específica ...» [FJ. seis];

analizado debidamente los cargos formulados por la Fiscalía, corresponde aplicar el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales; en consecuencia, rescindir la sentencia impugnada y convocar a un nuevo juicio oral; Por estos fundamentos, declararon **NULA** la sentencia de fojas mil veintiuno, del treinta y uno de mayo de dos mil diez, que absuelve a los encausados CONSTANTINO JORGE MEDINA RIVERO y OSCAR MARCIAL CANO CORCINO (y no OSCAR RAÚL CANO CORCINO como se consignó en la recurrida) por los delitos contra la Administración Pública --peculado culposo agravado y peculado agravado- en perjuicio del Estado - FONCODES; **MANDARON**: se realice un nuevo juzgamiento por otro Colegiado Superior, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente Ejecutoria; sin que ello obste al Tribunal Superior, de ser necesario, a la actuación de nuevos medios de prueba que estime pertinentes y útiles al esclarecimiento del *thema probandum;* con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

11. Acreditación del delito de peculado por extensión

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 3762-2010

Puno

Lima, veintidós de noviembre de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Percy Yana Salluca contra la sentencia condenatoria de fecha veintiséis de mayo de dos mil diez -fojas quinientos veintinueve-; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el encausado Percy Yana Salluca en su recurso formalizado -fojas quinientos cincuenta y seis- alega que: **i)** El Colegiado Superior valoró la declaración del ex cajero Pedro Alex López Loayza, que no se debió considerar pues es calumniosa, con la finalidad de no reconocer que recibió la suma de un mil doscientos nuevos soles; **ii)** Con las declaraciones de

Silverio Cosme Solis, Mirian Gonzales Zea y Tomas Apaza Apaza se demostró que el ex tesorero ha mentido en su declaración, al referir que nunca tuvo procesos judiciales, que nunca faltó al trabajo y no trabajaba sábados ni domingos, que nunca firmó el control de asistencia; **iii)** Ha sido persistente en afirmar que entregó la suma de dinero al ex cajero Pedro Alex López Loayza, siendo solo una negligencia no haber solicitado un recibo por la suma entregada; por tanto, su conducta carece del elemento subjetivo del dolo, no habiéndose apropiado del dinero para sí o para un tercero; **iv)** La sentencia recurrida se sustenta en presunciones pues no existe medio probatorio alguno que acredite su responsabilidad penal. **Segundo:** Que, se imputa al encausado Percy Yana Salluca mediante dictamen acusatorio -fojas doscientos diecinueve- que en su condición de analista de crédito del NEC Red Rural Macusani, Entidad destinada al otorgamiento de micro créditos dentro del marco del programa «Apoyo al desarrollo productivo en zonas de pobreza», con fecha veinticuatro de marzo de dos mil dos, realizó un cobro de dinero de Basilia Coa de Tinta, esposa de Serapio Tinta Flores, cliente de la entidad agraviada; por la suma de un mil doscientos nuevos soles, como adelanto de la primera cuota del mes de marzo de dos mil dos, dinero que no entregó a la Caja del NEC Red Rural Macusani, emitiendo con fecha veinticinco de noviembre de dos mil dos un informe, manifestando que el cliente Tinta Flores no amortizó el crédito de dos mil quinientos nuevos soles por haber sufrido un robo y el aval es un cliente del NEC Red Rural Macusani, que no tiene posibilidades económicas y no puede embargarles porque no tienen bienes muebles ni inmuebles, recomendando declarar crédito perdido incobrable y debe pasar a castigo indebido porque el cliente falleció; cuando en realidad Serapio Tinta Flores está vivo. **Tercero:** Que, en el delito de peculado por extensión, previsto en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal, existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal de caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia. **Cuarto:** En el caso de autos, con la declaración instructiva del encausado Percy Yana Salluca -fojas ciento treinta y nueve-, donde sostiene que ostentaba el cargo de analista de créditos en el NEC Red Rural Macusani, desde el mes de noviembre de dos mil a mayo de dos mil seis, estando dentro de sus funciones la promoción y entrega de créditos rurales, y si bien no era parte de su función cobrar a los deudores, cuando no se encontraba el cajero o cuando el cliente vivía distante del lugar podía realizar los cobros respectivos, acredita su cargo funcional dentro de la entidad agraviada. **Quinto**: Con el acervo probatorio actuado quedó acreditada la materialidad del delito y responsabilidad penal del encausado: **i)** El recibo provisional de fecha veintisiete de marzo de dos mil dos -fojas dieciocho-

(redactado a mano) suscrito por el encausado Yana Sullaca y la cliente Bacilia Coa de Tinta, mediante el cual se acreditó que ésta última entregó al encausado la suma de mil doscientos nuevos soles a cuenta del crédito otorgado por el NEC Red Rural Macusani; **ii)** El Informe número cero cincuenta y dos guión dos mil dos/RED RURAL MACUSANI guión AC, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil dos (figura doscientos punto; sin embargo, teniendo con fecha el número de informe, éste se emitió en el año dos mil dos) -fojas diecinueve-, acreditando que el encausado se apropió del monto entregado por la cliente Bacilia Coa de Tinta, y a fin de no depositar dicho monto en la entidad agraviada, recomendó se declare como crédito perdido, indicando que no amortizaron ninguna cuota, que fueron víctimas de robo, y además que el cliente Serapio Tinta Flores había fallecido. Al respecto cabe indicar que si bien el encausado alega que dicho informe no fue entregado y por ello no cuenta con sello de recepción, que únicamente fue un borrador y lo consignado es parte del formato de la entidad; sin embargo, se advierte de la primera hoja de dicho informe que cuenta con la visación de Pio Enrique Herrera Condori, Gerente del NEC Red Rural Macusani, aunado a ello, el contenido del aludido informe no puede ser parte del formato, pues consignó el robo del cual fueron objeto los clientes Coa de Tinta y Tinta Flores; hecho que se encuentra corroborado con la declaración de Coa de Tinta -fojas cincuenta y uno- al afirmar que no pudieron efectuar los pagos en su oportunidad porque les robaron, adjuntando para ello copia certificada de la denuncia -fojas cuarenta y ocho-; probándose aún más su ánimo doloso al consignar que el cliente Serapio Tinta Flores había muerto, ello con la finalidad -conforme así se consignó en el documento- de declarar crédito perdido; esto es, que no insistiera la entidad en cobrar la deuda, con lo cual la entidad no podría tomar conocimiento que los clientes habían efectuado un pago a cuenta de la deuda, en forma personal al encausado; **iii)** Con la declaración de la testigo Basilia Coa de Tinta -fojas cincuenta y uno-, quien refiere que el encausado concurría a su domicilio insistentemente a cobrar la deuda adquirida, razón por la que se apersonó a la caja de la entidad y buscó directamente al encausado, que éste dijo que le entregue el dinero que ascendía a la suma de mil doscientos nuevos soles, que se habían agotado los recibos, por ello le entregó uno provisional, pidiendo regrese el día veintisiete de marzo de dos mil dos para entregarle un recibo oficial, pero al regresar en varias oportunidades no lo encontró, desconociendo que éste no había efectuado el depósito a la entidad; con lo cual se desbarata la versión del encausado Yana Salluca quien refiere que los clientes se constituyeron a la entidad a cancelar parte de la deuda, y como el cajero Pedro Alex López Loayza no se encontraba, éste recibió en forma personal el monto y que al día siguiente entregó dicho dinero al cajero; **iv)** Con la

declaración del testigo Serapio Tinta Flores –fojas ochenta y nueve– con el cual se acredita que está vivo, resultando falsa la información brindada por el encausado en el informe antes mencionado; **v)** Con la carta de notificación de fecha once de octubre de dos mil dos –fojas setenta y ocho– suscrita por el encausado Yana Salluca, mediante el cual notifica a los clientes Tinta Flores y Coa de Tinta para que efectúen el pago de la primera y segunda cuota del crédito adquirido; consignándose en dicho documento «No se encontró en la Comunidad Pacaje», acreditándose que el encausado emitió dicha notificación con fecha posterior a la entrega de dinero ascendente a la suma de mil doscientos nuevos soles, sin consignar ese abono, para efectos de dejar constancia en el expediente del cliente; **vi)** El acta de reunión de Directorio del NEC Red Rural Macusani, de fecha dieciséis de mayo de dos mil seis –fojas trescientos treinta– mediante el cual el encausado asume la responsabilidad de su acción, comprometiéndose a abonar la suma de mil doscientos nuevos soles de sus honorarios profesionales; sin embargo, lo justifica sosteniendo que entregó el dinero al cajero López Loayza y cometió el error de no pedir un comprobante, siendo testigo de dicha entrega Tomás Apaza Apaza; lo cual no tiene sustento alguno; pues el propio López Loayza en su declaración –fojas cuatrocientos cuarenta– negó haber recibido dinero alguno por parte del encausado Yana Salluca; así como también el testigo Apaza Apaza –fojas setenta– negó haber apreciado este hecho; **vii)** El informe número cero cinco NEC RR guión AL guión cero seis, de fecha veinticinco de abril de dos mil seis –fojas trescientos treinta y seis– mediante el cual se hace una reseña del hecho acontecido, por el cual se advierte que a consecuencia que la cliente Bacilia Coa de Tinta se apersonó con fecha veinticuatro de abril de dos mil seis –esto es cuatro años después–, y verificó que no se había efectuado el abono del dinero que entregó al encausado, se verificó el expediente de los clientes con número ciento dos, encontrándose el Informe número cero cero cinco guión cero dos, de fecha cinco de junio de dos mil dos –que obra en copia simple a fojas cuatrocientos y cuatrocientos uno– por el cual el encausado puso en conocimiento que advirtió la falta del depósito de dinero que había entregado la cliente a su persona, monto que al día siguiente entregó al cajero López Loayza con el expediente y recibo provisional; sin embargo, contradictoriamente se describe el hallazgo del informe número cero cincuenta y dos, de fecha veinticinco de noviembre de dos mil dos –esto es cinco meses después de dar cuenta presuntamente de la entrega de los mil doscientos soles, véase fojas diecinueve– donde se consignó la deuda total y la descripción efectuada en el considerando Tercero de la presente Ejecutoria Suprema; acreditándose con ello, el ánimo de intentar ocultar el pago, al advertir que no se efectuó ninguna acción por parte de la entidad al tomar conocimiento de tal hecho, mediante el informe cero cero cinco

guión cero dos, de fecha cinco de junio de dos mil dos. **Sexto**: En tal sentido, los argumentos plasmados por el encausado en su recurso formalizado son apreciaciones subjetivas al sostener que el cajero mintió al referir que no tenía procesos judiciales, que no faltó al trabajo, entre otras circunstancias; en tanto que no se encuentra en cuestionamiento la calidad moral o el desenvolvimiento laboral del testigo en mención; tanto más si, no es en base a su propia declaración por el cual se basó la Sala Superior para emitir sentencia condenatoria; habiéndose además acreditado la conducta dolosa del encausado con los informes antes citados, conforme se ha descrito en cada uno de los considerandos; siendo así, los medios probatorios precitados desvirtúan la presunción de inocencia que le alcanza a todo justiciable. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintiséis de mayo de dos mil diez –fojas quinientos veintinueve– que condenó al encausado Percy Yana Salluca, como autor del delito contra la Administración Pública –peculado por extensión–, en agravio del Estado – Núcleo Ejecutor Central del Racimo estratégico para el Desarrollo Rural de Macusani (NEC Red Rural Macusani), a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida condicionalmente por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, y fijó en la suma de dos mil nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado, a favor del agraviado; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

12. Acreditación del peculado de uso

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3239-2010

Piura

Lima, veintidós de julio de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por JOSÉ ARMANDO SOSA SAAVEDRA y LUIS VICENTE OBANDO CARRASCO, contra la sentencia de fojas mil setecientos veintidós, del veinticuatro de junio de dos mil diez, en el extremo que los condenó por el delito de peculado por uso, en agravio del Estado; al *primero*, a dos

años, ocho meses, veinte días, de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el término de dos años; y, al *segundo*, a un año, cuatro meses, quince días de la misma pena, suspendida por el plazo de un año; así como inhabilitación por el periodo de un año -para obtener cargo, empleo o comisión de carácter público para ambos condenados-; fijándoseles en cinco mil nuevos soles el pago que deberán abonar solidariamente a favor del agraviado por concepto de reparación civil; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.- I).** Que el encausado JOSÉ ARMANDO SOSA SAAVEDRA, al fundamentar su recurso a fojas mil ochocientos ochenta y dos, alega lo siguiente: **a).** que el Informe en el que se basa la sentencia [número cero cero seis -dos mil seis -dos -cinco mil doscientos noventa y ocho, elaborado por el Órgano de Control Institucional del Proyecto Especial de Infraestructura de Transporte Departamental -PROVIAS], perdió credibilidad y consistencia en el decurso del juicio oral, toda vez que el recurrente ha demostrado: **i]** que en la ciudad de Piura existen cuatro plantas de asfalto (P&K Ingeniería y Construcción; Empresa Yacseting Guerrero S.A, Planta Nevado y Jíbito) y no una como lo hace ver dicho Informe; **ii]** que respecto a la obra: «Pavimentación Avenida Túpac Amaru - La Matanza», ésta no provino de la Planta de Asfalto de Jíbito, dado que aquella fue ejecutada por la empresa P&K Ingeniería y Construcciones SRL, que produce asfalto clandestinamente, lo que originó serias observaciones conforme lo ha acreditado con un peritaje técnico, así como se ha demostrado que para la ejecución de dicha obra se utilizó documentación fraguada; **iii]** que, asimismo, la obra: Pavimentación y Cambio de Redes de Saneamiento Básico de los Parques (calles) sesenta y dos, treinta y cinco y cincuenta y nueve de Talara, nunca se hizo con asfalto, sino que fueron cubiertas con adoquines de ladrillo; por todo ello, dicho Informe no puede ser considerado como prueba de cargo de una sentencia condenatoria; **b).** que si bien coincide con lo declarado por su co-acusado LUIS VICENTE OBANDO CARRASCO, en cuanto a que para ejecutar la obra de Pavimentación de calles y veredas en Sechura, utilizó la Planta de Asfalto de Jíbito; sin embargo, se ha demostrado que existió Convenios entre dicha Municipalidad y el Ministerio de Transportes y Comunicaciones, por lo que no habría un uso indebido de esta planta; **c).** que el precitado Informe no ha señalado norma que indique que el recurrente no estaba facultado para realizar Convenios o Actas de Apoyo, como tampoco su jefe inmediato; **II).** Que, de otro lado, su co-procesado LUIS VICENTE OBANDO CARRASCO, a fojas mil ochocientos setenta y cinco, formula los

siguientes agravios: **a).** que si bien el recurrente hizo uso de las instalaciones de la Planta de Asfalto de Jíbito, aquello obedeció a su participación en la obra: Pavimentación y construcción de veredas y sardineles de las Calles nueve –once de noviembre y Calle Los Eucaliptos tramo cero más cero cero cero más cero más doscientos ochenta Sechura; siendo que la empresa a la cual representaba fue invitada a un proceso selectivo mediante Oficio Múltiple número cero trece –dos mil cinco-MpS/CE del ocho de febrero de dos mil cinco, y era requisito de las Bases, efectuar la preparación de la capa asfáltica en la referida Planta, ello, en virtud al Convenio entre PROVIAS y la Municipalidad contratante. Luego, la mencionada empresa emitió las facturas correspondientes por los servicios prestados a la Municipalidad Provincial de Sechura; **b).** que en cuanto a la obra del proceso selectivo de Pavimentación de Calles, Sector Sur Prolongación César Pinglo Sechura, la misma fue realizada por la empresa Yaksetig Guerrero S.A, lo que se corrobora con la Resolución de Alcaldía número trescientos ochenta y ocho –dos mil cinco-MPS/A del diecisiete de agosto, así como también con el Acta de Apertura de Sobre respectiva, razón por la que la empresa del recurrente no pudo realizar dicha obra; **Segundo: Imputación Fiscal.- I).** Según la acusación de fojas mil treinta y dos [remitiéndose al Informe Especial número cero cero seis –dos mil seis –dos –cinco mil doscientos noventa y ocho, emitido por el Órgano de Control Institucional del Proyecto Especial de Infraestructura de Trasporte Departamental –PROVIAS], las instalaciones de la Planta de Asfalto del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, situada en la localidad de Jíbito, Sullana, fueron utilizadas ilícitamente, por distintas empresas contratistas encargadas de la construcción de diversas obras públicas en la Región Piura; a saber: P&K Ingeniería y Construcción SRL, representada por Manuel Martín Altamirano Paredes (para la ejecución de la obra: Pavimentación de la Avenida Túpac Amaru en La Matanza); empresa Corporación Goods SAC, representada por Albert Luis García Roldán (para la obra: Construcción de la carretera asfaltada Morropón- Chalaco- Pacaipampa, I Etapa Tramo Kilómetro siete más cien al Kilómetro ocho más seiscientos); empresa SERVIKONG SAC, representada por Marco De La Serna Infantes (para la obra: Pavimentación y Cambio de Redes de Saneamiento Básico de los parques sesenta y dos, treinta y cinco, y cincuenta y nueve de Talara); empresa Estrella del Oriente Construcciones, Ingeniería y Arquitectura, representada por Lorenzo Alfredo Rivera Delgado (para la obra: Rehabilitación de La Carretera El Alto – Cabo Blanco); empresa BROCSAC Ingenieros Contratistas, representada por el procesado LUIS VICENTE OBANDO CARRASCO (para la ejecución de las obras: a).

Pavimentación Construcción de Veredas y Sardineles de las Calles nueve - once de noviembre y calle Los Eucaliptos Tramo cero más cero cero cero - cero más doscientos ochenta, Sechura, b). Pavimentación Acceso a Caserío de Chalaco Vice, Sechura; c). Pavimentación de las Calles Sector Prolongación César Pinglo -Sechura); empresa contratista José Francisco Maqueira Afa, representada por José Francisco Maqueira Afa, en los trabajos para Petroperú Sociedad Anónima); **II).** Que estos hechos se habrían producido por la conducta dolosa de JOSE ARMANDO SOSA SAAVEDRA, quien, en su condición de Jefe de la Zona número dieciséis, Piura - Tumbes, permitió utilizar los bienes que estaban bajo su custodia para fines ajenos al servicio, ocasionando un costo de posesión de cuatro mil ochocientos dos nuevos soles; **Tercero: Marco Normativo -Thema Probandum.-** I). Conforme al artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal, la figura del peculado por uso reprime al funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo, pertenecientes a la Administración Pública o que se hallan bajo su guarda; **II).** Así, dicho ilícito penal, importa el aprovechamiento de un activo de la entidad agraviada con fines ajenos a la normal actividad de esta última, presumiéndose un beneficio particular del agente funcionarial y/o de terceros; **III).** Que, en tal sentido, la dilucidación probatoria del precitado delito, entraña: **i].** si se ha verificado o no la utilización de un activo de la entidad agraviada; **ii]** si el uso del mismo cuenta o no con alguna autorización que determine si aquél ha servido a la satisfacción de intereses institucionales o ajenos a aquella; y **iii].** si existe o no un sustento o rendición de cuenta de ingresos que permita colegir si el aprovechamiento del activo fue a favor de la agraviada o, estrictamente, en interés del agente y/o de terceros; **Cuarto: Análisis.- A). Respecto a la capacidad decisoria del acusado JOSE ARMANDO SOSA SAAVEDRA en el uso de la Planta:** Dicho procesado, en su declaración en acto oral de fojas mil ciento setenta y ocho, ha señalado haber trabajado para el Ministerio de Transportes y Comunicaciones desde marzo de dos mil tres a agosto de dos mil cinco como Jefe Departamental, reconociendo, en tal sentido, haber tenido a su cargo la Planta de Asfalto de Jíbito. Siempre en torno a su capacidad decisoria respecto al funcionamiento de ésta, se tiene, además, a fojas ciento uno, el acta de manifestación del vigilante de la Planta, el testigo Gilberto Coronado Quevedo -diligencia actuada en la investigación realizada por el Órgano de Control Institucional que dio lugar al Informe Especial número cero cero seis -dos mil seis-dos-cinco mil doscientos noventa y ocho, de fojas veintiuno y siguientes, con carácter de prueba pre-constituida; y cuya firma en aquella acta la reconoce dicho testigo

como suya en su declaración en acto oral a fojas mil doscientos setenta y ocho–, quien al ser preguntado a quién rendía cuentas su persona y qué funcionarios manejaban la Planta, dijo: *«rendía cuentas al Ingeniero Sosa Saavedra, quien (...) era el único que controlaba la planta...»*; añadiendo que era este último quien *«ordenaba dejar pasar a las personas»* –entiéndase particulares, no trabajadores de dicha Planta–; **B). Sobre la *explotación económica* no autorizada de la planta para beneficio particular del agente y de empresas particulares.- I).** En relación a la prestación de servicios de la Planta de Asfalto de Jíbito a empresas particulares, existen registros documentales contemporáneos a la ejecución de las obras ejecutadas por estas últimas, que dan cuenta del empleo de material procesado en aquella, conforme consta de los Cuadernos de Obra correspondientes a, entre otras, las siguientes: «Pavimentación Avenida Túpac Amaru – La Matanza» –véase fojas setenta y cinco–; «Construcción de la Carretera Asfaltada Morropón Chalaco Pacaipampa I Etapa Tramo: Kilómetro siete más cien al Kilómetro ocho más seiscientos» –véase fojas ciento diecisiete, concordante con la precisión (como Anexo once) a fojas veintiséis y siguiente del Informe Especial número cero cero seis –dos mil seis –dos- cinco mil doscientos noventa y ocho–; y a la Obra «Pavimentación y Cambio de Redes de Saneamiento Básico de los parques sesenta y dos, treinta y cinco y cincuenta y nueve de la ciudad de Talara –véase fojas ciento cincuenta y dos, concordante con la precisión (como Anexo veinte) del precitado Informe–; el acusado JOSE ARMANDO SOSA SAAVEDRA, se ha limitado a señalar (ver agravios: acápite «II.a») que lo dispuso, en el caso de la Obra: Pavimentación de calle y veredas en Sechura, a mérito de un Convenio entre el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la respectiva Municipalidad. Sin embargo, tal alegación, más allá de importar un reconocimiento de que en las demás obras no estuvo habilitado por similares Convenios, la misma no tiene consistencia alguna, dado que lejos de correr en autos el supuesto Convenio, lo que obra son documentos, que, contrariamente a su tesis de que el vínculo jurídico –en virtud del cual la Planta de Asfalto de Jíbito prestaba su servicio– era con las Municipalidades (a cuyo favor estaban dirigidas las obras), emerge de autos instrumental que da cuenta más bien que la relación que asumía el acusado, era, directamente, frente a dichas empresas. Así, a fojas doscientos veinticinco, obra la «Carta de Compromiso» (sic) –del tres de agosto de dos mil cinco–, suscrita por el encausado, de cuyo tenor trasciende: *«yo JOSÉ ARMANDO SOSA SAAVEDRA, Jefe Zonal, número dieciséis, Piura –Tumbes, MTC Provías – Departamental, me comprometo a producir asfalto en caliente a los señores de la Empresa BROCSAC Ingenieros Contratistas para la obra*

«Pavimentación de Calles Sector Sur Prolongación César Pinglo» -Sechura»; II). Más aún, existe también prueba documental que acredita que el mismo acusado, explícitamente, hacía saber a las empresas contratistas respecto a la imposibilidad de la entidad agraviada de alquilar -entiéndase de prestar servicio de manera particular- la planta en referencia, no obstante lo cual generaba una contra-prestación que se reputa haber sido en beneficio propio; ello, tal y como se desprende: i). De la Carta número cero ochenta y tres -del seis de mayo de dos mil cinco-, remitida por la empresa SERVIKONG S.A.C Contratistas Generales, dirigida al encausado JOSE ARMANDO SOSA SAAVEDRA, en su condición de Jefe Zonal de PROVIAS-PIURA/ TUMBES, solicitándole el alquiler de la planta de asfalto en referencia para producir noventa metros cúbicos de asfalto en caliente -véase fojas ciento cuarenta y cuatro-; ii). Del Oficio número cero setenta y tres -dos mil cinco-MTC/veintidós. cero nueve. dieciséis -del once de mayo de dos mil cinco-, a través del cual el precitado acusado, en respuesta de dicha misiva, le precisa al representante legal de aquella persona jurídica, lo siguiente: *«nuestra institución no alquila la planta de asfalto por ser una institución pública...»*, no obstante, a su vez, le indica: *«podemos apoyarlo con la producción solicitada a cambio de que su empresa asuma algún costo por mantenimiento o pago de guardianía...»* -véase fojas ciento cuarenta y seis-; y iii). De la Carta número cero cero cuatro- dos mil cinco-MTC/ veintidós. cero nueve. dieciséis -del veintisiete de junio de dos mil cinco- también remitida por el precitado encausado a la misma empresa, comunicándoles: *«mi representada le brindara el apoyo en asfalto en caliente a partir de ocho de julio del presente año [dos mil cinco], fecha probable que empieza el funcionamiento y producción de la planta. Asimismo, su representada, se compromete con el pago de la guardianía y mantenimiento de la planta, la misma que asciend[e] a dos mil quinientos nuevos soles...»* -véase fojas ciento cincuenta-; III). Abona a lo anotado el funcionamiento subrepticio de la referida planta para dichos efectos, tal y como se desprende de lo también señalado por el guardián, el testigo Gilberto Coronado Quevedo, quien en la misma acta de manifestación antes precisada, al ser preguntado respecto al Registro de Control de Ingreso y Salida de personas y materiales como asfalto, precisó: *«no los tengo, se los llevó un señor apellidado Távara, quien se identificó como sobrino del Ingeniero José Sosa, dijo que lo enviaba el Ingeniero Sosa. Cada vez que se terminaba de llenar los cuadernos, éstos eran retirados por diversas personas enviadas por el Ingeniero Sosa...»* -véase fojas ciento uno-; IV). A dicha conclusión se suma el desconocimiento, en relación a dicho servicio, de parte de otros funcionarios responsables de la institución agraviada, tal y como se desprende del Informe número cero

cero uno -dos mil siete-MTC/veintiuno.GM.SGM.rcm, de fojas doscientos cincuenta, suscrito por la Ingeniero de Mantenimiento de PROVIAS, Roxana Castro Méndez, quien en relación al asunto: Uso de planta de asfalto a favor del contratista José Maqueira AFA (quien ejecutó trabajos para Petro Perú S.A), indicó: *«la suscrita no tiene conocimiento sobre el uso o producción de la planta de asfalto y mucho menos del preparado de mezcla asfáltica, para los trabajos que ejecutó la Contratista José Maqueira AFA...»*; **V).** Establecido lo anterior, los demás agravios del recurrente (ver ítem «I», acápites «a» y «c» del Primer Considerando) no se aprecian en modo alguno con aptitud para desvirtuar las conclusiones precedentes; **Quinto: Sobre el aprovechamiento indebido de la Planta por parte del acusado Luis Vicente Obando Carrasco en su calidad de contratista.- I).** Conforme lo reconoce el propio acusado (ver agravios: ítem «II», acápite «a» del Considerando Primero), a fojas ciento noventa y nueve, corre en autos el Acta de Apertura de Sobres y Otorgamiento de Buena Pro de la Adjudicación Directa Selectiva número cero cero uno -dos mil cinco-MPS-CE, que acredita el otorgamiento de la buena pro a la empresa BROCSAC Ingenieros Contratistas para la producción y colocación de mezcla asfáltica para la obra «Pavimentación, Construcción de Veredas y Sardineles de las Calles Nueve - Once de Noviembre y Calle Los Eucaliptos tramo cero más cero cero cero más cero más doscientos ochenta -Sechura», empresa cuyo representante legal para todos los efectos de dicha contratación era el acusado LUIS VICENTE OBANDO CARRASCO, conforme trasciende de las instrumentales de fojas doscientos uno y siguientes; habiéndose también empleado en esta obra material procesado en la Planta de Asfalto de Jíbito, tal y conforme se desprende del Cuaderno de Obras respectivo -véase fojas mil ochocientos cuarenta-; **II).** Dada su condición de contratista, y, por ende, conocedor y familiarizado con los procedimientos y trámites que rigen en el ámbito de la administración pública, el encausado LUIS VICENTE OBANDO CARRASCO, no podía ignorar, que en un contexto de licitud, si estaba recibiendo un servicio de parte de una entidad pública, ciertamente, el pago que debía sufragar estaba sujeto a las formalidades respectivas, como por ejemplo, la identificación de un concepto de pago específico, forma de efectivizar el mismo mediante abono en Tesorería o vía depósito a una cuenta de la entidad agraviada, etcétera. Contrariamente, el citado acusado, en el acto oral, ha admitido haber procedido apartándose de un orden de cosas regular y legítimo, puesto que al ser preguntado si pagaba algún derecho por la utilización de la Planta de Asfalto de Jíbito, dijo: *«pagar derecho no, pero se pagaba mano de obra para la gente de Provías»*; agregando que a dicho personal *«se le pagaba en efectivo»* -véase fojas

mil ciento ochenta y seis-; por lo que se concluye que hubo un acoplamiento de su persona, en su calidad de contratista, al aprovechamiento ilícito de la infraestructura de la entidad agraviada para sus fines crematísticos particulares, a sabiendas del perjuicio patrimonial que se ocasionaba a esta última; **III).** En ese orden de ideas, en cuanto a su agravio (ver ítem II, acápite «b» del Primer Considerando) de que su empresa no tuvo vinculación alguna con la obra: Pavimentación de Calles, Sector Sur Prolongación César Pinglo-Sechura, si bien dicho dato se corrobora con la Resolución de Alcaldía número trescientos ochenta y ocho-dos mil cinco-MPS/A, de fojas mil quinientos diez, empero, el mismo no tiene entidad para enervar las conclusiones precedentes; **Sexto:** Consiguientemente, no existe duda alguna de que la prueba actuada ha logrado revertir la presunción de inocencia de los procesados JOSÉ ARMANDO SOSA SAAVEDRA y LUIS VICENTE OBANDO CARRASCO, habiendo quedado establecida la responsabilidad penal de los dos acusados en el delito incriminado, previsto en el artículo trescientos ochenta y ocho, párrafos primero y segundo, respectivamente, del Código Penal -conforme lo precisa la recurrida a fojas mil setecientos treinta-, justificándose la condena dictada contra los mencionados, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cinco del Código Penal; **Sétimo:** Finalmente, en lo relativo a la determinación de la pena, estando a la sanción conminada para dicho ilícito penal, esto es, no mayor de cuatro años de pena privativa de libertad, el *quantum* impuesto en el caso de ambos no se aprecia en modo alguno excesivo, ocurriendo lo propio en relación a las demás consecuencias jurídicas establecidas. Sin perjuicio de lo expuesto, en lo relativo a la pena de inhabilitación, es menester precisar que su ejecución no requiere esperar la firmeza de la sentencia condenatoria, ello conforme quedó así establecido en el Acuerdo Plenario número diez -dos mil nueve/CJ-ciento dieciséis, FJ ocho-B, debiendo procederse a corregir la parte resolutiva de la impugnada en cuanto a dicho extremo; Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil setecientos veintidós, del veinticuatro de junio de dos mil diez, en el extremo que condenó a JOSÉ ARMANDO SOSA SAAVEDRA y LUIS VICENTE OBANDO CARRASCO por el delito por peculado por uso, en agravio del Estado; al *primero*, a dos años ocho meses, veinte días, de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el término de dos años; y, al *segundo*, a un año, cuatro meses, quince días de la misma pena, suspendida por el plazo de un año; así como inhabilitación a ambos por el periodo de un año -para obtener cargo, empleo o comisión de carácter público-; cuya ejecución opera desde la emisión de la recurrida

(y no desde «que queda consentida» (sic) aquella, como erróneamente se consignó a fojas mil setecientos treinta y cinco); fijándoseles en cinco mil nuevos soles el pago que deberán abonar solidariamente a favor del agraviado por concepto de reparación civil; con lo demás que contiene y es materia del presente recurso; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

13. Principio Acusatorio y Sobreseimiento

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 001-2006-2010

Lima

Lima, veinticuatro de noviembre de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Pública Especializada en delitos de Corrupción -PARTE CIVIL- contra la resolución de fojas mil ochocientos catorce, del nueve de agosto de dos mil diez, que declaró infundada la petición de elevar la causa en Consulta, y dar por retirada la acusación fiscal, disponiendo sobreseer el proceso penal seguido contra HUGO CONCHA RIVERA por el delito de peculado en agravio del Estado; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: Agravios.-** Que la recurrente, a fojas mil ochocientos veinticinco, contra el precitado auto, formula los agravios siguientes: **a).** que a lo largo del contradictorio, y las testimoniales esgrimidas, ha quedado acreditada la intervención del procesado HUGO CONCHA RIVERA, quien, en todo momento, tuvo conocimiento de los bienes declarados de libre disponibilidad a tenor de la Resolución de Gerencia General [número trescientos treinta-dos mil-MP-FN-GG], emitida por el Ministerio Público, y que a él mismo se le encargó en su calidad de Fiscal Superior la verificación de la destrucción / incineración de estos bienes; sin embargo, soslayando su responsabilidad se puso de acuerdo con los Fiscales y personal administrativo de la sede de Madre de Dios para simular dicho mandato y apropiarse de las motocicletas. Ello se corrobora con la declaración testimonial de Vilma Chauca López - ex

Fiscal Adjunta Superior Provincial de la Fiscalía Mixta e Itinerante de Tambopata, quien expresó que el procesado HUGO CONCHA RIVERA le sugirió, incluso, que usara una de las motos que se encontraban en el recinto fiscal, descubriendo ella, posteriormente, que dicha moto era una de las que debió haber sido incinerada, destruida; **b).** que de la declaración de la trabajadora administrativa Gisela Valencia Chacón se advierte que el encausado HUGO CONCHA RIVERA, en todo momento, supo de la obligación que tenía de dar cumplimiento a la disposición de la Gerencia, como máxima autoridad fiscal, máxime si, además, las coordinaciones se efectuaron con su persona; a lo que se suma la declaración del testigo [León Zenobio] Laura Limache, en cuanto a que fue el acusado quien decidió todo; **c).** que el delito de peculado protege los intereses patrimoniales de la administración pública, y, por otro lado, constituye, además, bien jurídico, el evitar el abuso del poder de que se haya facultado el funcionario o servidor público que quebrante los deberes funcionales de lealtad y probidad, consumándose el mismo con la apropiación o utilización de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. En ese sentido, el procesado tenía el deber de cumplir lo dispuesto mediante Resolución de la Gerencia General, aunado el cargo que ostentaba como máxima autoridad fiscal en Madre de Dios; **Segundo: Análisis respecto a la pretensión de la Parte Civil de elevación del Retiro de Acusación en consulta.- I).** Que habiendo la Fiscalía formulado el retiro de la acusación a fojas mil setecientos noventa y tres, en la Sesión del dos de agosto de dos mil diez, absolviendo el traslado, la PARTE CIVIL, a fojas mil setecientos noventa y cuatro, señaló: «*nosotros no nos encontramos conformes con el retiro de acusación formulado por el Representante del Ministerio Público, por cuanto consideramos que sí existen elementos suficientes que acreditan la comisión del delito por parte del [encausado], en ese sentido, SOLICITO: que se eleve en consulta la correspondiente requisitoria que acaba de formular el señor Fiscal...*»; **II).** Que, conforme lo puntualiza la resolución materia de grado, dicha pretensión no encuentra asidero legal, toda vez que la figura procesal de la Consulta, se encuentra prevista en el artículo doscientos veinte del Código de Procedimientos Penales, como facultad discrecional del órgano juzgador frente a un *dictamen fiscal de no haber mérito para pasar a juicio oral*, supuesto este último que no concuerda con el caso en concreto, motivo por el cual se encuentra debidamente desestimada; **Tercero: Sobre el retiro de la Acusación con doble pronunciamiento del Ministerio Público.- I).** Que conforme lo consagra el artículo ciento treinta y nueve inciso diez de la Constitución Política del Estado, para

imponer una sanción penal resulta imprescindible la garantía del *debido proceso previo*. Acorde a esta exigencia de índole constitucional, el proceso penal no es sino el conjunto de actos realizados por jueces, fiscales, defensores, imputados, etcétera, con el fin de comprobar la existencia de los presupuestos que condicionan la imposición de una sanción penal. Tal cometido, de serias implicancias en la libertad personal del procesado, fundamenta la estricta sujeción de un proceso penal a lo regulado en la ley; siendo que, conforme lo destaca el tratadista César San Martín Castro «...En concordancia con la naturaleza del derecho público y tutelar del Derecho procesal penal, se tiene que las normas que [lo] regulan (...) son irrenunciables o imperativas y de garantía. Son *irrenunciables* porque vinculan a todos los que intervienen en el proceso y no es posible sustituirlas por actos jurídicos voluntarios regidos por el principio de autonomía de la voluntad. El proceso penal no puede regularse al margen de la ley. Son de *garantía* porque tutelan la jurisdicción penal (...) regulan la forma y contenido de la actividad jurisdiccional ...»[2]. En esta misma perspectiva, según ALBERTO M. BINDER «...las formas procesales integran un sistema de protección del imputado, ya que su razón de ser es la de facilitar la vigencia de los principios constitucionales que rigen en el proceso penal...»[3]; **II).** Fijado lo anterior, este Supremo Colegiado no puede inobservar las garantías y principios inherentes al debido proceso, uno de las cuales lo constituye el Principio Acusatorio, y cuyos alcances han sido precisados en la Ejecutoria –de carácter vinculante– emitida en el Recurso de Queja número mil seiscientos setenta y ocho – dos mil seis [FJ cuatro], conforme al cual: **i).** la acusación fiscal es privativa del Ministerio Público; y **ii).** el presupuesto del juicio jurisdiccional es la imputación del Fiscal; puntualizando, en cuanto a los *efectos* que apareja dicha garantía, que «el Ministerio Público, a nivel institucional, está regido por el principio de unidad en la función y dependencia jerárquica, de suerte que, en estos casos, prima el parecer del Superior Jerárquico, y si éste coincide con lo decidido por el Fiscal inferior, concreta y consolida la posición no incriminatoria del Ministerio Público, no exist[iendo] posibilidad jurídica que el órgano jurisdiccional de Alzada dicte una resolución de imputación»; criterio por demás compartido por el Tribunal Constitucional, en su sentencia emitida en el Expediente número dos mil cinco – dos mil seis -HC- en la que, igualmente, señaló que «en caso

---

[2] SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Grijley, reimpresión 2006, p. 24.

[3] BINDER, Alberto M., *El incumplimiento de las formas procesales*», Ad Hoc, Buenos Aires, 2000, pp. 94-95.

el Fiscal decida no acusar, y dicha resolución sea ratificada por el Fiscal Supremo (...) al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin»; **Cuarto:** Que este supuesto (posición consolidada no incriminatoria del Ministerio Público) es el que se verifica en el caso de autos de la coincidencia entre el pedido de retiro de acusación del representante de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal (interviniente como órgano fiscal de jerarquía intermedia por la tutela privilegiada que le asiste al procesado) [véase planteamiento del retiro en acto oral, a fojas mil setecientos noventa y tres; y conclusiones escritas a fojas mil setecientos noventa y siete], y la opinión de que se confirme el auto de aprobación de dicho retiro, formulado por la representante de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal (interviniente como órgano fiscal de máxima jerarquía en el caso de autos) [véase dictamen a fojas nueve del Cuadernillo formando en esta Instancia]; configurándose así una situación procesal, frente a la cual esta Sala se encuentra impedida de ir en contra de aquella renuncia del Titular de la Acción Penal a la persecución penal del encausado por los hechos sub materia; máxime si se tiene en cuenta que si bien, excepcionalmente -conforme lo desarrrolla la precitada Ejecutoria- corresponde la anulación del procedimiento en el supuesto en que se evidencie una grave afectación del derecho a la prueba de la parte civil, estando a los agravios precisados por la recurrente (circunscritos a cuestionar la valoración que merecieron los nuevos medios probatorios acopiados durante la audiencia pública -ver Primer Considerando de la presente Ejecutoria-) aquello no es lo que acontece en el caso de autos; Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fojas mil ochocientos catorce, del nueve de agosto de dos mil diez, que declaró infundada la petición de la Procuraduría Pública recurrente de elevar la causa en Consulta, y dar por retirada la acusación fiscal, disponiendo sobreseer el proceso penal seguido contra HUGO CONCHA RIVERA por el delito de peculado en agravio del Estado; con lo demás que contiene y es materia del recurso; Intervienen los señores Villa Stein, Rodríguez Tineo y Neyra Flores por impedimento de los señores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo; y los devolvieron.-

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA

14. Peculado culposo

14.1. Insuficiencia probatoria

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3011-2010 - Cusco

Lima, veintisiete de julio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el procesado **PAVEL GUSTAVO CHEVARRÍA PAREDES** contra la sentencia de fojas mil trescientos sesenta, del cuatro de mayo de dos mil diez, en el extremo que lo condenó por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos sub tipo peculado culposo, en agravio de la UGEL de la Convención y del Estado Peruano; a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo término, sujeto a reglas de conducta; e inhabilitación por el plazo de un año de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijándosele en cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de los agraviados; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO; Primero: Agravios.-** Que el acusado, al fundamentar su recurso a fojas mil trescientos ochenta y uno, cuestiona lo siguiente: **a).** que el peculado culposo se configura cuando un funcionario o servidor público, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otro la sustracción de caudales o efectos. En este caso, el acusado LUCHO MELÉNDEZ CARPIO, por haber ejercido la encargatura de Director de un Centro Educativo de la UGEL –La Convención, se ha beneficiado con más de setenta y cinco mil nuevos soles; habiendo acontecido que el recurrente, en julio de dos mil siete, era el encargado de elaborar las planillas de pago para los docentes de dicha jurisdicción, ocurriendo que al corresponderle programar el pago de dicho mes y año al citado profesor, digitó la suma de setenta y cinco mil trescientos setenta y dos nuevos soles, que transfirió a su cuenta MULTIRED, de la que el antes mencionado la retiró y se aprovechó; siendo el caso que no existe proceso alguno por los delitos de hurto, robo o estafa; tanto más si al referido encausado se le ha acusado por delito de Apropiación Ilícita. En ese sentido, los hechos imputados al recurrente no se subsumen en la figura penal del Peculado Culposo; **b).** que los hechos realizados por el encausado **PAVEL GUSTAVO CHEVARRÍA PAREDES** no tienen connotación penal, prueba de lo cual resulta que la UGEL – La Convención ha convenido con el procesado LUCHO

MELÉNDEZ CARPIO sobre la forma de retornar el dinero, acordándose que este último deberá devolver en forma mensual mediante un descuento del veinte por ciento de su haber. Así, queda demostrado que el hecho *sub-exámine* tiene matiz administrativo; **Segundo: Imputación Fiscal.-** Que según la acusación de fojas mil doscientos ocho, el procesado **PAVEL GUSTAVO CHAVARRIA PAREDES**, se desempeñaba en el cargo de planillero de la UGEL – La Convención, por lo que en ejercicio de sus obligaciones procedió a elaborar las planillas de pago de haberes correspondientes al mes de julio de dos mil siete, consignando en la planilla de su co -procesado (hoy reservado) LUCHO MELÉNDEZ CARPIO - encargado de la Dirección de la Institución Educativa número cincuenta mil doscientos sesenta y tres del Centro Poblado de Incahuasi, distrito de Vilcabamba- la suma de setenta y cinco mil trescientos setenta y dos nuevos soles, en vez de setenta y cinco nuevos soles con setenta y dos céntimos, que es lo que realmente se le adeudaba; al darse cuenta del hecho, el veintitrés de noviembre de dicho año, envió una carta notarial a este último, conminándole a que devuelva el dinero que indebidamente había cobrado, pese a tener conocimiento que lo único que debía de cobrar era su haber mensual de mil doscientos nuevos soles más un incremento de setenta y cinco nuevos soles con setenta y dos céntimos por su encargatura como Director; **Tercero: De la Sentencia recurrida.-** Conjuntamente con los precitados encausados, fueron también pasibles de acusación, sus co-procesados (hoy absueltos) JOSÉ DANILO VILCHEZ BASUALDO y RENEE BENDEZU TORRES. El primero, era el encargado del Centro de Cómputo de la UGEL – La Convención, teniendo como función adecuar el formato del abono electrónico de acuerdo al calendario procesado por el planillero; habiéndosele atribuido no haber revisado el abono indebidamente realizado. La segunda de los nombrados, se desempeñaba como Contadora de la misma institución y se le incriminó haber consentido el pago en cantidad excesiva a su co-procesado LUCHO MELÉNDEZ CARPIO, ya que su función también consistía en realizar el arqueo del dinero en forma mensual para el pago de remuneraciones; y que al realizar los actos de control respectivos, no efectuó ningún acto tendiente a evitar la disposición de los dineros por parte del antes mencionado. Frente a tales imputaciones, la recurrida concluye que: I).»*... el error en la digitación incurrido por el planillero de la UGEL – La Convención, no podía ser verificado por sus co-procesados, porque era él el único que tenía la clave de acceso al Sistema de Remuneraciones...*» –véase fojas mil trescientos setenta y dos-; II). «*...también está probado que la negligencia del planillero se ha extendido a hechos posteriores por cuanto al*

haberse advertido el error por parte del encargado del Centro de Cómputo DANILO VILCHEZ BASUALDO, en el momento que cumplía sus funciones relacionadas con el PDT (SUNAT) verifica que había un alto monto a pagarse a la AFP y se da cuenta que se pagó al profesor LUCHO MELÉNDEZ CARPIO la suma exorbitante de setenta y cinco mil trescientos setenta y dos nuevos soles que lo comunica inmediata y telefónicamente al procesado PAVEL GUSTAVO CHAVARRÍA PAREDES (planillero), entre el veinte y veintiuno de agosto de dos mil siete (...), quien por la misma vía comunica al Jefe del Órgano de Control y al Tesorero de la Institución, sin hacerlo por escrito, permitiendo que el co-procesado LUCHO MELÉNDEZ CARPIO tomara la decisión de retirar el abono indebido por la suma de más de setenta y cinco mil nuevos soles a partir del diez de agosto de dos mil siete, al ver que nadie reclamaba (...) retirando la suma de treinta y cinco mil nuevos soles en el mes de octubre de dos mil siete, esto es, cuando ya el planillero conocía del pago indebido y no tomó las acciones pertinentes...» –véase fojas mil trescientos setenta y dos y siguientes-; **Cuarto: Análisis.-** Al analizar en primer lugar el cuestionamiento formulado por el procesado **PAVEL GUSTAVO CHEVARRÍA PAREDES** (ver agravios: acápite «a» del Primer Considerando de la presente Ejecutoria) al juicio de subsunción de los hechos incriminados en su contra en el delito que se le imputa (peculado culposo); al respecto, según este Supremo Colegiado el tipo en referencia no puede circunscribirse a una interpretación literal del vocablo «sustracción», cuando el núcleo del comportamiento objeto de reproche estriba en la infracción por parte del agente de deberes de cuidado que generan que «una tercera persona se beneficie con los bienes o caudales del Estado aprovechando el actuar negligente y culposo del funcionario o servidor público» [tal y como así fuera establecido en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número mil seiscientos ochenta y seis - dos mil dos -ICA del veintiocho de mayo de dos mil tres]. Y es que, en efecto, no puede perderse de vista que detrás de neutralizar una sustracción, lo que subyace es un afán de impedir un apoderamiento por parte de una tercera persona que el tipo penal en referencia (peculado culposo) intenta evitar, sancionando las posibles conductas negligentes que lo propicien. Luego, el «apoderamiento» es precisamente el beneficiarse, el hacer libre disposición de bienes ajenos, el conducirse como si fuese legítimo propietario del bien. Esta última ha sido, según da cuenta la imputación fiscal, la conducta desplegada por el procesado LUCHO MELÉNDEZ CARPIO una vez que tuvo los dineros indebidamente depositados en su cuenta; **Quinto:** Fijado lo anterior, corresponde pasar al examen de fondo, a partir de las conclusiones de inculpación que entraña la recurrida. De entrada,

debe significarse que aquella establece una conducta negligente del procesado **PAVEL GUSTAVO CHEVARRÍA PAREDES** en dos momentos diferentes: *uno,* durante el equívoco en la digitación; y, *dos,* después que fue detectado el problema. En cuanto al *segundo momento* (después que se detectó el pago en exceso al encausado LUCHO MELÉNDEZ CARPIO), la sentencia impugnada reprocha al citado procesado no haber desplegado acciones inmediatas que hubieran podido impedir que el beneficiado haya detraído los fondos que indebidamente fueron depositados en su cuenta. Sin embargo, esta última reprobación no encuentra respaldo probatorio alguno, habida cuenta que, conforme al extracto bancario de fojas mil trescientos treinta y cuatro, al *catorce de agosto de dos mil siete,* el antes mencionado ya había retirado más de sesenta y un mil nuevos soles (quedándole un saldo de cinco mil setecientos dieciocho nuevos soles); mientras que la detección del equívoco, le fue comunicada al encausado con posterioridad a esa fecha: quince de agosto, según versión del absuelto JOSÉ DANILO VILCHEZ BASUALDO -véase declaración en acto oral a fojas mil doscientos ochenta y tres-, veinte de agosto según afirma el acusado **PAVEL GUSTAVO CHEVARRÍA PAREDES** -manifestación a fojas ciento siete-, siendo el caso que, ulteriormente, el Tesorero de la UGEL -La Convención, Leoncio Chacón Meza, el *veintiuno de agosto de dos mil siete* -véase fojas sesenta y uno- dirigió una comunicación al Banco de la Nación solicitando el bloqueo de la cuenta respectiva, habiendo indicado el propio beneficiado LUCHO MELÉNDEZ CARPIO que, precisamente, a raíz de ese bloqueo no pudo continuar con sus retiros -véase instructiva a fojas seiscientos treinta y nueve-; **Sexto:** Consiguientemente, el único asidero posible para solventar una condena contra el procesado, necesariamente debe estar circunscrita al primer momento, esto es, en si incurrió o no en negligencia cuando se produjo el error en la digitación. Que tal dilucidación nos remite al tipo subjetivo de una conducta de infracción de deber de cuidado. En ese sentido, según la Doctrina Nacional, la imputación subjetiva imprudente demanda indagar sobre dos aspectos: la *cognoscibilidad* y la *previsibilidad.* La primera, se entiende como exigibilidad del *conocimiento del peligro* que se determina en el caso concreto atendiendo a todas las circunstancias objetivas concurrentes, a los conocimientos actuales y previos del autor y a su capacidad (conciencia del riesgo y de los deberes de cuidado que debe observarse para neutralizarlo). La segunda, se refiere a la posibilidad de previsión de cualquier hombre prudente en la producción de un resultado típico[4].

[4] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General,* Grijley, 2006, p. 402.

En el caso de autos, siendo actividad laboral regular del procesado **PAVEL GUSTAVO CHEVARRÍA PAREDES** la actualización y ejecución de las remuneraciones mensuales al interior del personal destacado en el departamento de planillas de la UGEL - La Convención, función que venía ejerciendo desde el año dos mil cuatro; constituía ésta una práctica cotidiana y habitual de su persona lo relativo al abono -vía depósito en el Banco de la Nación- de las remuneraciones para un número muy amplio de trabajadores, conformado por docentes y personal administrativo de la UGEL -La Convención -véase manifestación a fojas ciento seis y siguientes-, habiendo puntualizado que, en la misma fecha, el citado reintegro del beneficiado se pagó aproximadamente a otras cien personas, y las remuneraciones de dicho mes a un total de mil setecientas personas aproximadamente -véase declaración instructiva a fojas seiscientos cincuenta y nueve-, lo cual, evidentemente, debió importar una multiplicidad de digitaciones en el computador desde el cual llevaba a cabo, ordinariamente, dicha tarea, por lo que estando a ese contexto situacional no se aprecia que el agente haya podido representarse que en el abono de lo correspondiente al procesado LUCHO MELÉNDEZ CARPIO, a diferencia de los demás registros, existía un riesgo específico, ni que, en tal sentido, haya procedido con una falta de diligencia manifiesta. En ese orden de ideas, no resulta posible connotar este error como acto culposo, siendo verosímil su explicación en el sentido que debiendo digitar un abono (en calidad de reintegro) de setenta y cinco nuevos soles con setenta y dos céntimos, «... *en lugar de digitar el punto digité el tres, por eso apareció setenta y cinco mil trescientos setenta y dos [nuevos soles]*» -véase declaración en acto oral a fojas mil doscientos cincuenta y ocho-, lo cual ciertamente se condice con la distribución de los caracteres en el sector numérico del teclado de un ordenador convencional; no existiendo otros elementos de juicio que conlleven a una conclusión diferente; **Sétimo:** Consiguientemente, lo antes analizado conlleva a concluir que en el presente caso, lejos de haberse desvirtuado la presunción de inocencia que ampara al acusado -consagrada en el literal «e» del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado- lo que se constata es una insuficiencia de prueba de cargo que permita crear convicción de culpabilidad. Por ende, no encontrándose acreditada la responsabilidad penal del procesado por el delito incriminado, resulta pertinente disponer su absolución conforme a lo dispuesto en el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales; deviniendo en innecesario abordar el otro agravio esgrimido por el procesado (ver acápite «b» del Considerando Primero); Por estos

fundamentos, declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil trescientos sesenta, del cuatro de mayo de dos mil diez, en el extremo que lo condenó por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de delitos cometidos por funcionarios públicos sub tipo peculado culposo, en agravio de la UGEL de la Convención y del Estado Peruano; a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo término, sujeto a reglas de conducta; e inhabilitación por el plazo de un año de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijándosele en cinco mil nuevos soles el monto que deberá pagar por concepto de reparación civil a favor de los agraviados; **reformándola** lo **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el delito y agraviados antes citados; **MANDARON**: se proceda a la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de este delito, debiendo procederse a su archivamiento definitivo; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

15. Peculado culposo

15.1. Definición de la culpa

15.2. Estándar probatorio para condenar

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 1865-2010

Junín

Lima, veintitrés de junio de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la procesada PASCUALA TITO REYMUNDO contra la **sentencia de fojas mil doscientos sesenta, del diecinueve de octubre de dos mil nueve** que la condenó como autora del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado culposo, en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de Chilca, a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución sujeta al cumplimiento de reglas de conducta; de la acusada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ contra la **sentencia de fojas mil cuatrocientos ochenta y siete, del dieciocho**

de enero de dos mil diez, que la condenó por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado culposo en perjuicio del Estado - Gobierno Regional de Huancavelica – Gerencia Sub Regional Tayacaja – Churcampa a dos años de privación de libertad, suspendida en su ejecución sujeta al cumplimiento de reglas de conducta; y por la Procuraduría Pública del Distrito Judicial de Junín –PARTE CIVIL–, **contra ambas sentencias** en el extremo del monto fijado por concepto de reparación civil ascendente a tres mil nuevos soles, suma que, según se estableció en aquellas, deberán abonar cada una de las sentenciadas a la entidad agraviada; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad en parte con el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: Agravios.-** La sentenciada PASCUALA TITO REYMUNDO, al fundamentar a fojas mil quinientos cinco su recurso, formula los agravios siguientes: **a).** que conforme al Informe Especial de fojas doscientos treinta y dos, los auditores hacen la observación de que la causa de la sustracción del dinero materia de autos se debe a los actos de la Administradora y del Gerente Sub Regional de Tayacaja, quienes desde el mes de noviembre de dos mil cinco, tenían conocimiento que indebidamente se estaba manteniendo dinero –en la Oficina de Tesorería– correspondiente a saldos presupuestales de ejercicios fiscales anteriores al año dos mil cinco y que no se habían devuelto al Tesoro Público (para solicitar su reprogramación para el año dos mil seis), no obstante lo cual, en marzo del citado año, autorizaron habilitaciones de dinero en efectivo, para lo cual los antes mencionados utilizaron información contraria a la realidad (registrada en el aplicativo informático SIAF -SP), ocasionando que dicho dinero se encuentre en un contexto de inseguridad en las oficinas administrativas (Tesorería) de la Unidad Ejecutora; **b).** que si bien en audiencia la sentenciada aceptó los cargos por el delito de peculado culposo, cuestiona el que tenga que asumir responsabilidad respecto del total del monto señalado, dado que aquella sólo debiera circunscribirse a la cantidad de treinta y un mil nuevos soles que fue entregada a la persona de Lucía Silva Asto, por lo que no estaría sujeta a una pena privativa de libertad, sino a una reserva de fallo condenatorio, prevista en el artículo sesenta y dos del Código Penal; **c).** que, como efecto de lo anterior, no debería aplicársele la pena accesoria de inhabilitación, lo que la perjudica laboralmente; **d).** que para aplicar la sanción en su contra debió considerarse las circunstancias del hecho, la pluralidad de agentes, la ausencia en su caso de antecedentes policiales, judiciales y penales, como indicador de un pronóstico favorable sobre su conducta futura. Por su parte, la

encausada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ, a fojas mil quinientos cincuenta y uno, cuestiona: a). que ingresó a trabajar en octubre de dos mil cinco hasta setiembre de dos mil seis, y dentro de sus funciones estaba la administración de los recursos humanos, materiales y financieros, y, de acuerdo a las normas técnicas de tesorería y demás directivas, el manejo de los fondos y su custodia estuvo a cargo única y exclusivamente de la Tesorera (hoy sentenciada) PASCUALA TITO REYMUNDO lo que fue corroborado con su instructiva, quien ha señalado que era la única que manejaba las llaves de la caja fuerte; y con la testimonial de la contadora Iris Peña Caipane; b). que durante el tiempo que ocupó el cargo de Sub Gerente de Administración, a raíz de los arqueos de caja practicados en forma periódica por la contadora en mención advirtió que los fondos de inversión de los años dos mil dos a dos mil cinco, se encontraban en la caja fuerte, adoptando medidas correctivas, a saber: i). la remisión a la Tesorera (hoy sentenciada) PASCUALA TITO REYMUNDO del Memorándum número cuatrocientos sesenta y nueve - dos mil cinco, del veinticinco de noviembre de dos mil cinco, indicándole que dichos fondos han debido ser revertidos al Tesoro Público; ii). la emisión del Informe número ciento cincuenta y ocho - dos mil cinco, dirigido al Gerente Sub Regional de Tayacaja, del veintiocho de noviembre de dos mil cinco, comunicándole que la Tesorera mantiene dinero en efectivo en caja y que debía procederse a la reversión inmediata al Tesoro Público; y iii). remitió al Gerente Antonio Suasnabar el Informe número doscientos catorce - dos mil seis, del treinta de mayo de dicho año, indicándole que en el breve plazo dichos montos debían ser revertidos al Tesoro Público; c). que lejos de darse cumplimiento a las recomendaciones, el Gerente Luis Guzmán Zorrilla, mediante Oficio número ciento setenta y cuatro - dos mil seis, remitido a la procesada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ solicitó que los fondos girados y pagados al treinta y uno de marzo de dos mil seis, sean entregados en calidad de custodia a nombre de la Tesorera (hoy sentenciada) PASCUALA TITO REYMUNDO, y, ante esta solicitud, el Gerente Antonio Suasnabar emite la Resolución de Gerencia número cero diez - dos mil seis, del treinta y uno de marzo del citado año, otorgando la habilitación de fondos y custodia a la antes mencionada, apreciándose que dichos fondos se han mantenido en caja por órdenes superiores; d). que la encausada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ, durante el tiempo que ocupó el cargo de Sub Gerente de Administración, ha cumplido con sus obligaciones establecidas en el MOF, lo que desvirtúa negligencia o falta al deber de cuidado; e). que de acuerdo al Memorándum número ciento cincuenta - dos mil cinco del veintitrés

de marzo de dos mil cinco, remitido por el anterior Sub Gerente de Administración a la Tesorera (hoy sentenciada) PASCUALA TITO REYMUNDO, se dispone que deberá girar y cobrar cheques a su nombre, es decir, antes que ingresara a trabajar la encausada, ya era costumbre esa modalidad; frente a lo cual, su persona cursó a la antes mencionada el Memorándum número cuatrocientos cuarenta y siete - dos mil cinco del nueve de noviembre de dos mil cinco, indicándole que a partir de la fecha no debe girar los cheques a su nombre, debiendo sujetarse a las normas de tesorería; **f).** que el vínculo causal directa sobre los fondos del Estado que fueron sustraídos por los delincuentes lo tenía la Tesorera (hoy sentenciada) PASCUALA TITO REYMUNDO, quien en muchas oportunidades dejó la llave de la caja fuerte encima de su escritorio, faltando a su deber de cuidado; **g).** que estando a la forma cómo se produjeron los hechos, la acusada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ no tenía la obligación de custodiar los bienes sustraídos durante las veinticuatro horas, ya que habían dos vigilantes contratados para el resguardo de los mismos; más aún si para la sustracción de dinero los delincuentes se valieron de mecanismos de anulación de defensa, violando la seguridad de la puerta y techo, reduciendo a los vigilantes, rompiendo los candados. De otro lado, la PARTE CIVIL, a fojas mil quinientos dos y mil quinientos doce, discrepa con la suma de tres mil nuevos soles fijada por concepto de reparación civil -lo que se condice con la señalada en la acusación de fojas mil ciento noventa y ocho-, ni tampoco sobre la restitución de los bienes sustraídos; **Segundo: Imputación Fiscal.-** Según la acusación de fojas mil ciento noventa y ocho: **I).** Se imputa a la encausada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ que, en su calidad de Administradora, habría autorizado ilegalmente, mediante *memorándums*, habilitaciones adicionales de dinero en efectivo a la Tesorera de Recursos Presupuestales del Ejercicio Fiscal dos mil cinco, utilizando información contraria a la realidad, que estaba registrada en el aplicativo informático que, bajo su responsabilidad, con carácter de declaración jurada aparecía indebidamente en la fase de devengados del gasto, no obstante que al treinta y uno de diciembre del dos mil cinco, no se habían recepcionado a conformidad los bienes y servicios correspondientes, pues no se tenían los documentos que sustentan el giro de cheques conforme lo establece la normativa presupuestal y de Tesorería para dicho Ejercicio Fiscal (dos mil cinco), lo que permitió que haya dinero físicamente en la Oficina de Tesorería de esta Sub Gerencia Regional; **II).** De otro lado, se atribuye a PASCUALA TITO RAYMUNDO que, pese a tener las funciones de custodia de los fondos para pagos en efectivo, en agosto del dos mil

seis, entregó dinero en efectivo a su asistente/ apoyo para que efectúen pagos en efectivo, en un contexto de inseguridad en las oficinas administrativas y de Tesorería de la Unidad Ejecutora; **III).** Estos actos descritos habrían dado lugar a que terceros se apropien de los caudales pertenecientes a la Gerencia Sub Regional de Tayacaja Churcampa conforme se tiene de los hechos suscitados el trece de agosto de dos mil seis, cuando en la madrugada ingresaron personas quienes sustrajeron la suma de quinientos dieciséis mil cuatrocientos cinco nuevos soles con veinticinco céntimos; **Tercero: Análisis respecto a la Condena dictada contra la procesada Soledad Baquerizo Díaz: Marco Normativo - Dogmático del delito imputado.- I).** El artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal describe como conducta típica la del agente que «por culpa, da cuenta a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos». Luego, conforme al Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco /CJ - ciento dieciséis, *«se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero ...»*. Añadiendo: *«... Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no tome precauciones necesarias para evitar sustracciones (...) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público...»*; **II).** Por lo demás, toda vez que es tesis de la defensa de la acusada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ el que no obstante haber sido ella la administradora, la responsabilidad frente al cuidado de los fondos públicos sustraídos se circunscribía a la Tesorera, su co-procesada PASCUALA TITO RAYMUNDO -ver agravios de los acápites «a», «d» y «e» del Segundo Considerando- es menester significar que ciertamente los delitos imprudentes no son ajenos a las demás exigencias que deben darse en un caso concreto para imputar objetivamente un resultado. En tal sentido, acudiendo a la Doctrina (Feijjoo Sánchez) debe señalarse que «el principio de confianza, (...) es un instituto que presenta una gran utilidad para determinar los límites de la norma de cuidado o, lo que es lo mismo, el alcance del deber de cuidado que tiene una determinada persona en una determinada situación». Y es que «el principio de confianza tiene como consecuencia práctica que el que se comporta adecuadamente no tenga que contar con que su conducta puede producir un resultado típico debido al comportamiento antijurídico de otro»[5]. Luego, ingresando a los límites de dicho

[5] FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Imputación objetiva en Derecho Penal*, Grijley, Lima, 2002, p. 291.

principio, por su pertinencia para el caso de autos, cabe remitirnos a dos de ellos: **a).** Un primer límite deriva de que «uno puede confiar en que los otros ciudadanos se van a comportar respetando las normas (...) a no ser que se tengan evidencias de lo contrario»[6]. Así entonces, se puntualiza que en los supuestos de reparto de funciones entre sujetos que trabajan en distintos niveles o en una relación jerarquizada (relación de supra y subordinación) «cuanto menores sean la preparación y experiencia del subordinado, mayor será el deber de supervisión del superior, y correlativamente, menor será el alcance del principio de confianza», concluyéndose, por ende, que «en caso de una defectuosa actuación del subordinado, se debe intervenir»[7]; **b).** Un segundo límite tiene que ver con que si bien «el principio de confianza es un límite del deber de cuidado (...) ello no significa que las personas se puedan comportar imprudentemente en virtud de la confianza en el cuidado de otro», por lo que «si alguien se comporta de forma descuidada ya no se puede decir que su injusto dependa exclusivamente del comportamiento defectuoso de un tercero», dado que «el que infringe [una] norma de cuidado no puede esperar que terceros arreglen la situación que él ha creado»[8]; **Cuarto: Análisis Probatorio.- A). Vulnerabilidades -aprovechadas por los agentes de la sustracción- en la seguridad del dinero ubicado en la Oficina de Tesorería.-** En relación a cómo se produjo el robo de los caudales en referencia, según el Parte IC número cuatrocientos treinta – ceros seis – VIII-DIRTEPOL/ OFICRI-IC de fojas cincuenta y uno [Asunto: Resultado de Inspección Criminalística], se desprende que los autores de este evento habrían contado con información privilegiada sobre el cuantioso monto de dinero custodiado, premunidos, además, de los duplicados de las llaves correspondientes a las puertas de la Oficina de Tesorería y de la propia caja fuerte (dada la ausencia de haber sido éstas violentadas). Luego, por máximas de la experiencia, tal nivel de facilidades que encontraron los agentes, tiene, como contrapartida, inequívocamente, la infracción de deberes relacionados al cuidado del dinero sustraído. Así, dicho informe policial describe lo siguiente:»*...La escena del delito es la Oficina de Tesorería de la Gerencia Sub Región del Gobierno Regional Pampas Tayacaja, ubicado en el Jirón Progreso S/N Pampas - Tayacaja, cuyo local presenta una puerta metálica de dos hojas, sin violencia en la estructura y chapa de seguridad (...)*

---

[6] *Op. cit.*, p. 296.
[7] *Op. cit.*, p. 305 y ss.
[8] *Op. cit.*, p. 310.

inspeccionada al interior del local se ha verificado: [...] Las dos puertas internas de la caja fuerte no presentan signos de violencia encontrándose normal en sus mecanismos, presumiéndose que han sido abiert[a]s con sus respectivas llaves...». -ver fojas cincuenta y dos-.; **B). Disponibilidad física del dinero -en la Oficina de Tesorería- con aquiescencia y co-responsabilidad de la acusada Soledad Baquerizo Díaz.-** Fijado lo anterior, trasciende de autos una sucesión de factores que coadyuvaron a la disposición en físico de dichos recursos en la mencionada Oficina de Tesorería -hasta por la suma de quinientos dieciséis mil cuatrocientos cinco nuevos soles con veinticinco céntimos, según se desprende del «Acta de Verificación del Movimiento de Caja y los Documentos Sustentatorios hasta antes del robo a la Oficina de Tesorería de la GSRTCH» de fojas cuatrocientos setenta y uno y siguientes-, contrariándose exigencias legales sobre la materia, siendo que si bien corren en autos elementos que dan sustento a la versión auto - exculpante de la acusada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ de que dichos fondos no fueron revertidos al Tesoro Público por órdenes de funcionarios de mayor jerarquía -ver instrumentales a que se contraen sus agravios señalados en el acápite «b» del Segundo Considerando de la presente Ejecutoria-; sin embargo, cierto es también que se encuentra acreditado en autos el acoplamiento de la antes mencionada a dicha decisión, pese a que, en estricto, estaba dentro de su competencia, el cumplimiento de las disposiciones que regulaban el uso correcto de los recursos asignados a la institución; ello, tal y como trasciende: **i].** Del Informe número ciento cincuenta y ocho - dos mil cinco /GRH/GSRT-CH/SGA [Asunto: Observación a manejo de efectivo para la ejecución de obras de ejercicios anteriores], de fojas doscientos ochenta y uno, remitido por la procesada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ al Gerente Sub Regional de Tayacaja, del que aparece que su persona era consciente de que con la retención del dinero en efectivo correspondiente a los ejercicios anteriores (dos mil dos, dos mil tres y dos mil cuatro) «se esta[ba] infringiendo las Normas Técnicas de Tesorería doscientos treinta - once y las Directivas de Tesorería correspondientes, referente al manejo de efectivo para la ejecución de obras programadas para años anteriores» (sic); **ii].** Del Informe número ciento dieciséis - dos mil seis/GRH/GSRT-CH/SGA [Asunto: Cierre de Ejercicio Presupuestal dos mil cinco], de fojas trescientos cuarenta y cuatro, emitido por la citada procesada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ, mediante el cual se evidencia que ella era también consciente de que la información que sobre los recursos financieros se hacía aparecer «en la fase del devengado» en el SIAF-SP no tenía sustento documental, ante lo cual, es ella -contrariamente

a lo sostenido en su agravio del acápite «c» del Segundo Considerando–, quien sugirió al Gerente Sub Regional de Tayacaja Churcampa de que confíe dichos caudales a la Tesorera a título de «encargo»; **iii].** Del Memorando número cuatrocientos cuarenta –dos mil cinco–GRH/ GSRTCH-SGA, de fojas mil cuatrocientos cinco –del tres de noviembre de dos mil cinco– a través del cual la acusada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ se dirige a la Contadora Iris Peña Caipani, indicándole lo siguiente: *«en mérito a la llamada telefónica del Gerente Sub Regional de Churcampa, se le llama la atención y se le recomienda no escandalizar ni remitir información a otras Gerencias, sin la autorización de este Despacho y la Gerencia Sub Regional de Tayacaja»*; **iv]** Del Manual de Organización y Funciones – MOF del Gobierno Regional de Ucayali –aprobado por Resolución Ejecutiva Regional número trescientos ochenta y uno -dos mil tres – GR-HVCA/PR-; la que, entre las obligaciones que menciona en relación al cargo de **Directora del Sistema Administrativo** –que ella ocupaba desde el once de octubre de dos mil cinco al tres de octubre de dos mil seis, a mérito de las Resoluciones número trescientos setenta y uno – dos mil cinco – GR-HVCA/PR y trescientos sesenta y uno - dos mil seis – GOB.REG.HVCA/PR, de fojas doscientos cincuenta y uno y fojas doscientos cincuenta y tres, respectivamente-, precisa: *«supervisar y evaluar el cumplimiento de las normas y procedimientos técnicos de los sistemas de personal, contabilidad, tesorería y abastecimiento»*; así como *«velar por el cumplimiento de las normas legales y dispositivos que rigen los sistemas administrativos de personal, contabilidad, tesorería y abastecimiento»*; **vi]** De la diligencia de ratificación de peritos, en la que acorde con los elementos antes enumerados, los autores del Informe número cero cero siete – dos mil seis – dos – cinco mil trescientos treinta y ocho/ GOB.REG.HVCA/ OCI –que corre en original en Cuadernos desagregados y en copia a fojas doscientos once y siguientes–, tras ahondar en que los saldos de los ejercicios dos mil tres, dos mil cuatro y dos mil cinco debieron haber sido revertidos al Tesoro Público, puesto que *«no está permitido tener dinero en caja fuerte»* –ver fojas mil cuatrocientos treinta y cuatro–; al ser preguntados respecto a si la acusada requería de una autorización para revertir ese dinero, o estaba facultado para hacerlo, dijo: *«como administradora tenía la obligación de hacerlo, esto de acuerdo a la Directiva número cero uno – dos mil seis»* –ver fojas mil cuatrocientos treinta y cinco–; **C). Falta de diligencia de la acusada Soledad Baquerizo Díaz en la supervisión que le correspondía en el cuidado de dichos dineros –en la Oficina General de Tesorería– I).** A raíz de la recomendación que hiciera la misma acusada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ al Gerente Sub Regional de Tayacaja Churcampa,

por Resolución Gerencial número cero cero diez – dos mil seis-GOB-REG-HVA/GSRTCH/G., -del treinta y uno de marzo de dos mil seis-, el antes mencionado -con el visto bueno de la Sub Gerencia de Administración- confió a la Tesorera de la Institución, (hoy sentenciada) PASCUALA TITO RAYMUNDO la custodia de dicho dinero [resultante «de realizar la fase de girado y pagado de cheques de todos los compromisos y devengados realizado al treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, pendientes de giro del Ejercicio Fiscal dos mil cinco»]. Empero, no puede soslayarse que la acusada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ, en tanto Directora de Sistema Administrativo, tenía como una de sus funciones la de *«administrar los recursos humanos, materiales y financieros asignados a la Gerencia Sub Regional»*, habiendo ella misma admitido que el ámbito de sus responsabilidades abarcaba la Oficina de Tesorería. Así, en la ampliación de su manifestación de fojas ochocientos treinta y cinco, al ser preguntada si se encontraba dentro de sus funciones el control de las oficinas de Tesorería y Contabilidad, dijo: *«sí, es mi responsabilidad el control de las oficinas indicadas»*. Acorde con lo precisado, la custodia física de dichos dineros, a cargo de su co-procesada (hoy sentenciada) PASCUALA TITO RAYMUNDO, evidentemente no la eximía de los deberes que tenía respecto a la intangibilidad de dicho patrimonio (vg. deberes de protección a través de una supervisión y control de cómo la Tesorera cumplía dicha custodia), máxime si la presencia física de estos caudales en la Oficina de Tesorería, conforme se ha explicado líneas *ut supra*, no era ajena a su responsabilidad; **II).** En el caso de autos, a partir de la propia versión de la Tesorera, su co-procesada (hoy sentenciada) PASCUALA TITO RAYMUNDO, se evidencia que esta última no fue diligente en el cuidado a su cargo. Así, en su manifestación policial – con participación del representante del Ministerio Público–, de fojas diecisiete, al ser preguntada respecto a cuál era su explicación de por qué la chapa de seguridad de la caja fuerte no estaba violentada, indicó: *«...presumo que alguien haya sacado un duplicado de mi llave...»*, reconociendo: *«...en muchas oportunidades he dejado encima de mi pupitre y mi computadora, cuando me llamaban por teléfono y en otras cuando había reunión de trabajo...»*. Más aún, interrogada si aquella caja fuerte tenía medidas de seguridad estando a los montos de dinero que se guardaban, precisó: *«...no tenía las medidas de seguridad que merituaba, pero, informé al año dos mil cinco a la Sub Gerencia de Administración...»* -ver fojas diecinueve y siguiente-; **III).** Evidenciando la acusada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ que ese contexto de inseguridad para dicho dinero no era ignorado por su persona, en su manifestación policial – con participación del representante del Ministerio Público,

de fojas catorce, admitió que se había omitido reforzar la protección de la caja fuerte, y que sabía que la Tesorera, durante su ausencia, delegó dicha custodia a una persona de apoyo, sin la experiencia debida para cautelar tan significativa suma, peor aún, consciente de que la presencia de ésta en la Oficina de Tesorería no era una información confidencial sino de amplio conocimiento, lo que maximizaba los riesgos. Así, indicó: «*...no he adoptado la[s] medidas de seguridad ya que la caja fuerte estaba dentro de un cajón de madera que aparentaba ser un mueble*»; agregando: «*la única persona que tiene la llave de dicha Oficina es PASCUALA TITO y cuando salió de permiso le confió a LUCIA SILVA personal de apoyo*» –ver fojas quince–; **Quinto**: En suma, la acusada SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ, pese a haber sido co-responsable de la indebida retención de fondos públicos en la Oficina de Tesorería (y, por ende, de su no depósito bancario), y no obstante haber sido consciente que existía siempre la posibilidad de que dichos caudales –por su ingente volumen, y no encontrarse seguros en una entidad bancaria– sean objeto de apoderamiento por terceras personas, lejos de haber velado por la intangibilidad e integridad de dichos dineros, demostró desinterés y desidia respecto a la protección de los mismos, tolerando, a sabiendas, el manejo informal que de dicha seguridad hacía la Tesorera, la hoy sentenciada PASCUALA TITO RAYMUNDO –su subordinada–, no habiendo ejercido debidamente sus deberes de supervisión, pese a que conocía, según ella misma ha puntualizado en sus agravios, que la antes citada «*en muchas oportunidades dejó la llave de la caja fuerte encima de su escritorio, faltando a su deber de cuidado*» (sic) [ver acápite «g» del Segundo Considerando]. Peor aún, conociendo de la actuación defectuosa con la que procedía la antes mencionada, tampoco hizo nada por asumir ella, personalmente, la custodia del mismo durante el periodo de licencia de la referida Tesorera, pese a saber que esta última, había delegado el cuidado de dichos recursos a su ayudante, no obstante la pericia y experiencia que se requería para asumir tal responsabilidad. Consiguientemente, el propio incumplimiento de su persona respecto a los deberes que tenía frente a la devolución de dichos caudales, y, luego, en su negligencia con la que actuó respecto a la debida seguridad de los mismos (puesta de manifiesto en diversos momentos) constituye un factor que, sin duda, propició el robo de dicho dinero público; **Sexto**: **Análisis respecto a la Sentencia Anticipada dictada contra la condenada Pascuala Tito Raymundo.- I).** En el recurso de nulidad formulado por la antes referida encausada contra dicha sentencia –ver agravios precisados en acápites «b» y «d» del Considerando **Primero**–, subyace como su pretensión el que la consecuencia jurídica

penal que se dicte en su caso sea de reserva de fallo condenatorio. Al respecto, debe señalarse que conforme al Acuerdo Plenario número cinco - dos mil ocho/ CJ-ciento dieciséis, FJ seis, es precisamente a la denominada «conformidad limitada o relativa» a la que corresponde acudir en caso el imputado esté en desacuerdo con la pena o con la reparación civil. Sin embargo, se desprende de autos que la sentenciada PASCUALA TITO RAYMUNDO, lejos de haber optado por este tipo de conformidad, simplemente, se allanó a los cargos, dejando en potestad de la Sala Superior la determinación de la pena. En efecto, según se advierte, en la sesión del quince de octubre de dos mil nueve –ver fojas mil doscientos cuarenta y siete–, después que el Fiscal expuso su acusación (reproduciendo su dictamen escrito –ver fojas mil ciento noventa y ocho–) y solicitó una sanción de dos años de pena privativa de libertad e inhabilitación de un año, la recurrente se limitó a expresar su conformidad frente a la imputación fiscal; no obstante lo cual la Sala Superior le impuso una pena por demás benigna en términos de *quantum* (un año de pena privativa de libertad). Luego, más allá de que la reserva del fallo condenatorio no está en absoluto reconocida como derecho de un condenado sino como una de las posibilidades legales que compete al órgano sentenciador considerar al dictar una consecuencia jurídica penal (individualización de la pena), cierto es que, en el caso de la impugnante, la Sala Superior, habiendo podido imponer una pena privativa de libertad efectiva, ya ejerció a favor de esta última, la facultad de acudir a una *medida alternativa* a aquella, imponiéndole una pena *suspendida* en su ejecución; motivo por el cual la pretensión de la recurrente no resulta en modo alguno amparable; II). En cuanto a su cuestionamiento a la pena de inhabilitación –ver agravio señalado en acápite «c» del Primer Considerando– también impuesta a su persona –para poder ejercer mandato cargo, empleo o comisión de carácter público que esté ejerciendo la condenada; e incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público– por el término de la pena (un año), aquella no resulta arbitraria dada su naturaleza de pena principal exigida por el artículo cuatrocientos veintiséis para los delitos como el que es, precisamente, objeto de condena; y III). En lo atinente a su argumento auto – exculpante a través del cual discute que tenga responsabilidad en el evento incriminado –ver agravio indicado en el acápite «a» del Considerando Primero–, estando a la naturaleza de la sentencia dictada en su contra (sentencia anticipada), el mismo resulta impertinente, dado que aquella presupone una conformidad con los cargos imputados por la Fiscalía; tal y como así se encuentra meridianamente establecido en el Acuerdo Plenario número cinco -

dos mil ocho/CJ- ciento dieciséis; **Sétimo: Análisis respecto a las impugnaciones en el extremo de la Reparación Civil.- I).** En torno a su *contenido,* el artículo noventa y tres del Código Penal establece que la reparación comprende: i) la restitución del bien; y ii). la indemnización de los daños y perjuicios. Consiguientemente, se aprecia que no obstante haberse acreditado la responsabilidad de las sentenciadas antes mencionadas en el daño establecido en autos en contra de la entidad agraviada: robo de dinero público; empero, la recurrida ha omitido aparejar a aquella la consecuencia jurídica relativa a su obligación de restitución del dinero sustraído, la que resulta de recibo en el caso de autos por ser también la culpa un factor subjetivo de atribución de responsabilidad civil, conforme al artículo mil novecientos sesenta y nueve del Código Civil, de aplicación supletoria por así disponerlo el artículo ciento uno del Código Penal; debiendo *integrarse* este extremo al fallo conforme lo autoriza el segundo párrafo, parte *in fine* del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales; **II).** Establecido lo antes razonado, respecto al cuestionamiento formulado por la PARTE CIVIL - ver Tercer Considerando- la *indemnización* establecida en la sentencia materia de grado ascendente a tres mil nuevos soles, resulta acorde a la confluencia con ella de la otra obligación patrimonial precisada en el acápite precedente. Sin perjuicio de lo expuesto, estando a lo establecido por el artículo noventa y cinco del Código Penal y el Recurso de Nulidad número doscientos dieciséis - dos mil cinco (Ejecutoria Vinculante), dicha obligación pecuniaria impuesta a las sentenciadas PASCUALA TITO RAYMUNDO y SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ por separado -ver fojas mil doscientos sesenta y dos y fojas mil cuatrocientos noventa y seis, respectivamente- corresponde ser connotada con carácter de solidaria; Por estos fundamentos, declararon: **I). NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil doscientos sesenta, del diecinueve de octubre de dos mil nueve que condenó a PASCUALA TITO REYMUNDO por delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado culposo, en agravio del Estado- Municipalidad Distrital de Chilca, a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución sujeta al cumplimiento de reglas de conducta; **II). NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil cuatrocientos ochenta y siete, del dieciocho de enero de dos mil diez, que condenó a SOLEDAD BAQUERIZO DÍAZ por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado culposo en agravio del Estado - Gobierno Regional de Huancavelica - Gerencia Sub Regional Tayacaja - Churcampa a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en

su ejecución sujeta al cumplimiento de reglas de conducta; **III). NO HABER NULIDAD** en la precitadas sentencias en el extremo que fijó en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar las sentenciadas a favor de la entidad agraviada, obligación que -debe entenderse- es con carácter solidario; y **IV).** La **INTEGRARON** en la parte pertinente a la obligación para ambas sentenciadas de restituir la suma de dinero que fue objeto de robo; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

16. Peculado por extensión

16.1. Estándar probatorio para condenar

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 1109-2010

Ucayali

Lima, ocho de junio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas mil doscientos siete, del veintisiete de enero de dos mil diez, que condena a SEGUNDINA CUMAPA RENGIFO, LIDIA GONZALES SÁNCHEZ y OLGA MORI DÍAZ, por los delitos contra la Administración Pública -peculado por extensión- en agravio del Proyecto IBIS DINAMARCA; y contra la Fe Pública -falsificación de documentos- en agravio del Estado, Proyecto IBIS DINAMARCA, y de las empresas Comercial Librería María Auxiliadora, Comercial Carmen y Abastecedora Ucayali; imponiéndoseles dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el mismo periodo, bajo reglas de conducta; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad en parte con lo opinado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** Que la Fiscalía, a fojas mil doscientos treinta y ocho, objeta que la pena impuesta (dos años de privación de libertad suspendida por igual término) resulta ser benigna, siendo que el *quantum* es bajo y no guarda la debida proporcionalidad con la

conducta delictiva perpetrada por las sentenciadas; cuestionando lo propio respecto del monto indemnizatorio; en tal sentido, solicita que la pena sea reformada y se eleve a cuatro años; y, asimismo, la suma fijada por concepto de reparación civil sea incrementada a diez mil nuevos soles; **Segundo: Imputación Fiscal.- I).** Que según la acusación fiscal de fojas doscientos cuarenta y nueve, en el mes de julio de dos mil uno, el Proyecto IBIS DINAMARCA y la Organización de Mujeres Indígenas de la Amazonía Peruana - OMIAP, presidida por la acusada SEGUNDINA CUMAPA RENGIFO, firmaron un Convenio de Cooperación Técnica y Financiera, por un monto de cincuenta mil ochocientos noventa y tres dólares, los cuales provenían del Gobierno Danés, y que al ser supervisado por Control Interno del Proyecto agraviado, se encontró que los comprobantes que sustentan los gastos no cuentan con autorización de impresión y contiene precios sobrevaluados, desprendiéndose de ello la existencia de egresos no sustentados; además, estos documentos han sido falsificados toda vez que se ha detectado que no han sido emitidos por las empresas comerciales indicadas; siendo el caso que era la citada procesada, quien tenía la función de disponer de los fondos económicos asignados a la OMIAP, conforme a los fines sociales para los que fueran destinadas; sin embargo, no ha realizando un correcto manejo de estos caudales desembolsados por el Proyecto IBIS DINAMARCA; **II).** Que, en igual sentido, la encausada LIDIA GONZALES SÁNCHEZ, en su condición de Secretaria de Economía de la OMIAP, por razón de su cargo, tenía por función firmar y retirar los fondos del Proyecto, depositados en el Banco Continental, realizar las compras de bienes y alimentos; no obstante ello, conjuntamente con sus co-acusadas, le dio a estos fondos un fin distinto a las que correspondía; **III).** Que la procesada OLGA MORI DIAZ, en su condición de Secretaria de Actas y de Archivo de la Junta Directiva de la OMIAP, teniendo la función de recepcionar los documentos que enviaba IBIS DINAMARCA, redactar algunos documentos de la OMIAP, además de acompañar a sus co-procesadas SEGUNDINA CUMAPA RENGIFO y LIDIA GONZALES SÁNCHEZ para realizar la compra de bienes y alimentos; coludida con sus co-acusadas, intervino en el cometido de dar un fin distinto a los recursos económicos de la institución, esto es, de utilizar para sí y para otro el dinero que estaba destinado a un fin social; **IV)** Que, para tal efecto, las referidas acusadas adjuntaron documentación inconsistente para justificar gastos, así como fraguaron facturas de las empresas comerciales: Librería María Auxiliadora, Comercial El Carmen y Abastecedora Ucayali, las cuales no han sido emitidas por estas empresas; **Tercero: Acción Penal prescrita respecto al delito de**

Falsedad Documental.- I). Conforme se ha establecido en el Acuerdo Plenario número uno – dos mil diez /CJ- ciento dieciséis, su fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, «... 6. la institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable. 7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución...»; **II).** Fijado lo anterior, este Supremo Colegiado, antes de ingresar al examen promovido por el recurrente, no puede soslayar que los delitos imputados en la acusación fiscal (*peculado por extensión* –previsto en el artículo trescientos ochenta y siete, en concordancia con el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal– y *falsificación de documento privado* –regulado en el artículo cuatrocientos veintisiete de dicho Código–), han confluido en el caso de autos en *concurso real* –conforme así lo puntualiza la sentencia recurrida a fojas mil doscientos veintiocho–, lo cual importa una prescripción de cada delito por separado. Luego, confrontando la data de los hechos, esto es, junio de **dos mil dos** –oportunidad en que, según se indica a fojas ocho, la agraviada efectuó visitas de seguimiento y constató irregularidades expresadas en la presentación de facturas falsas y comprobantes de pagos emitidos por proveedores inexistentes como sustento de los gastos efectuados – con el plazo extraordinario de prescripción –regulado en el artículo ochenta y tres del Código Penal– resultante de la pena máxima del delito de falsedad de documento privado (cuatro años de pena privativa de libertad) más su mitad: **seis años,** se comprueba que a la fecha la acción penal correspondiente a este delito se encuentra extinguida por prescripción; **Cuarto: Análisis respecto a la Pena y Monto de Reparación Civil cuestionados por el recurrente.-** Circunscrito a solo un comportamiento (y no dos) lo que es materia de sanción penal, ingresando a analizar el cuestionamiento de la Fiscalía en el sentido que la pena impuesta a las acusadas resulta diminuta, acorde a lo puntualizado por la recurrida en lo relativo a los fines preventivos de la pena consagrados en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal –ver fojas mil doscientos veintiséis–, y a la constatación en el caso de autos de circunstancias atenuantes previstas en el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código

Penal, tales como el contexto social y cultural; así como la ausencia de antecedentes penales de las tres procesadas –ver fojas ciento quince, ciento dieciséis y ciento diecisiete; este Supremo Colegiado, estima que la sanción impuesta contra ellas es proporcional; aconteciendo lo propio en relación al monto indemnizatorio establecido por concepto de reparación civil, teniendo en cuenta que entre las reglas de conducta impuestas, una de éstas es la obligación de las tres sentenciadas de cumplir con la «devolución del dinero ilícitamente apropiado» (sic) –ver fojas mil doscientos treinta–; Por estos fundamentos, declararon: **I). NULA** la sentencia de fojas mil doscientos siete, del veintisiete de enero de dos mil diez, en el extremo que condenó a SEGUNDINA CUMAPA RENGIFO, LIDIA GONZALES SÁNCHEZ y OLGA MORI DIAZ por el delito contra la Fe Pública –falsificación de documentos– en agravio del Estado, Proyecto IBIS DINAMARCA, empresas Comercial Librería María Auxiliadora, Comercial Carmen y Abastecedora Ucayali. En consecuencia, declararon: **PRESCRITA** de oficio la acción penal incoada contra las referidas encausadas por dicho ilícito penal en agravio de las antes mencionadas; **MANDARON:** ARCHIVAR definitivamente el proceso en este extremo; **DISPUSIERON:** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia del referido delito; **II). NO HABER NULIDAD** en la precitada sentencia en el extremo que condenó a SEGUNDINA CUMAPA RENGIFO, LIDIA GONZALES SÁNCHEZ y OLGA MORI DIAZ por el delito contra la Administración Pública –peculado por extensión– en agravio del Proyecto IBIS DINAMARCA a dos años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el mismo periodo, bajo reglas de conducta; así como en lo relativo al monto de dos mil nuevos soles fijado por concepto de reparación civil; ACLARANDO que dicha suma tiene como único beneficiario al agraviado antes precisado –y no a la pluralidad de éstos que se alude en la recurrida–; con lo demás que al respecto contiene y es materia del presente recurso; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

17. Elementos típicos del delito de peculado doloso

17.1. Nulidad de sentencia absolutoria

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 2401-2010

Ancash

Lima, veinte de junio de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el Fiscal Superior y por la PARTE CIVIL contra la sentencia de fojas trescientos cuarenta y cuatro, del cuatro de mayo de dos mil diez, que absolvió de la acusación fiscal a EFRAÍN ELEOTERIO TARAZONA HUERTA por el delito contra la Administración Pública - peculado y malversación de fondos- en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Cajay-; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** Que el Fiscal Superior al fundamentar su recurso a fojas trescientos sesenta y dos, formula los agravios siguientes: **a).** que a través de la pericia contable se ha llegado a establecer que en la obra: Ejecución de tres aulas y una sala para la Dirección del Centro Educativo número ochenta y seis mil trescientos treinta y siete - Queroragara - Cajay, en el año dos mil cuatro, no solamente existen irregularidades administrativas, sino también económicas que han configurado el delito de peculado, puesto que se ha determinado un mayor gasto en la ejecución de la obra, con una diferencia de trece mil ochocientos sesenta y cinco nuevos soles con cincuenta y cinco céntimos, suma que no ha sido debidamente justificada; **b).** que, sin embargo, la recurrida se ha limitado a señalar que en la acusación fiscal no se ha precisado el hecho constitutivo del delito de peculado; apreciación ésta que es incorrecta; **Segundo:** Que, en igual sentido, la PARTE CIVIL, a fojas trescientos sesenta y siete, contra la sentencia absolutoria cuestiona lo siguiente: **i].** que se ha incurrido en vulneración al debido proceso, a la tutela jurisdiccional efectiva y a la debida motivación, por cuanto no se han evaluado todos los medios probatorios existentes en autos, tales como el informe pericial contable de fojas ciento veintisiete que determinó una sobrevaloración expresada en una diferencia de doce mil ocho nuevos soles con setenta y seis céntimos; **ii].** que en el Informe Técnico elaborado por el Ingeniero Civil Walter Cirilo Colonia Cerna, se concluye que la obra carece de todo criterio técnico, y que, por lo mismo, es altamente vulnerable a los factores climáticos y al movimiento sísmico,

requiriéndose cambios de toda la estructura; no habiéndose tampoco merituado el acta de entrega de la citada obra, la que pone en evidencia el no funcionamiento de todas las cerraduras de las puertas y ventanas, y que el piso de tabla se había levantado al haberse utilizado madera de eucalipto y no de tornillo; lo que revelaría que dicha obra se hizo con material de última calidad, máxime si en la misma inauguración se observó que no era óptima para su utilización; **Tercero: Imputación Fiscal.** Según la acusación de fojas doscientos uno, durante el periodo comprendido entre el mes de enero de dos mil tres al treinta y uno de diciembre de dos mil seis, el procesado ha ejercido el cargo de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Cajay, perteneciente a la provincia de Huari, en cuya gestión ha ejecutado la construcción de tres aulas y una sala para la Dirección del Centro Educativo número ochenta y seis mil trescientos treinta y siete - Queroragara, comprensión del distrito de Cajay, en el año dos mil cuatro, habiéndose entregado la obra en el mes de enero del año dos mil cinco, habiendo informado el procesado que el costo ascendía a la suma de ochenta y tres mil nuevos soles, comprometiéndose, además, a la reparación de algunas partes del techo, puertas, salones, pisos, entre otros, toda vez que durante la inauguración se pudo comprobar que la infraestructura presentaba serias y notorias irregularidades, siendo que en el mes de octubre de dos mil cinco, se pudo advertir que algunas partes del techo se encontraban quebradas, los entablados del piso torcidos, habiéndose levantado el material en un ochenta por ciento; asimismo, las chapas de las puertas se encontraban malogradas en su totalidad; sin embargo, con la finalidad de subsanar tales irregularidades técnicas, el procesado había dispuesto en forma indebida de diversas sumas de dinero para la reparación de las mismas, montos que no estaban presupuestados. Dicho dictamen -a fojas doscientos seis- puntualiza: «*podemos concluir que est[aría] acreditada la responsabilidad del [citado] procesado al haberse utilizado los recursos financieros del Estado en la construcción de una infraestructura deficiente...*»; **Cuarto: Marco Normativo.- I).** Conforme al artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal la figura penal de Peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; **II).** Tal apropiación supone que el sujeto activo del delito, lejos de observar los deberes positivos que le competen para preservar la integridad de los caudales que tiene confiados o sobre los que tiene facultades de disposición, quebranta el mandato prohibitivo de no apartarlos, en parte, o en su totalidad, de la esfera de dominio de la entidad pública agraviada, e, ilícitamente, los hace suyos,

incorporándolos al ámbito de su patrimonio propio, o, eventualmente, de tercero; III). Así entonces, en el caso de llevarse a cabo determinado tipo de egreso (vg. realización de una obra), tal situación irroga para el agente funcionarial deberes tales como: (i) la debida acreditación de haberse efectivamente realizado el mismo, vía sustentación confiable; y (ii) la entrega de una obra en condiciones que no evidencien un nivel de deficiencias que deslegitimen o tornen en inverosímil el monto de inversión que se dice haberse destinado a la misma. Lo contrario, conllevaría a concluir que los caudales públicos asignados fueron objeto de aprovechamiento particular o de terceros; IV). Que, de otro lado, según el artículo trescientos ochenta y nueve del mismo Código, la Malversación de Fondos, reprime al funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada; **Quinto: Análisis.-** Que, fijado lo anterior, se aprecia que el Tribunal Superior no ha efectuado un debido análisis de los hechos imputados, ni una adecuada valoración de la prueba, ni tampoco ha llevado a cabo diligencias necesarias para esclarecer los hechos objeto de juicio. En efecto, revisada la sentencia recurrida se advierte que su pronunciamiento absolutorio se fundamenta en que el dictamen acusatorio adolece de imprecisión en la imputación fáctica, pese a que la acusación fiscal, conforme se ha reseñado *líneas ut supra*, sí ha descrito la presunta infracción de determinados deberes que se corresponden –como hipótesis delictiva–, con las conductas típicas atribuidas (peculado y malversación de fondos públicos); **Sexto:** Que siendo *thema probandum* de los ilícitos imputados el examen de si el acusado se ha conducido o no con corrección en el manejo y utilización de los recursos a su cargo en la realización de la obra en referencia, la actividad procesal desplegada en el juicio oral evidencia no haberse perseguido debidamente tal esclarecimiento, deficiencia que, evidentemente, se ve reflejada en la sentencia recurrida, ello, si se tiene en cuenta: I). que pese a obrar en autos el Dictamen Pericial de fojas ciento veintisiete elaborado por las peritos contables Elizabeth Leoncia Henostroza Colona e Irma Florencia Reaño García, ratificado por esta última a fojas ciento cincuenta y siete [cuyas conclusiones puntualizan respecto a la diferencia entre el monto señalado en el Expediente Técnico y el correspondiente a los comprobantes de pago de los años dos mil cuatro y dos mil cinco –por la suma de doce mil ocho nuevos soles con setenta y seis céntimos–; y entre el monto de tales comprobantes y lo reportado en las evaluaciones presupuestales del mismo periodo –por diez mil ochocientos treinta y cinco nuevos soles con veinte céntimos–, infiriendo que habría una supuesta sobre valoración de la obra], se ordeno en el auto superior de

enjuiciamiento su ratificación por la primera de las mencionadas –véase fojas doscientos once–, posteriormente, se dispuso en audiencia la notificación de los referidos peritos –véase fojas trescientos dieciséis–; sin embargo, no obra en autos constancia de haberse diligenciado aquella, ni mucho menos que se haya producido debate en relación al citado Informe Pericial, significándose que no se ha merituado éste en la sentencia materia de grado, no obstante hacer mención que constituía «prueba de cargo» –véase fojas trescientos cuarenta y seis–; **II).** que pese a haberse dispuesto en el mismo auto superior de enjuiciamiento que se practique un Peritaje Técnico y de Gestión de la Obra en referencia; designándose para tal efecto a los peritos Ingenieros Civiles Luis Ernesto León Pinedo y Arturo Wenceslao Minaya Castromonte –véase fojas doscientos once– (siendo sustituido en audiencia el primero de los mencionados por el perito Carlos Calle Munarriz –véase fojas trescientos siete–); el caso es que la Sala Superior, a fojas trescientos veinte, resolvió prescindir de dicho peritaje, el que a pesar de la disposición, fue presentado a fojas trescientos veintitrés, en fase de alegatos finales, suscrito únicamente por el último de los nombrados; **III).** que se suma a lo expuesto la no valoración de la declaración a fojas trescientos nueve del acusado en el acto oral –en la que reconoció déficits en la sustentación y en la obra–; **Sétimo:** Que, por consiguiente, al no haberse dilucidado debidamente los cargos formulados en la acusación fiscal, corresponde aplicar el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales; en consecuencia, rescindir la sentencia impugnada y convocar a un nuevo juicio oral, debiendo ser examinados los peritos contables Elizabeth Leoncia Henostroza Colonia e Irma Florencia Reaño García por el órgano jurisdiccional correspondiente y por las partes procesales, previa ratificación; así como cumplirse con la emisión de un nuevo Peritaje Técnico y de Gestión de Obra, elaborado y suscrito por dos peritos conforme lo exige el artículo ciento sesenta y uno del Código de Procedimientos Penales; sin que ello obste al Tribunal Superior a la actuación de nuevos medios de prueba que estime pertinentes y útiles al esclarecimiento del *thema probandum;* Por estos fundamentos, declararon **NULA** la sentencia de fojas trescientos cuarenta y cuatro, del cuatro de mayo de dos mil diez, que absolvió de la acusación fiscal a EFRAÍN ELEOTERIO TARAZONA HUERTA por el delito contra la Administración Pública – peculado y malversación de fondos– en agravio del Estado - Municipalidad Distrital de Cajay–; **MANDARON**: se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente Ejecutoria; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

18. Peculado culposo

18.1. Definición de la culpa

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3117-2010

Ica

Lima, veintisiete de junio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el procesado LUIS DIONICIO PARDO SÁNCHEZ, contra la sentencia de fojas ciento ochenta y uno, del veinte de julio de dos mil diez, que lo condenó como autor del delito de peculado por culpa, en agravio del Estado Peruano, imponiéndosele un año de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, sujeto a reglas de conducta; así como la inhabilitación por el periodo de un año; fijándosele el pago de doscientos nuevos soles por concepto de reparación civil; interviniendo como ponente la Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: Agravios.-** El acusado LUIS DIONICIO PARDO SÁNCHEZ, al fundamentar su recurso a fojas ciento noventa y uno, formula los agravios siguientes: **a).** que no se ha demostrado con certeza que la sustracción de los bienes pertenecientes a la Municipalidad de Nazca (cinco sillas y cinco bancas) se deba al actuar inconciente del procesado, no habiéndose acreditado tampoco que una tercera persona se haya beneficiado con éstos; **b).** que el recurrente fue quien dio parte a la Policía Nacional de Nazca a fin de que se investigue la sustracción, habiendo demostrado su interés en que este hecho se esclarezca; **c).** que la parte agraviada en ningún momento ha señalado el perjuicio que le ha causado la sustracción de dichos bienes pues es conocido, que aquella se deriva de los que no utiliza, motivo por el cual no ha demostrado ningún interés en la secuela del proceso; **Segundo: Imputación Fiscal.-** De la acusación de fojas ciento uno, trasciende: **I).** [Hecho Antecedente] Que en el mes de setiembre de dos mil siete, el encausado LUIS DIONICIO

PARDO SÁNCHEZ asumió la Jefatura de la Policía Municipal de Nazca, reemplazando en el puesto a Jesús Marcial Inchicaqui Quispe, quien, si bien le hizo entrega de todos los bienes de la oficina; antes de retirarse, cambió la clave del tambor de la puerta principal, mandando confeccionar dos llaves, una de las cuales entregó al procesado, quedándose con la otra para guardar su bicicleta y otros enseres, contando para ello con el asentimiento de este último; II). [Circunstancias de la sustracción de los bienes de la agraviada] Que el cuatro de noviembre del mismo año, se realizó un almuerzo de camaradería con motivo del día del Trabajador Municipal. Al día siguiente, cinco de noviembre, a las seis horas con diez minutos, el primero en llegar al local de la Policía Municipal fue el procesado LUIS DIONICIO PARDO SÁNCHEZ, quien se percató que las puertas de acceso al mismo estaban abiertas y sin signos de violencia en las cerraduras, faltando las sillas y bancas de plástico que estaban en su interior, percatándose que las puertas no habían sido forzadas; III). [Conducta Culposa imputada] Que los únicos que tenían las llaves de dicho local eran el procesado LUIS DIONICIO PARDO SÁNCHEZ y el anterior Jefe de dicha Oficina, Jesús Marcial Inchicaqui Quispe y que la pérdida de los citados bienes del Estado se debe al actuar negligente del procesado al no tomar las medidas convenientes a efectos de asegurar la custodia de los bienes que se le había confiado en su condición de Jefe de la Policía Municipal; **Tercero: Marco Normativo.-** El artículo trescientos ochenta y siete, tercer párrafo, del Código Penal describe como conducta típica la del agente que «por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos». Luego, conforme al Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil cinco /CJ – ciento dieciséis, «*se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero ...*». Añadiendo: «*... Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no tome las precauciones necesarias para evitar sustracciones (...) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público...*»; **Cuarto: Análisis.- I).** En relación a cómo se produjo la sustracción de los bienes que da cuenta la imputación, conforme trasciende del Parte Policial de Ocurrencia, de fojas uno, se constató que las chapas y marcos de las dos puertas de madera de la Oficina de la Policía Municipal, sito en la intersección de la Calle Tacna y Jirón Italia, estaban conformes; empero, en un ambiente interior destinado para depósito se observó que la aldaba fue violentada,

notándose la ausencia del candado que lo aseguraba. De igual modo, en el portón de fierro ubicado al costado de dicha oficina se verificó la ausencia de un candado de regular tamaño que aseguraba dicha puerta, no apreciándose signos de violencia en el marco de ésta; II). De otro lado, en lo atinente al objeto material del delito, debe significarse que si bien el citado procesado, en su declaración prestada en el acto oral -ver fojas ciento cincuenta y uno- afirmó que lo sustraído de la oficina era «*las sillas y cuatro [bancas] de plástico que no es de la Municipalidad sino de un colega*» -alegación que tiene asidero en el Inventario Físico de bienes asignados a la referida Oficina que obra a fojas nueve-, cierto es que conforme lo puntualiza la Doctrina, el Código Penal al hablar de caudales y efectos no ha agregado la adjetivación «*públicos*», lo que permite inferir que dichos bienes, de cara al precitado ilícito, pueden ser públicos o de particulares, siendo lo trascendente que se hallen en poder de la administración estatal[9]; III). Fijado lo anterior, sobre la vinculación funcional del acusado respecto a dichos bienes, cabe remitirse a su declaración de fojas cuarenta y uno, en la que admitió que al efectuarse el relevo y recibir la Jefatura de la Policía Municipal de Nasca, el anterior Jefe, Jesús Ichicanqui Quispe, le entregó los bienes asignados a la Oficina de la Policía Municipal, así como las llaves de la puerta; reconociendo que su persona era el responsable tanto del cuidado de dicho local como de los bienes -véase fojas ciento cincuenta y tres-; IV). Que en torno a lo acontecido horas antes del evento y quién fue el último en retirarse de dicha Oficina, de las declaraciones testimoniales de los colegas del procesado, los policías municipales Lino Juárez Chirhuana y Henry Fernando Chalco Bautista, de fojas setenta y seis y ochenta y dos, respectivamente, se desprende que ambos enfatizan que el día cuatro de noviembre del dos mil siete, hubo un almuerzo de celebración por el aniversario de la Policía Municipal de dicha localidad, afirmando el segundo de los nombrados que él se retiró pasadas las siete de la noche; aseverando los dos que, por las circunstancias de cómo se dio la sustracción, el acusado se debió haber olvidado de cerrar alguna de las puertas; V). Acorde a lo anotado, no resulta creíble la versión del acusado de haberse retirado a las cinco de la tarde, dado que nunca puntualizó que cuando se retiró permanecieron en dicha Oficina otros servidores municipales. De otro lado, su alegación de que cumplió con cerrar la puerta principal, no se condice con lo que él mismo ha relatado, en cuanto a que, a las cinco de la mañana, fue avisado por

[9] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Grijley, enero, 2007, p. 498.

tun barredor municipal que dicha puerta estaba abierta -ver fojas ciento cincuenta y uno- y que ésta no se encontraba violentada, a lo que se agrega su reconocimiento de que para la sustracción de dichos efectos, el ingreso se tuvo que haber producido necesariamente por aquella; a lo que se suma que su persona, lejos de haber responsabilizado al anterior Jefe, Jesús Ichicanqui Quispe -quien tenía también llaves de la mencionada puerta-, al ser preguntado si consideraba a este último como sospechoso, dijo: *«no puedo decir eso, (...) pueden haber sido terceras personas»* -ver fojas ciento cincuenta y dos-; **Quinto: Conclusiones.-** **I).** Se desprende de lo anterior que, pese a haber sido evidente para el acusado LUIS DIONICIO PARDO SÁNCHEZ (aún más por su condición de policía municipal, esto es, vinculado al servicio de seguridad) que existía siempre la posibilidad de que los bienes que se encontraban al interior de la oficina pública a su cargo sean objeto de apoderamiento por terceras personas en caso no se cerrara y/o asegurara debidamente las puertas de acceso; no obstante, el antes mencionado, pese a ser el responsable de dicha oficina, omitió actuar con elemental sentido de diligencia, dejando sus puertas exteriores expuestas a que sean fácilmente abiertas sin forzamiento alguno de sus chapas, dando lugar su negligente conducta a que se concretice dicho riesgo respecto a los bienes que se encontraban al interior; habiendo procedido de manera contraria a las expectativas cifradas en un hombre diligente promedio. Así las cosas, contrariamente a lo alegado por el recurrente -ver acápite «a» del Primer Considerando- el resultado producido en el bien jurídico protegido (sustracción de efectos de la Oficina de la Policía Municipal por terceras personas) por la forma como se produjo el hecho (sin haberse violentado las puertas) sí aparece, sin lugar a dudas, propiciado por el comportamiento culposo de LUIS DIONICIO PARDO SÁNCHEZ; por tanto, sí resulta imputable a este último; dado que la sustracción de los efectos en mención se materializó a raíz del incumplimiento de uno de sus deberes inherentes a su competencia funcional; lo que conlleva a concluir que en el presente caso, sí se ha establecido fehacientemente la responsabilidad penal del citado procesado en el delito imputado; **II).** Estando a lo expuesto, los demás agravios, referidos, de un lado, a que fue el propio acusado quien denunció el hecho de hurto; y, de otro, que la parte agraviada no ha señalado el perjuicio ocasionado por la sustracción -ver acápites «b» y «c» del Primer Considerando- resultan irrelevantes para enervar la conclusión precedente; **Sexto:** Sin perjuicio de lo anterior, dado que el ilícito se encuentra sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años, y como concurren, además, los presupuestos establecidos

en el artículo sesenta y dos del Código Penal, es el caso reservar el fallo condenatorio al sentenciado, atento a la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho; Por estos fundamentos, declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas ciento ochenta y uno, del veinte de julio de dos mil diez, en el extremo que condenó al procesado LUIS DIONICIO PARDO SÁNCHEZ como autor del delito de peculado por culpa, en agravio del Estado Peruano; y le impuso un año de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el mismo término, bajo reglas de conducta; reformándola en este extremo: **DISPUSIERON** la reserva del fallo condenatorio al acusado LUIS DIONICIO PARDO SÁNCHEZ de los cargos por el delito de peculado por culpa, en agravio del Estado Peruano; por el plazo de un año, bajo las reglas de conducta establecidas en la sentencia recurrida; y **NO HABER NULIDAD** en el extremo que se fijó en doscientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil debe abonar el antes mencionado al agraviado; con lo demás que contiene; Interviniendo el Señor Santa María Morillo por licencia del Señor Prado Saldarriaga; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTA MARÍA MORILLO

VILLA BONILLA

19. Nulidad de sentencia absolutoria

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 2357-2010

Junín

Lima, veinticuatro de junio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Adjunto Superior, contra la sentencia de fojas quinientos treinta y cuatro, del treinta de abril de dos mil diez, que absuelve a FANNY MARICELA AYUQUE ARAUJO y JAIME PABLO MENDOZA DOROTEO, de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública -peculado- en agravio de la Empresa Caja Municipal de Ahorro y Crédito Huancayo S.A; interviniendo como ponente la Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad en parte con lo opinado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero:**

Agravios.- Que el representante del Ministerio Público, al fundamentar su recurso a fojas quinientos cuarenta y cinco, formula los agravios siguientes: **a).** que el Colegiado Superior no ha tenido en cuenta que en la dependencia en la que laboraban los procesados -Oficina de Huancavelica de la Caja Municipal de Huancayo- se realizaban diversas operaciones, entre ellas, la recepción de pagos, los que, en algunos casos, eran recibidos por los antes mencionados de parte de los usuarios, dinero que tenían obligación de depositar en la cuenta corriente de dicha entidad, y, luego, remitir los respectivos comprobantes de depósito, a la Oficina Principal, lo que no cumplieron, apoderándose de dichos fondos; **b).** que el hecho de que en los contratos de los procesados no se mencione, literalmente, la captación de dinero y correspondiente depósito, no implica, de modo alguno, que ello, en la práctica, no se haya dado, debiendo primar la realidad antes que lo señalado en el contrato, habiéndose generado una administración de hecho de los dineros que manejaban los procesados, y al haberse apropiado éstos de los mismos incurrieron en el delito de peculado; **Segundo: Imputación Fiscal.-** Se incrimina a los citados procesados, quienes laboraban en la entidad agraviada, haberse apropiado, en el periodo dos mil tres a dos mil cuatro, de la suma de diecisiete mil ochocientos cincuenta y ocho nuevos soles con cuarenta y ocho céntimos, pues algunos prestatarios de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito Huancayo S.A, lejos de realizar sus pagos en la Cuenta de Ahorro de aquella, lo hacían directamente y en efectivo a la procesada FANNY MARICELA AYUQUE ARAUJO, la que se desempeñaba como Promotora de la Oficina de Huancavelica, quien, para cubrir dichos pagos, remitía por fax los vouchers de otros clientes que sí habían pagado sus respectivas cuotas, sin el visto bueno de los analistas de crédito, lo que fue detectado por JAIME PABLO MENDOZA DOROTEO, quien se desempeñaba como analista de crédito y que también desarrolló la misma conducta que su co-procesada; **Tercero: Análisis.- I).** Conforme al artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal la figura penal de Peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para tercero, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; **II).** Que en cuanto a la fuente de atribución de tales deberes, al interior de la administración pública, nada impide que los servidores públicos que desarrollan determinadas labores inherentes a sus cargos específicos, paralelamente, puedan recibir y/o asumir de parte de sus superiores el ejercicio de determinadas funciones relacionadas a la percepción, administración o custodia de los recursos económicos de

dicha entidad; **Cuarto:** I). Que, en el caso de autos, el Tribunal Superior no ha efectuado un debido análisis de los hechos imputados, ni realizado una adecuada valoración de la prueba, ni tampoco ha llevado a cabo diligencias necesarias para esclarecer los hechos objeto de juicio. En efecto, revisada la sentencia materia de grado se constata que su pronunciamiento absolutorio, soslaya lo señalado líneas *ut supra,* habiendo adoptado como premisa de análisis el que los deberes de los procesados JAIME PABLO MENDOZA DOROTEO y FANNY MARICELA AYUQUE ARAUJO son, exclusiva y excluyentemente, los que emanan del tenor literal de sus contratos de locación de servicios, excluyendo cualquier otro tipo de deber; máxime si se ha omitido analizar en la recurrida la versión de la procesada FANNY MARICELA AYUQUE ARAUJO, en su declaración plenaria de fojas trescientos seis, en la que refirió que ella recibía, directamente, dinero de los clientes, pues así se lo ordenaron verbalmente sus superiores, uno de los cuales fue su co-acusado JAIME PABLO MENDOZA DOROTEO; II). De otro lado, se advierte, además, que la conclusión exculpante de ausencia de dolo por parte de la procesada FANNY MARICELA AYUQUE no se condice con el tenor de la Carta de Compromiso de Garantía de fojas treinta y uno, suscrita por la antes mencionada, a través de la cual reconoce haber recibido dinero de clientes deudores de la Caja, el que se quedó en su poder, y los cuales aparentaban estar justificados con vouchers de otros clientes que sí habían pagado en las oficinas bancarias; III). Que, por otra parte, no obstante la contradicción que se aprecia entre la declaración en acto oral del procesado JAIME PABLO MENDOZA DOROTEO, de fojas trescientos siete -quien indicó que sólo en dos o tres oportunidades recibió dinero de clientes de la Caja a cuenta de créditos refinanciados para hacer el trámite en la oficina de Huancavelica; y que se enteró que su co-acusada FANNY MARICELA AYUQUE ARAUJO había estado recibiendo pagos recién cuando se rescindió el contrato de esta última-; y la declaración plenaria de dicha encausada -quien, conforme se señaló precedentemente, aseveró que procedía a recibir dichos pagos por disposición de su co-procesado JAIME PABLO MENDOZA DOROTEO-; la diligencia de confrontación entre ambos acusados, no abarcó dicho punto controvertido, siendo necesaria una ampliación de dicha diligencia para efectos del debido esclarecimiento de los hechos; **Quinto:** Que, por consiguiente, al no haberse dilucidado debidamente los cargos formulados en la acusación, corresponde aplicar el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales; y, en consecuencia, rescindir la sentencia impugnada y convocar a un nuevo juicio oral con atención a las observaciones

planteadas en la presente Ejecutoria, sin que ello obste al Tribunal Superior a la actuación de nuevos medios de prueba que estime pertinentes y útiles al esclarecimiento del *thema probandum;* Por estos fundamentos, declararon **NULA** la sentencia de fojas quinientos treinta y cuatro, del treinta de abril de dos mil diez, que absuelve a FANNY MARICELA AYUQUE ARAUJO y JAIME PABLO MENDOZA DOROTEO, de la acusación por el delito contra la Administración Pública - peculado -en agravio de la Empresa Caja Municipal de Ahorro y Crédito Huancayo S.A; **MANDARON**: se realice un **NUEVO JUICIO ORAL** por otro Colegiado Superior, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente Ejecutoria; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

20. Peculado culposo

20.1. Definición de la culpa

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 2191-2010

Huancavelica

Lima, veinticuatro de junio de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el procesado VÍCTOR RAÚL ESCOBAR FERNÁNDEZ y el Procurador Público Regional del Gobierno Regional de Huancavelica -PARTE CIVIL-, contra la sentencia de fojas setecientos veintiuno, del veintisiete de abril de dos mil diez; el primero, en el extremo que lo condena como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado culposo simple, en agravio del Hospital Departamental de Huancavelica; a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año sujeto a reglas de conducta; y a un año de inhabilitación; fijando en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el encausado a favor de la entidad agraviada; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: Agravios.-** El acusado

VÍCTOR RAÚL ESCOBAR FERNÁNDEZ, al fundamentar su recurso a fojas setecientos cuarenta y ocho, formula los agravios siguientes: **a).** que la Sala Superior no ha tenido en consideración el marco de responsabilidades funcionales que competen directamente al recurrente en su condición de Jefe de Enfermería del Departamento de Medicina, pretendiendo atribuírsele, por tal condición, responsabilidad por deberes de cuidado de un bien patrimonial asignado a un departamento asistencial de un Hospital General, lo que no se corresponde con el Manual y el Reglamento de Organización y Funciones de los servidores asistenciales y administrativos del Hospital Departamental de Huancavelica, instrumentos legales de los que no trasciende una responsabilidad expresa ni implícita de que un Jefe de Departamento tenga la obligación de custodia o cuidado de los bienes asignados a cada departamento; **b).** que la impugnada ha omitido precisar si la responsabilidad del recurrente obedece a su calidad de Jefe de Enfermeros del Departamento de Medicina - UCI (cargo que ocupó desde el quince de setiembre de dos mil cinco hasta el diecisiete de setiembre de dos mil ocho) o a su condición de enfermero asistencial con turno nocturno desde las diecinueve horas del diez de mayo de dos mil siete, hasta las siete horas del día siguiente; **c).** que la condición de Jefe de Enfermeros del Departamento de Medicina, resulta irrelevante, dado que, conforme a los instrumentos de gestión - Reglamento y Manual de Operaciones y Funciones (ROF y MOF, respectivamente)-, al encausado, normativamente, no le era exigible observar deberes de cuidado respecto de los equipos del Departamento de Medicina; **d).** que en su condición de enfermero asistencial, con turno nocturno del diez al once de mayo de dos mil siete, tampoco le eran exigibles los deberes de cuidado antes precisados. Los equipos asignados a cada departamento asistencial son de exclusiva responsabilidad del Área de Patrimonio de la institución, así como del servicio de guardianía. De otro lado, la verificación física de los equipos es de competencia de los Técnicos en Enfermería, por lo que, en cada turno, éstos deben consignar expresamente en el cuaderno de inventario, control de equipos y materiales del servicio la existencia física de equipos y enseres de los diferentes servicios asistenciales, según se desprende del MOF respectivo; **e).** que si bien el turno de noche antes puntualizado (del diez al once de mayo de dos mil siete) correspondió al recurrente y a la Técnica en Enfermería Ninfa Normy Huarcaya Mendoza; y el posterior, del día once de mayo del mismo año al Licenciado en Enfermería Erick Román Taipe Curo y a su Técnico en Enfermería Raúl Líder Raúl Mendoza Fernández, de la copia fedateada del Cuaderno de Control de equipos y enseres del Departamento de Medicina a cargo de los Técnicos en

Enfermería se aprecia que el monitor multiparámetro fue consignado el día diez de mayo de dos mil siete, turno noche, por la Técnica en Enfermería Ninfa Norma Huarcaya Mendoza; mientras que el Técnico de relevo Raúl Líder Mendoza Fernández no consignó en dicho cuaderno de control que, al iniciar su turno, el referido monitor no se encontraba en su lugar, debiendo deducirse entonces que al momento que fueron relevados el recurrente y la antes mencionada, se encontraba en su lugar; **f).** que según el mismo cuaderno, el día once de mayo de dos mil siete, en el turno tarde, la Técnica en Enfermería consignó dos monitores multiparámetros, uno usado y otro nuevo, haciendo lo propio los Técnicos en Enfermería que estuvieron de turno los días subsiguientes, es decir, doce y trece de mayo de dos mil siete, turnos mañana, tarde y noche; ocurriendo que recién el día catorce de dicho mes y año, el Técnico en Enfermería Héctor Fernando Raymundo Casia, consignó un solo monitor, por lo que debe colegirse que el mencionado monitor no fue sustraído en el turno asistencial del suscrito; **g).** que la recurrida ha obviado ponderar la declaración testimonial de la enfermera María Piedad Capcha Atencio, quien ha indicado que el enfermero Erick Romaín Taipe Curo, al pasar visita a las ocho horas con quince minutos (de la fecha en referencia) no le refirió ningún problema, ni tampoco cuando se encontró con ella en los pasillos del hospital a horas doce del citado día, pese a que, según indicó este último, se percató de la desaparición del bien sustraído a las siete horas con cuarenta y ocho minutos; **h).** que corre en autos, copia certificada de la Resolución Directoral número cero veintiuno - dos mil diez -D-HD-D-HD-HVCA/ UP -ver fojas seiscientos treinta y seis-, mediante la cual se le absolvió de la imputación administrativa por presunta negligencia y descuido de funciones en la pérdida del monitor en referencia; **i).** que el Segundo Juzgado Penal de Huancavelica en el Expediente número cero cero ciento cincuenta y cuatro - dos mil diez - cero - mil ciento uno - JR-PE - cero dos, mediante resolución del dieciocho de marzo de dos mil diez, abrió instrucción contra Luis Alberto Retamozo Ccanto, técnico trabajador de lavandería del Hospital Departamental de Huancavelica, por la sustracción del monitor multiparámetro, existiendo un presunto responsable de la sustracción del referido bien; **Segundo:** Por su parte, la Procuraduría Pública Regional del Gobierno Regional de Huancavelica -PARTE CIVIL- cuestiona que la recurrida ha fijado por concepto de reparación civil la suma irrisoria de mil nuevos soles, la que no resulta proporcional al daño causado a la parte agraviada, teniendo en cuenta que el monitor multiparámetro está valorizado en veintiún mil trescientos nuevos soles; **Tercero: Imputación Fiscal.-** Según la acusación de fojas quinientos ochenta, se incrimina al encausado

VÍCTOR RAÚL ESCOBAR FERNÁNDEZ la pérdida, desaparición o sustracción -de la Unidad de Cuidados Intensivos del Hospital Departamental de Huancavelica- de un monitor multiparámetro (monitor cardíaco), marca BCI, modelo LAVISOR, y serie AMOS doce cero cero cincuenta y tres, valorizado en la suma de veintiún mil trescientos nuevos soles, cuando el referido equipo, en la fecha de los hechos (once de mayo de dos mil siete), se encontraba bajo la custodia del mencionado procesado, en su condición de Jefe de Enfermería del Departamento de Medicina del Hospital Departamental de Huancavelica; habiéndose conocido de la acción delictuosa cuando el servidor del citado Hospital, Licenciado en Enfermería Erick Román Taipe Curo, en la fecha anotada, después que hizo cambio de turno a horas siete con veinte minutos, aproximadamente, con su colega de labores, el acusado ESCOBAR FERNÁNDEZ, al dirigirse, a las siete horas cuarenta y cinco minutos, a la Unidad de Vigilancia Intensiva, a verificar los materiales, se dio con la sorpresa de que los monitores cardíacos habían sido cambiados del lugar donde se hallaban ubicados, es decir, que el monitor que debía estar en la puerta (el nuevo) no se encontraba, por el contrario, halló en su lugar, el monitor viejo, presumiendo inmediatamente que el monitor nuevo, es decir, el monitor multiparámetro, había sido sustraído, comunicando de tal incidencia al encausado VÍCTOR RAÚL ESCOBAR FERNÁNDEZ por intermedio de un teléfono celular, quien le contestó que no sabía absolutamente nada del monitor y que no se había percatado de ello durante su turno; **Cuarto:** Toda sentencia de condena, conforme se desprende del artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales, debe fundarse en suficientes elementos de prueba que acrediten sin atisbo de duda razonable la responsabilidad del acusado en el hecho imputado, por lo que a falta de tales elementos procede su absolución. En efecto, la responsabilidad penal sólo puede ser generada por una actuación probatoria que permita crear convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo procesado, la que se encuentra consagrada en el literal «e» del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado; **Quinto: Marco Normativo - Dogmático del delito imputado.- I).** El artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal describe como conducta típica la del agente que «por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos». Luego, conforme al Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis, *«se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero ...»*. Añadiendo: *«... Culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un*

hecho, diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito. Habrá culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no tome las precauciones necesarias para evitar sustracciones (...) vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público...»; **II).** Sin perjuicio de lo expuesto, los delitos imprudentes no son ajenos a las demás exigencias que deben darse en el caso concreto para imputar objetivamente un resultado. Así, según ZIELINSKY «...un resultado causado por la acción contraria al cuidado (...) es imputable sólo si en él se realiza, precisamente, el riesgo prohibido por la norma de cuidado (...) En este contexto, (...) la *«causalidad de la contrariedad al deber»* (...) habría que negar cuando, en caso de una supresión mental hipotética de la contrariedad al deber (...) el resultado se hubiera producido igualmente...»[10]. Y es que, en efecto, el resultado causado debe verse como la realización del riesgo creado por la conducta –culposa– del agente. Por tanto, corresponderá negar la imputación objetiva de dicho resultado en supuestos en que, por ejemplo, éste es producto de otros riesgos, ajenos al agente que se corresponden con deberes de cuidado exigibles a terceras personas. Confluye con lo anterior, el que, desde la perspectiva de la imputación subjetiva, es necesario que el agente haya tenido alguna previsibilidad del riesgo que representaba la infracción de los deberes de cuidado –exigibles a su persona– para la producción de un determinado resultado lesivo. En ese sentido, VILLAVICENCIO TERREROS, sostiene que «la previsibilidad objetiva se refiere a la posibilidad de previsión de cualquier ciudadano prudente en la producción del resultado típico»[11]; **Sexto: Análisis.- I).** Conforme al Dictamen Pericial sobre el Resultado de la Inspección Técnico Criminalística de fojas treinta y cuatro –Parte número once cero siete-VIII-DITERPOL-RPNP-HVCA/OFICRI- la hipótesis de la Policía Nacional del Perú sobre la forma cómo se habría perpetrado el hurto, se descarta que el bien apoderado se haya retirado por las ventanas del ambiente de donde se sustrajo, sino, necesariamente, haciendo uso de la puerta exterior, presumiéndose la participación de agentes con información privilegiada respecto a la forma particular cómo se abría la puerta que conducía al ambiente donde se hallaba el equipo materia del hurto, esto es, a través de una ventanilla que no tenía cerrojo de seguridad. Así, dicho informe, describe lo siguiente: *«...la Sección de Cuidados Intensivos, cuenta con una puerta de madera*

---

[10] ZIELINSKI, Diethart, *Dolo e Imprudencia* [traducción de Marcelo A. Sancinetti], Hammurabi, Buenos Aires, 2003, p. 120.

[11] VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho Penal. Parte General*, Grijley, Lima, 2006, p. 402.

contraplacada, en la parte del medio superior tiene una pequeña ventana de veinticinco por cuarenta centímetros (...) no cuenta con su armilla de seguridad, tan solo cierran utilizando un pedazo de esparadrapo quirúrgico, toda esta forma de abrir la puerta de acceso a los ambientes de cuidado intensivo, lo conocen los que laboran en esta sección (médicos, enfermeras, auxiliares, y personal de limpieza)...»; II). Según el Manual de Organización y Funciones del Servicio de [la] Unidad de Cuidados Intensivos –UCI– del Hospital Departamental de Huancavelica del año dos mil siete, que corre a fojas doscientos setenta y dos, el acusado VÍCTOR RAÚL ESCOBAR FERNÁNDEZ detentaba la condición de Enfermero Jefe de Unidad de Cuidados Intensivos, –ver fojas doscientos ochenta– siendo parte de sus funciones, entre otras, «*Coordinar con los diferentes departamentos de hospitalización para el buen funcionamiento del servicio y mantenimiento de equipos*»; así como «*realizar el inventario parcial y total de materiales y equipos del servicio de UCI cada mes*» –ver fojas doscientos ochenta y tres–. Lo significado, explicaría el porqué su persona aparece a fojas sesenta suscribiendo el Acta de Entrega número cero setenta y dos - dos mil cinco, relativo a la recepción del bien sustraído por parte del Hospital, puntualizándose en dicho documento que el cuidado del mismo «*es de uso exclusivo y responsabilidad total del responsable del Departamento de Medicina del Hospital Departamental de Huancavelica*»; III). Se desprende de lo expuesto, que el citado encausado, no por su condición de Enfermero en el turno que precisa la imputación (deviniendo en tal sentido inoficioso abordar los agravios a que se contraen los acápites «d», «e», «f» y «g» del Considerando Primero), sino por su condición de Enfermero Jefe de UCI, contrariamente a lo sostenido en su recurso –ver acápites «a», «b», y «c» del precitado Considerando–, sí tenía determinados deberes relacionados con el adecuado uso e intangibilidad del patrimonio de dicha Unidad que jefaturaba. Empero, aún, aceptándose que la falta de suficiente aseguramiento de la puerta interior que conducía a la Sección de Cuidados Intensivos del Hospital en referencia, hubiera podido constituir, de alguna forma, un factor causal para la sustracción del bien en mención (estando al aprovechamiento que de esa anomalía hicieron los agentes del hurto, lo que se condice con lo indicado por el propio acusado - acápite «i» del Primer Considerando– en cuanto a que la persona que viene siendo investigada como autor del hurto fue un trabajador del servicio de lavandería del propio Hospital); cierto es que lo atribuido al procesado VÍCTOR RAÚL ESCOBAR FERNÁNDEZ no satisface, en estricto, los criterios de imputación objetiva del resultado e imputación subjetiva de previsibilidad que exige el delito que se le incrimina. En efecto, es evidente que a fin de impedirse que los bienes

que se encuentran al interior de un recinto hospitalario sean objeto de apoderamiento, debieron ser pasibles de cobertura los riesgos relacionados a la salida exterior, los mismos que demandaban deberes de cuidado de competencia del personal de vigilancia o guardianía. Consiguientemente, no dando cuenta la imputación de cómo así estos últimos hayan podido ser parte de los deberes de cuidado exigibles al procesado, el resultado acontecido no aparece como producto de la conducta atribuida a este último; no advirtiéndose tampoco cómo así el encausado pudo o debió prever o representarse que su no aseguramiento de la puerta interna en referencia era potencialmente causal para la posibilidad de que el equipo sea sustraído del recinto hospitalario; máxime si se tiene en cuenta los controles que al interior del mismo le compete efectuar al personal médico en cada turno; **Sétimo**: Que lo antes razonado, conlleva a concluir que en el presente proceso, conforme aconteció en vía administrativa (ver acápite «h» del Primer Considerando de la presente Ejecutoria), no se ha establecido la responsabilidad penal del procesado en el delito imputado, no habiéndose podido desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste; por lo que corresponde disponer su absolución conforme al artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales; Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas setecientos veintiuno, del veintisiete de abril de dos mil diez; que condenó a VÍCTOR RAÚL ESCOBAR FERNÁNDEZ como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado culposo simple, en agravio del Hospital Departamental de Huancavelica; a un año de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año sujeta a reglas de conducta; un año de inhabilitación; fijando en mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar al agraviado, sin perjuicio de la restitución del monitor multiparámetro objeto de sustracción o su valor; y **reformándola ABSOLVIERON** al procesado VÍCTOR RAÚL ESCOBAR FERNÁNDEZ de la acusación fiscal por el delito y agraviado antes citados; **MANDARON**: la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de dicho delito, así como el archivamiento del proceso; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

21. Definición de los elementos típicos del delito de peculado

21.1. Naturaleza pública del dinero

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 497-2010

Junín

Lima, veinte de mayo de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por las acusadas ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA y NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO contra la sentencia de fojas mil ciento cuarenta y tres, del siete de diciembre de dos mil nueve, que las condenó por los delitos contra la Administración Pública - peculado - y contra la Fe Pública - falsificación de documentos - en agravio de la Escuela Nacional Superior de Bellas Artes del Perú - Sede Jauja, ENSABAP, Municipalidad Provincial de Jauja y el Estado Peruano, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida, por el periodo de dos años, bajo reglas de conducta; asimismo, les impuso inhabilitación por el periodo de un año, fijando en mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor del Estado, a razón de quinientos nuevos soles cada una, sin perjuicio de la devolución del monto apropiado; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** Que la condenada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA, en sus escritos de fojas mil ciento sesenta y uno y mil ciento sesenta y seis, sustenta su recurso en los siguientes agravios: **a).** que no se ha tenido en cuenta que la citada procesada tenía la calidad de Coordinadora Académica y que estaba supeditada a la Dirección Ejecutiva de la Escuela de Bellas Artes de Lima, lo que se demuestra con el Convenio Inter-institucional que se firmó el veintitrés de abril de dos mil tres -fojas cuatrocientos setenta y ocho a cuatrocientos noventa y nueve- que no exhibió la parte agraviada (Municipalidad Provincial de Jaén); **b).** que no se ha considerado el Oficio número cero ochenta y seis - dos mil cinco - JUE-ENSABAP -fojas ochocientos ochenta y nueve-, firmado por el Jefe de la Unidad Ejecutora número veintiuno, comunicándose al Alcalde que la procesada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA no es responsable del manejo del dinero que se perciba por concepto de ingresos propios y el que revierte a la Municipalidad; **c).** que la responsabilidad es de la comuna al haber contratado a una persona que se encargaba de dichos manejos, quien debía dar cuenta al despacho de la Alcaldía o al Gerente Municipal por escrito, hecho que no se dio cuando su co-procesada NEDDA

CAROLINA CAZZA MATEO desempeñaba el cargo de Secretaria de la Escuela de Bellas Artes Sede Jauja, lo que se demostró al ser ésta examinada en Juicio Oral, así como con el Informe número cero veintiocho - dos mil cinco - fojas novecientos sesenta y cuatro - que la misma dirigió al despacho del Alcalde de la Municipalidad de Jauja, detallando sus funciones como secretaria y responsable de los manejos de los ingresos que se efectuaban en la Escuela de Bellas Artes - Sede Jauja; asimismo, no se ha tomado en cuenta la manifestación del señor Michaell Alfredo Chamorro Orihuela, Contador General de la Municipalidad de Jauja -fojas doscientos treinta y siete a doscientos treinta y nueve- quien identifica a NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO como la persona responsable del manejo de los caudales que provenían de los ingresos propios de la referida Escuela; **d).** que su defensa también presentó -de fojas cuatrocientos setenta y ocho a cuatrocientos noventa y nueve- informes sobre irregularidades que realizó la co-procesada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO como son la falta de dinero, la no entrega de los documentos concernientes a la Administración de la Escuela de Bellas Artes - Sede Jauja, los balances económicos, así como la existencia de faltantes de dinero; **e).** que ha sido irrelevante para el Colegiado Superior la manifestación del representante de la Escuela de Bellas Artes Sede Jauja -fojas doscientos treinta y dos a doscientos treinta y tres- en la que indica cómo se manejaban los caudales de esta institución y quién era la encargada de dicho manejo, lo que es corroborado con el documento que suscribe el señor Michaell Chamorro Orihuela en el Informe número cero treinta y seis - dos mil cinco CONT/MPJ, de fecha veintinueve de agosto que remite al Procurador de la Municipalidad Provincial de Jauja, con la finalidad de que se regularice el manejo de los caudales de ingresos y de presupuesto que remite la Municipalidad de Jauja a la Escuela de Bellas Artes Sede Jauja, incluyendo los dispósitivos legales y la forma cómo deben ser manejados dichos dineros; **f).** Que la motivación de la sentencia condenatoria se basa en lo manifestado por la co-procesada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO, quien señaló haber sido coaccionada por la recurrente para que se le haga entrega de dinero proveniente de los ingresos que percibía la Escuela de Bellas Artes - Sede Jauja, argumento infantil por cuanto la primera de las mencionadas estaba supeditada al despacho de la Alcaldía y a la Gerencia Municipal, demostrando con documento que provenían de ella y del informe que emitió el señor Michaell Chamorro Orihuela; **g).** Que en cuanto a la imputación por el delito de falsificación de documento, se ha demostrado, en forma contundente, que la recurrente ORIANA VALENTINA RIVERA

HERMOZA no ha realizado falsificación alguna de documentos, pero, sin embargo, se le ha atribuido la responsabilidad de un documento (Boleta de Venta número cinco mil ochocientos cuarenta y uno de la entidad comercial Centro de Matizadores «NILTON» donde se ha incluido las palabras «Confección de Insignias «), habiéndose establecido que no se ha causado perjuicio; **h)**. Que la co-procesada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO manifestó que al momento de ingresar a trabajar como Secretaria de dicha Institución su co-procesada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA le encargó funciones que no eran compatibles con su cargo, y que ella estaba bajo su dirección y cumplía órdenes; sin embargo, la señorita Andrea Milagros Reyes Palacios, ex Secretaria de la referida Escuela, ha manifestado que tenía, dentro de sus funciones, el cobro de pensiones, matrículas, realizaba compras y que todo lo relacionado al manejo del dinero de la caja chica estaba bajo la supervisión del Gerente Municipal y que en el caso de ausencia de caja chica en la Escuela, las necesidades eran requeridas directamente a la Municipalidad, con lo que se puede inferir que las secretarias no pueden estar bajo las órdenes de una Coordinadora Académica, pues esta última sólo debía elaborar *syllabus*, informes académicos, proyectos de gestión educativa social, además de coordinar con la Dirección General todo lo concerniente a las actividades académicas; **i)**. que lo afirmado por la procesada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO sobre las órdenes de tipo verbal que recibía de su co-procesada no se encuentra sustentado con prueba alguna; **j)**. Que resulta totalmente ilógico señalar que la acusada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA como Coordinadora Académica (cargo desempeñado en el Área Académica), habría tenido en percepción, administración o custodia los caudales de la Escuela, y que éstos hayan sido utilizados en provecho propio o de terceros, pues para la configuración del delito de peculado se requiere de una relación funcional específica del agente, siendo que en su caso no hubo ninguna acción de captar o recibir los caudales o efectos, tampoco administró, puesto que ello implica manejar y conducir los caudales, y menos aún custodió puesto que ello implica protección, vigilancia, no ejerciendo tenencia material directa; **k)**. Que resulta indispensable que se sancione como co-autor a quien se inscribe conscientemente en el plan conjunto, por lo que se requiere la presencia de acuerdo mutuo. En el presente caso, las encausadas nunca acordaron algún ilícito; **Segundo**: Por su parte, la sentenciada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO, en su escrito de fojas mil ciento setenta y cuatro, alega: **a)**. Que según es de verse de su Contrato de Locación de Servicios, no está probado que haya sido contratada como Tesorera de la Escuela Nacional de Bellas

Artes Sede - Jauja, pues desempeñaba el cargo de Secretaria, por el contrario, se le asignó funciones que no debía realizar y que no figuraban en su contrato, habiendo recibido órdenes impartidas por su co-acusada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA, y, en tal sentido, el desacatar una orden impartida por esta última, hubiera significado contravenir a su superior jerárquico; **b).** Que quien tenía mandato y dominio es la co-procesada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA, significándose que nunca actuó en forma concertada con esta última, habiendo sido la primera quien actuó con dolo y voluntad «porque anteriormente tuvo una secretaria (...) [que] conocía el desenvolvimiento económico de tal sede como Coordinadora Académica»; **c).** Que los *memorándums* de fojas ochocientos ochenta y cuatro, ochocientos noventa y tres, ochocientos noventa y cinco, ochocientos noventa y ocho, ochocientos noventa y nueve y novecientos, dirigidos por su co-encausada a su persona, demuestran que siempre ha mostrado dominio, «subordinación», capacidad de mando en el manejo administrativo y económico de la sede institucional; **d).** Que incluso en la confrontación que tuvieron su co-procesada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA señaló: «De alguna manera estaba subordinada a mi persona» (sic), habiéndole impartido a la recurrente un cargo para el cual no había sido contratada, esto es, como Tesorera; **e).** Que en mérito al Oficio número cero ochenta y seis -JUE-ENSABAP-L de fecha once de mayo de dos mil cinco, el Director de la Escuela Superior de Bellas Artes, Leslie Lee Crosby, autoriza a la persona de ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA utilizar fondos de «caja chica» de ENSABAP filial Jauja; **f).** Que en el Dictamen Pericial de fojas mil ochenta, el perito de parte Aldo Puente Valer, ofrecido por la recurrente, ha establecido que las boletas incriminadas números cero cero tres mil veintinueve y cero cero tres mil novecientos veintiséis no provienen del puño gráfico escritural de su persona, advirtiéndose no ser autora ni responsable de la adulteración de estas boletas, y que el Dictamen de fojas mil setenta y cinco y mil setenta y nueve respecto a la Boleta de Venta número cero cero cinco mil ochocientos cuarenta y uno, los peritos oficiales han concluido que la adulteración corresponde a la co-procesada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA; **g).** Que el Colegiado Superior no solicitó el Reglamento de Organización y Funciones de ENSABAP – Jauja, para clarificar el verdadero rol que deben desempeñar los trabajadores de dicha casa de estudios, es decir, si fue contratada como Secretaria si esa era su finalidad, y al haber sido designada como Tesorera se quiebra la responsabilidad que asumió en un hecho de sumisión y obediencia; **Tercero: Imputación Fiscal.-**

Que según la acusación fiscal de fojas setecientos cincuenta y dos, se les imputa a las acusadas ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA y NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO que, en su calidad de Coordinadora Académica [la primera], y Secretaria [la segunda], de la Escuela Nacional Superior Autónoma de Bellas Artes - Sede Jauja, percibieron ingresos por concepto de matrículas, pago de pensiones y otros en el año dos mil cinco, dinero que debieron haber ingresado al área de Tesorería de la Municipalidad Provincial de Jauja; sin embargo, dispusieron o utilizaron en forma indebida para provecho propio la suma ascendente a cuatro mil novecientos setenta y dos nuevos soles con veinte céntimos, conforme aparece del Informe número cero treinta y cinco - dos mil cinco - CONT/MPJ, asimismo, se les atribuye haber realizado gastos sin autorización de la Gerencia Municipal los que han sido sustentados con documentos que no tienen valor contable, también habrían adulterado boletas de venta con las cuales pretendían sustentar los faltantes de dinero; **Cuarto: Marco Normativo.-** I). Que conforme al artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal la figura penal de Peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para tercero, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo; II). Acorde con tal descripción típica, los presupuestos materiales del referido ilícito son: a). la naturaleza pública de los caudales objeto de protección; b). la relación funcional del agente con dichos caudales de la que dimanan sus atribuciones de percepción, administración o custodia de los mismos (las que pueden darse juntas o separadamente); y c). la apropiación o utilización indebida infringiendo el agente sus deberes en relación a aquellos; III) Luego, la *apropiación* supone que el sujeto activo del delito, lejos de observar los deberes positivos que le competen para preservar la integridad de los caudales que se le confía recibir, quebranta el mandato prohibitivo de no apartarlos, en parte, o en su totalidad, de la esfera de dominio de la entidad pública agraviada, e, ilícitamente, los hace suyos, incorporándolos al ámbito de su patrimonio propio, o, eventualmente, de tercero; **Quinto: Análisis.- A. Naturaleza pública de los dineros percibidos por la entidad agraviada:** I). La Escuela Nacional Superior Autónoma de Bellas Artes del Perú –conforme se precisa a fojas cuatrocientos ochenta y uno– «es una institución pública que brinda servicios de educación superior con autonomía académica, económica y administrativa por mandato de la Ley número veintitrés mil seiscientos veintiséis, razón por la que los dineros recibidos por aquella constituyen, evidentemente, caudales públicos; II). Según el Convenio Marco de Cooperación y Apoyo Inter-

institucional de fojas cuatrocientos ochenta y uno, celebrado entre la Escuela Nacional Superior Autónoma de Bellas Artes del Perú y la Municipalidad Provincial de Jauja, esta última quedaba obligada a subvencionar el financiamiento de la Escuela, siendo en ese contexto que ésta era pasible de los alcances de la Resolución Directoral número cero trece - dos mil cinco - EF/setenta y siete punto quince, que establecía la obligación de hacer los depósitos que correspondía a la Municipalidad con una inmediatez de veinticuatro horas -ver fojas cuarenta-. Luego, si bien la entidad municipal resultaba siendo la destinataria final de los recursos percibidos por la primera, cierto es que éstos últimos mantenían su carácter de fondos públicos; **B. Facultades de percepción y administración de las procesadas respecto a dichos caudales.- I).** Que teniendo en cuenta que buena parte de los agravios de las recurrentes inciden en controvertir que los cargos que ocupaban (Coordinadora Académica y Secretaria) no constituían fuente de atribución de vínculo funcional de éstas con caudales públicos -ver acápites «a», «c», «j» del Primer Considerando, y acápites «a» y «g» del Segundo-; es menester significar que al interior de la administración pública los servidores públicos que desarrollan determinadas labores inherentes a sus cargos específicos, paralelamente, puedan recibir el encargo de ejercitar funciones relacionadas a la percepción, administración o custodia de los recursos económicos que genere dicha entidad; por ende, el no rechazo a aquellas, encierra, evidentemente, una aceptación de las mismas. Así, en el caso de autos, si bien la procesada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA tenía vinculación contractual con la Escuela para desempeñarse como Coordinadora Académica, y su co-acusada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO para labores de Secretaria, cierto es que la primera de las nombradas, por ser la máxima responsable de la Escuela en la sede de Jauja -según ella misma lo ha reconocido a fojas novecientos dieciocho-, formaba parte de sus funciones la de velar por el correcto uso de los recursos de dicha institución; siéndole de recibo la disponibilidad jurídica sobre los mismos; mientras que la segunda, por el otorgamiento de función delegada por la primera, conforme lo ha reconocido a fojas ciento cincuenta y cinco- detentaba la disponibilidad física o inmediata sobre aquellos (como tesorera); precisamente en base a la relación de subordinación que la última de las mencionadas acentúa en sus agravios (ver acápites «b», «c» y «d» del Segundo Considerando); debiendo significarse, en este último caso, la testimonial de Andrea Milagros Reyes Palacios, Secretaria anterior a la co-procesada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO -periodo marzo de dos mil cuatro a

diciembre del mismo año- quien a fojas doscientos sesenta y ocho y siguiente, indicó que cuando ingresó a laborar a la Escuela recibió de la Gerencia Municipal el encargo de realizar cobros de las pensiones y matrículas, los que se depositaban en el banco, en una cuenta de la Municipalidad; **II)**. Más aún, se evidencia que las citadas procesadas actuaban conscientes de que les eran exigibles los deberes de derivar los recursos percibidos por la Escuela a la Municipalidad Provincial de Jauja, o, en su defecto, de sustentar los egresos realizados; además, se advierte que existía una aceptación y reconocimiento de otros funcionarios respecto al ejercicio de los mismos por parte de ellas. Al respecto, resultan ilustrativos tanto el Informe número veinte - dos mil cinco/ SEC-ENSABAP-J, de fojas novecientos cuarenta y nueve, -su fecha veintisiete de mayo de dos mil cinco-, suscrito por ambas encausadas, mediante el cual las dos se dispensan frente a la Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Jauja por el no cumplimiento oportuno de los depósitos de dinero que correspondía efectuar a favor de ésta; como el Oficio número cero treinta y uno - dos mil cinco - ENSABAP-J-CA, de fojas novecientos cuarenta y seis, -su fecha ocho de julio de dos mil cinco-, suscrito por la acusada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA, dirigido al Procurador Público de la Municipalidad de Jauja, solicitando la ampliación del plazo para poder sustentar los gastos informados sin documentación sustentatoria; **C. Actos de Disposición de ambas procesadas respecto de los dineros recibidos por la Escuela.- I)** En lo atinente al hecho de que ambas procesadas llevaron a cabo actos de disposición en relación a los caudales que recibía la Escuela, se tiene la declaración uniforme, a lo largo del proceso, de la encausada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO en el sentido que efectivamente con dichos dineros cubrieron gastos a favor de la Escuela, añadiendo que en su caso siempre lo hizo con autorización o por órdenes de su co-procesada -ver fojas ciento cincuenta y siete; doscientos veintiséis y novecientos setenta y cinco-; **II)**. De otro lado, no obstante la negativa de la acusada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA -ver fojas ciento cincuenta y tres y doscientos setenta y tres- de reconocer que también ella, de manera directa, sufragó gastos con tales dineros, obran en autos -ver fojas ciento veintitrés, ciento veinticinco, ciento treinta y cinco y ciento treinta y seis - Declaraciones Juradas suscritas por la citada procesada, en las que, de modo contrario a su versión, aparece ella dando cuenta de haber realizado determinados gastos; **D. De la ausencia de sustento.- I)**. Fijado lo antes expuesto, del Informe Pericial de fojas trescientos noventa y tres -suscrito por los contadores públicos María Elena Victoria Romero y Víctor Araujo Yachi, ratificado por

ambos a fojas cuatrocientos cuarenta–, cuyo análisis se contrae al movimiento económico del tres de enero al doce de mayo de dos mil cinco, a fojas trescientos noventa y seis, se precisan las conclusiones siguientes: **a)**. que del total de ingresos percibidos por la Escuela Nacional Superior Autónoma de Bellas Artes – Sede Jauja (por el pago de pensiones y otros) ascendente a la suma de siete mil treinta nuevos soles, lo depositado a la Tesorería de la Municipalidad Provincial de Jauja (según Comprobante de Ingreso de Rentas Municipales del veintiséis de mayo de dos mil cinco) sólo fue de dos mil ochenta y tres nuevos soles con treinta céntimos, de lo que resulta un faltante de cuatro mil novecientos cuarenta y seis nuevos soles con setenta céntimos; **b)**. que las procesadas no depositaron el íntegro de la recaudación por concepto de pago de pensiones y otros correspondiente a la Escuela Nacional Superior de Bellas Artes - Sede Jauja; **II)**. Habiendo analizado las instrumentales ofrecidas como sustento de gastos –ver fojas cuarenta y uno y siguientes– los mismos peritos emitieron una Ampliación de Peritaje Contable –ver fojas seiscientos cincuenta y seis, en cuyas conclusiones de fojas seiscientos sesenta y tres, añadieron que las boletas de venta y declaraciones juradas de proveedores y usuarios que fueron presentados no tenían la autorización respectiva de los funcionarios de la Escuela Nacional Superior Autónoma de Bellas Artes ni de la Municipalidad Provincial de Jauja; **E. Del Sustento Falso.- I)**. En el Dictamen Pericial de Grafotecnia número setenta y ocho – cero siete –VIII-DIRTEPOL/ OFICRI-SG-HYO –suscrito por los peritos Luis D. Araujo Reyes y Héctor Ambrosio Rivas– a fojas trescientos diecinueve, se concluyó que la copia de las boletas de venta número cero cero tres mil veintinueve – Usuario; número cero cero cinco mil ochocientos cuarenta y uno – Usuario; y número cero cero cero quinientos veintiséis – Adquirente; son boletas de venta que presentan alteración fraudulenta por adición en sus contenidos; **II)**. En el primer Informe Pericial de líneas *ut supra* –ver fojas trescientos noventa y seis– se señaló también que de la documentación exhibida por la entidad agraviada se desprende que existen recibos de pago de pensiones y otros que carecen de veracidad por estar adulterados; puntualizándose, a fojas trescientos noventa y cinco, entre otras observaciones, las siguientes: **i]** que, del primer talonario, el recibo de pago de pensiones, de fecha diez de marzo de dos mil cinco, se encuentra con borrones; **ii]** del segundo talonario, el recibo de ingreso número cero cero trescientos sesenta y seis se encuentra adulterado; y **iii]** en el tercer talonario, el recibo número cero cero cero cuatrocientos treinta y tres se encuentra adulterado; **III)**. Por otro lado, la Pericia de Grafotecnia número

doscientos doce - cero nueve - VIII-DIRTEPOL-OFICRI-HYO -suscrita por los peritos Juan Jesús Andrade Guzmán y José Daniel Inga Ortiz-, a fojas mil cincuenta y cinco, delimitó como «muestra incriminada» (sic) las boletas de venta número cero cero tres mil veintinueve -precisada en el acápite «D.1.a»- y la número cero cero cero quinientos veintiséis -precisada en el acápite «D.1.b»-, y, a fojas mil sesenta, concluye que «los manuscritos cuestionados que se detallan minuciosamente en el acápite (D-1-a) (...) se establece técnica y objetivamente que proviene del mismo puño gráfico escribiente; es decir, fueron trazados por la persona de NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO» (sic). En este punto, merece destacarse que las conclusiones respecto a las mismas boletas por parte del Dictamen Pericial Grafotécnico de parte -ver fojas mil ochenta y tres- (contrariamente a lo enfatizado en los agravios (acápite «f» del Segundo Considerando), no enervan la precitada conclusión, ello, habida cuenta de la insuficiencia que denota el procedimiento comparativo adoptado por este último («homologación de grafías») circunscrito a solo dos caracteres, tal y como así se aprecia a fojas mil ochenta y cuatro y siguiente, conforme fue puesto de manifiesto en el debate pericial respectivo de fojas mil noventa y dos y siguientes; **IV).** Que, a fojas mil setenta y nueve, la Ampliación del Dictamen Pericial de Grafotecnia número doscientos veintisiete - cero nueve - VIII-DIRTEPOL-OFICRI-HYO -ratificada por ambos a fojas mil sesenta y cuatro- concluye que los manuscritos adulterados que aparecen en la boleta de venta de número cero cero cinco mil ochocientos cuarenta y uno [que corre a fojas mil setenta y cuatro, emitida por el Centro de Matizados «NILTON» del veintidós de abril del dos mil cinco, por el importe de veinticuatro nuevos soles], fueron trazados por la procesada ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA. En este punto, merece significarse que el objeto de análisis de esta Pericia Ampliatoria se circunscribió, precisamente, a lo que fue materia de la tacha formulada a fojas mil sesenta y uno -oralizada en audiencia a fojas mil cuarenta y ocho- por la encausada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO [relacionada a la Boleta de Venta por veinticuatro nuevos soles, emitida por Centro de Matizados NIILTON], deviniendo así esta última en carente de sustento material; **Sexto: Conclusiones.- I).** Conforme a lo expuesto, queda claro que a las procesadas ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA y NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO les fue confiado los caudales que recibía la Escuela Nacional Superior de Bellas Artes - sede Jauja, surgiendo de tal vinculación material y funcional que detentaban ambas frente a dichos fondos, el deber de cumplir con hacer entrega de los mismos, en forma íntegra,

a la Municipalidad Provincial de Jauja; **II).** Frente a tal exigencia que recaía en las procesadas, de una entrega total de dichos fondos, ciertamente, resulta atendible (como en efecto lo han hecho las acusadas) el que tenían que cubrir necesariamente con estos dineros determinados gastos imprescindibles para el funcionamiento de la Escuela. Luego, si bien es posible oponer este tipo de egresos, denominados de «caja chica» a la exigencia de una entrega íntegra de dichos fondos (conforme así lo alegan las recurrentes en sus agravios a que se contraen los acápites «b» y «h» del Primer Considerando y «e» del Segundo); empero, tal posibilidad debe aparejar, evidentemente, la debida acreditación de haberse efectivamente realizado los mismos; de lo que resulta, por elemental sentido de lógica que, en ausencia de dicha justificación o de sustentación con documentación falsa, tales egresos deben reputarse inexistentes, y, por ende, concluirse que lo que no se gastó fue objeto de apropiación ilícita; **III).** Que lo antes razonado conlleva a tener por acreditado que, en el presente caso, ambas procesadas, ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA y NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO lejos de haber procurado la correcta utilización de los recursos públicos a su cargo, los han hecho suyos, conforme se infiere de haber omitido sustentar debidamente el destino dado a éstos, y, lo que es peor, llevando a cabo una sustentación falsa, perpetrando así los dos ilícitos penales imputados; resultando relevante, a efectos de la determinación del momento consumativo, el Informe número cero veintiocho - dos mil cinco/SEC-ENSABAP de fojas novecientos sesenta y cinco, su fecha **quince de julio de dos mil cinco**, a través del cual la acusada NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO dirigiéndose a la Alcaldía de la Municipalidad Provincial de Jauja comunicaba remitirle *«las boletas de venta que sustenta[ban] los gastos realizados en los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo [de dicho año], los mismos que fueron informados sin documentación»*; **Sétimo:** En lo relativo a la pena, considerando el concurso real de delitos subyacente al caso de autos, a saber: peculado -previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, con una pena conminada no menor de dos ni mayor de ocho años-; y falsificación de documentos (falsificación de documentos privados según se precisa en la recurrida) - previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete del mismo Código- que sanciona dicho ilícito con una sanción no menor de dos ni mayor de cuatro años; la pena impuesta resulta benigna, no pudiendo corregirse en este extremo pues hacerlo implicaría afectar el principio de la interdicción de la reforma peyorativa, dado que las únicas recurrentes son las procesadas; encontrándose ajustada a derecho la pena de inhabilitación conforme

lo dispone el artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal en concordancia con el artículo treinta y seis inciso dos; ocurriendo lo propio respecto al monto de la reparación civil y la devolución de lo que ha sido materia de apropiación; Por estos fundamentos, declararon: NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil ciento cuarenta y tres, del siete de diciembre de dos mil nueve, en el extremo que condenó a ORIANA VALENTINA RIVERA HERMOZA y NEDDA CAROLINA CAZZA MATEO por los delitos contra la Administración Pública -peculado- y contra la Fe Pública -falsificación de documentos- en agravio de la Escuela Nacional Superior de Bellas Artes - Sede Jauja, ENSABAP, Municipalidad Provincial de Jauja y el Estado Peruano, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, inhabilitación por el término de un año para ejercer cualquier función, cargo o comisión; fijando en mil nuevos soles el monto por concepto de reparación civil a favor del Estado, a razón de quinientos nuevos soles cada una, sin perjuicio de la devolución del monto apropiado; con lo demás que contiene y es materia del presente recurso; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

22. Peculado agravado

22.1.- Pronunciamiento absolutorio adolece de motivación defectuosa y evidencia vicio insalvable

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 767-2010

Santa

Lima, veintisiete de mayo de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del distrito judicial del Santa, contra la sentencia de fojas mil doscientos doce, del once de noviembre de dos mil nueve, que absolvió a JACK WILFREDO CASTILLO CASTILLO, ELVER MORÁN PURIZAGA, ARTURO FRANCISCO

VILLENA TIRAPO, CELESTINO MATA MARIÑOS, SECUNDINO SINECIO CAMPOS CUEVA, SANTIAGO JAVIER ALAYO REMIGIO, JUAN ARANDA VILLANUEVA y WIL VILLANUEVA RAMOS, por delito contra la Administración Pública – peculado agravado– en agravio del Estado – [Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social] MIMDES FONCODES – Núcleo Ejecutor de la Obra Pequeña Trocha Carrozable Quirobamba San José IBIC III Municipalidad Distrital de Conchucos; archivándose de manera definitiva los autos; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** La recurrente, al fundamentar su recurso a fojas mil doscientos treinta, formula los agravios siguientes: **a).** que fluye de autos que FONCODES aprobó el proyecto de la «Pequeña Trocha Carrozable – Quirobamba – San José, IBIC III», disponiendo la constitución de un Núcleo Ejecutor, y para su ejecución se celebró el Convenio número veinticinco – dos mil cuatro – cero cuarenta y cinco, del quince de setiembre de dos mil cuatro, con la Municipalidad Distrital de Conchucos y MIMDES, por un monto de doscientos nueve mil quince nuevos soles, **b).** que a los procesados JACK WILFREDO CASTILLO CASTILLO y ARTURO FRANCISCO VILLENA TIRAPO, se les designó como Supervisor y Residente de dicha obra, infiriéndose que los profesionales antes mencionados estaban vinculados a la administración y fiscalización del correcto manejo de los recursos destinados a la obra antes señalada; **c).** que el encausado JACK WILFREDO CASTILLO CASTILLO – Supervisor - debía fiscalizar el correcto manejo de los recursos recibidos, cautelando que éstos se empleen en estricto orden y con el cumplimiento de los presupuestos de financiamiento; **d).** que el procesado SECUNDINO SINECIO CAMPOS CUEVA – Tesorero – debía cautelar la correcta utilización de los fondos entregados por FONCODES, así como observar, con el Supervisor, las condiciones que aparejaban los desembolsos, informando documentalmente de los gastos efectuados; **e).** que del Informe número setenta y siete – dos mil siete–FONCODES/SS/JAC, se puede apreciar que la Obra «Pequeña Trocha Carrozable – Quirobamba – San José, IBIC III» no ha sido culminada al cien por ciento, existiendo un faltante de cuentas por rendir en la suma de noventa y cuatro mil trescientos treinta y cuatro nuevos soles con noventa y siete céntimos, los que no habrían sido utilizados en la ejecución de la obra, no habiendo sido tampoco sustentados, presumiéndose un beneficio para los antes mencionados; **f).** que el Informe Pericial Contable de fojas mil ciento setenta y siete, determina que existe un faltante de noventa y tres mil cuatrocientos noventa y tres nuevos soles con noventa y siete céntimos; **Segundo: Imputación Fiscal.-** Según la acusación de fojas novecientos

setenta y ocho, se les atribuye a los miembros del Núcleo Ejecutor de la Obra Pequeña Trocha Carrozable Quirobamba - San José - JBIC III: JACK WILFREDO CASTILLO CASTILLO (Residente), ELVER MORÁN PURIZAGA (Supervisor Inicial), ARTURO FRANCISCO VILLENA TIRAPO (Supervisor), CELESTINO MATA MARIÑOS (Presidente Final), SECUNDINO SINECIO CAMPOS CUEVA (Tesorero), SANTIAGO JAVIER ALAYO REMIGIO (Fiscal), JUAN ZACARÍAS ARANDA VILLANUEVA (Secretario) y WIL VILLANUEVA RAMOS (Presidente Inicial), irregularidades durante la ejecución del referido Proyecto, el cual fue celebrado conjuntamente con la Municipalidad Distrital de Conchucos y MIMDES por Convenio número veinticinco - dos mil cuatro - cero cuarenta y cinco, del quince de setiembre de dos mil cuatro, asignándose para tal efecto el monto de doscientos nueve mil quince nuevos soles; sin embargo, conforme al Informe número cero setenta y siete - dos mil siete - FONCODES/SS/JAC, se determinó un avance físico real de la obra sólo en un setenta y cuatro punto ochenta y cinco por ciento, con estado de inconclusa y colapsada, estableciéndose que respecto a la suma de noventa y cuatro mil trescientos treinta y cuatro nuevos soles con noventa y siete nuevos céntimos no se ha rendido cuenta debidamente documentada, pese a los requerimientos notariales en levantar las observaciones a la preliquidación de la obra; **Tercero: Análisis.-** De la revisión y estudio de autos se aprecia que la Sala Superior, a fojas mil doscientos dieciséis, ha absuelto a los encausados, sustentando su decisión en que la pericia actuada en el juicio oral, que corre a fojas mil ciento setenta y siete, omitió analizar la información ofrecida por el acusado JACK WILFREDO CASTILLO CASTILLO [que corre en cuadernillos desagregados del Expediente Principal con los rótulos «Informe de Pre Liquidación número uno», «Informe de Pre Liquidación número dos» e «Informe Complementario de Pre Liquidación número dos»]; pese a que la consecuencia lógica de dicha deficiencia era disponer que la referida pericia - cuyas conclusiones, la connotan como una prueba de cargo (ver fojas mil ciento setenta y ocho y siguiente y siguiente)- sea materia de una ampliación; por lo que la emisión del pronunciamiento absolutorio que se cuestiona, adolece de motivación defectuosa y evidencia vicio insalvable. Por ende, conforme al artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, corresponde ser anulado, para que, en un nuevo juicio oral, se ordene una pericia ampliatoria en la que se analice la documentación omitida precisada líneas *ut supra*; debiendo practicarse, además, otras diligencias que se estimen necesarias para el debido esclarecimiento de los hechos incriminados; ello, a fin de establecerse fehacientemente la responsabilidad o inocencia de los acusados; Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de

fojas mil doscientos doce, del once de noviembre de dos mil nueve, que absolvió de la acusación fiscal a JACK WILFREDO CASTILLO CASTILLO, ELVER MORÁN PURIZAGA, ARTURO FRANCISCO VILLENA TIRAPO, CELESTINO MATA MARIÑOS, SECUNDINO SINECIO CAMPOS CUEVA (y no SEGUNDO SINECISO CAMPOS CUEVA como erróneamente se consignó en la recurrida), SANTIAGO JAVIER ALAYO REMIGIO, JUAN ARANDA VILLANUEVA y WIL VILLANUEVA RAMOS, por delito contra la Administración Pública -peculado agravado- en perjuicio del Estado -MIMDES FONCODES- Núcleo Ejecutor de la Obra Pequeña Trocha Carrozable Quirobamba San José IBIC III Municipalidad Distrital de Conchucos; **MANDARON**: se lleve a cabo un nuevo Juicio Oral por otra Sala Penal Superior, debiendo ordenarse la actuación probatoria precisada en la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema; y las demás diligencias que se estimen pertinentes para el debido esclarecimiento de los hechos; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

23. Nulidad de sentencia absolutoria

23.1. La figura del cómplice

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 473-2010

Arequipa

Lima, diecinueve de mayo de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Pública Especializada en Asuntos de la Policía Nacional del Perú contra la sentencia de fojas mil cuatrocientos noventa y cinco, del ocho de setiembre de dos mil nueve, que absuelve a TEÓFILO DÍAZ DÍAZ, en calidad de autor, a JORGE LUIS PINEDA RAMOS, como cómplice primario, y a MILTON WILBER GARCÍA GARCÍA, como cómplice secundario, por el delito de peculado en agravio del Estado, representado por el Procurador Público del Ministerio del Interior a cargo de los asuntos de la Policía Nacional del Perú; asimismo, absuelve a JORGE LUIS PINEDA RAMOS por el delito de FALSEDAD GENÉRICA en agravio también del Estado, representado por el citado

Procurador Público; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** La recurrente, al fundamentar su recurso a fojas mil quinientos veinticuatro, formula los agravios siguientes: **a).** que el proceso penal tiene como finalidad alcanzar la verdad concreta y para ello se debe evaluar debidamente los actuados a fin de probar la existencia o inexistencia del ilícito; evidenciándose, en el presente caso, que no se han agotado todas las diligencias necesarias para el esclarecimiento de los hechos; **b).** que los procesados, con su accionar delictivo, han infraccionado el principio de lesividad, el mismo que, como hemos visto, han puesto en peligro bienes jurídicamente protegidos por la sociedad, debiendo ser sancionados penalmente; **Segundo: Imputación Fiscal.-** De la acusación de fojas mil trescientos diecinueve, trasciende: **I).** Que, se le incrimina al encausado TEÓFILO DÍAZ DÍAZ haberse apropiado de combustible que era asignado a dos vehículos: camioneta de placa de rodaje KR – veintisiete cuarenta y ocho y la unidad Comancar KR – treinta y seis cincuenta y nueve, en una cantidad aproximada de tres galones y medio de gasolina diarios del primero y cuatro galones y medio también diarios de gasolina del segundo, haciendo un total de ocho galones diarios de gasolina, durante el periodo comprendido entre el dieciocho de enero de dos mil cinco y diez de febrero de dos mil seis, habiéndose apropiado para sí, en su calidad de funcionario público, de dicho combustible asignado a la Policía Nacional del Perú, cuya administración le fue confiado por su cargo de Mayor PNP y Jefe de la Comisaría Sectorial de Caravelí; **II).** Que, respecto a JORGE LUIS PINEDA RAMOS se le imputa tener la calidad de cómplice primario, por haber prestado auxilio, dolosamente, para la realización del hecho punible antes precisado, pues su conducta ha sido la de llenar los registros de abastecimiento de combustible y del recorrido de los vehículos policiales, en coordinación con su co-procesado TEÓFILO DÍAZ DÍAZ, los que no se ajustan a la realidad, pese a haber sido su persona el encargado de la logística de la Comisaría y, como tal, tenía conocimiento del combustible que llegaba a dicha dependencia y la cantidad abastecida a los vehículos policiales, habiendo efectuado los registros que se le atribuyen para justificar y evitar se descubra el hecho delictivo; **III).** En lo atinente a MILTÓN WILBER GARCÍA GARCÍA se le atribuye la calidad de cómplice secundario del mencionado ilícito, pues durante los periodos en que se quedaba como encargado de logística y chofer de los precitados vehículos policiales cuando no se encontraba su co-encausado JORGE LUIS PINEDA RAMOS,

específicamente, durante el mes de enero de dos mil seis, avalando la conducta delictiva del co-procesado TEÓFILO DÍAZ DÍAZ, lo asistió y le prestó apoyo en cuanto al llenado de los registros de combustible, pese a que los vehículos antes referidos no eran abastecidos regularmente como se indicaba, teniendo pleno conocimiento de la apropiación del combustible por parte del citado encausado; **IV).** Por otro lado, al asumir la Jefatura Provincial de Caravelí, el acusado TEÓFILO DÍAZ DÍAZ nombró como chofer de los precitados vehículos a JORGE LUIS PINEDA RAMOS, quien, a su vez, estaba encargado del área de logística, pero no designó operadores para ninguna de dichas unidades vehiculares, a pesar de ello, este último, procedió a llenar el registro denominado «control diario del vehículo Comancar de placa de rodaje KR - treinta y seis cincuenta y nueve», y el libro signado como «control diario del vehículo camioneta Nissan, de placa de rodaje KR - veintisiete cuarenta y ocho», así como la relación diaria de personal policial que aparecen como asignados en calidad de operadores de los vehículos policiales durante los años dos mil cinco y dos mil seis, información que ha sido negada por la mayoría de efectivos policiales que han prestado servicios en dicha Comisaría y durante el indicado periodo; habiendo registrado que, cada día, ambos vehículos, eran abastecidos de combustible a las ocho de la mañana por el Mayor PNP TEÓFILO DÍAZ DÍAZ cuando, en realidad, este abastecimiento no era verificado por su persona, pues únicamente, se efectuaba de forma esporádica, evidenciándose, que se trata de un documento público y que se ha registrado con la intención de justificar el uso de la dotación de combustible en la Comisaría de Caravelí, aparentando normalidad en el uso del mismo, con el consiguiente perjuicio al Estado, propiciando que se siga dotando, en forma regular, de combustible para dicha dependencia policial, pese a que el abastecimiento era esporádico y sólo en el vehículo tipo camioneta (de placa KR - veintisiete cuarenta y ocho), mas no en la unidad Comancar (de placa KR - treinta y seis cincuenta y nueve); **Tercero: Análisis.-** De la revisión y estudio de autos se aprecia lo siguiente: **i)** que el origen de la investigación preliminar -que derivó en la formalización de denuncia de fojas ochocientos veintisiete- lo constituye el Informe A/D número doscientos sètenta y cuatro - dos mil siete -IGPNP- COOINDES-IT.A.DI-Etres de fojas cuatro, emitido por la Inspectoría Territorial de la Policía Nacional del Perú, sede Arequipa; **ii)** que por auto de fojas ochocientos treinta y uno, del diecinueve de noviembre de dos mil siete, se abrió proceso contra los encausados antes mencionados por los precitados delitos, comprendiendo como agraviado al Estado «representado por el

Procurador Público del Ministerio del Interior a cargo de los Asuntos de la Policía Nacional del Perú» (sic); **iii)** que, diligenciándose el exhorto dispuesto a fojas mil ciento setenta y tres, librado a fojas mil doscientos veinte, el Cuadragésimo Primer Juzgado Penal de Lima, recibió a fojas mil doscientos veintisiete, la declaración preventiva de la señora Procuradora Pública del Ministerio del Interior; **iv)** que a fojas mil doscientos treinta y uno, mediante auto del veintitrés de mayo de dos mil ocho, se tuvo por constituida en Parte Civil a la letrada Nora Isabel Chacaltana Galdo, en su calidad de Procuradora Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Ministerio del Interior relativos a la Policía Nacional del Perú», resolución que le fue notificada mediante exhorto, conforme consta a fojas mil doscientos noventa y cinco; **v)** que formulada la acusación a fojas mil trescientos diecinueve, se expidió el auto superior de enjuiciamiento de fojas mil trescientos veinticuatro, del once de mayo de dos mil nueve, en cuyo Considerando Sétimo se dispuso: «*(...) con relación al agraviado, éste se ha constituido en Parte Civil, debiendo ser notificado con el inicio del juicio oral en su domicilio procesal señalado en autos por esta única vez, previniéndole para que señale domicilio procesal en esta ciudad*». –ver fojas mil trescientos veinticinco–; disponiéndose, a su vez, que la Secretaría de Sala «*realice los diligenciamientos necesarios para asegurar una efectiva notificación de las partes procesales*» –ver fojas mil trescientos veintisiete–; **vi)**. que, no obstante lo anterior, no corre en autos constancia de la notificación del precitado auto a la Procuraduría Pública del Ministerio Interior a cargo de los asuntos judiciales de la Policía Nacional del Perú; **vii)**. que la omisión antes anotada (ausencia de notificación) ha dado lugar a que dicho sujeto procesal no haya tenido participación en el Juicio Oral, habiéndosele privado a la parte agraviada de proponer prueba para el mejor esclarecimiento de los hechos; lo cual, evidentemente, pone de manifiesto una indiscutible afectación al debido proceso; máxime si se tiene en cuenta que emitida la sentencia el ocho de setiembre de dos mil nueve, ésta - vía courier -le fue notificada recién, según consta a fojas mil quinientos trece, con fecha quince de diciembre del mismo año, es decir, casi tres meses después de la lectura del fallo; **Cuarto**: Que se suman a la precedente, las constataciones siguientes: **I)**. que la solicitud probatoria formulada, a fojas mil trescientos veintitrés, por la Fiscalía en su acusación, en el sentido de que se reciban en acto oral las declaraciones de los testigos de cargo Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú Roberto Tapia Lozano, Edward Otero Barriga, y Luis Sarayasi Mejía, fue admitida a fojas mil trescientos veintiséis en el auto superior de enjuiciamiento, no obstante, la misma Sala, a fojas mil trescientos setenta y siete dejó sin efecto el

proveído de dichos testimonios «debido a que ya ha[bían] declarado en la etapa prejurisdiccional» (sic), fundamento este último inválido, pues no solo no existe impedimento alguno para que los antes mencionados hayan tenido que declarar en audiencia, sino que es precisamente el juicio oral el estadio propicio para que sean examinados por el Colegiado sentenciador, con sujeción al principio de inmediación, así como, por las demás partes procesales para dar concreción al principio contradictorio, debiendo, por ende, prescindirse de recibirse dichas testimoniales en el acto oral sólo por motivos de enfermedad, de no ubicación y otros de carácter excepcional; lo que no aconteció en el caso de autos; debiendo disponerse su concurrencia en el nuevo juicio oral que se programe; **II)**. que pese a ser el marco temporal de imputación el periodo enero de dos mil cinco a febrero de dos mil seis, la pericia de valoración de fojas mil cuatrocientos sesenta y seis precisa como su fuente de información el Acta de Verificación de fojas cuatrocientos sesenta, su fecha catorce de diciembre de dos mil seis, la misma que describe el abastecimiento de combustible y la cantidad utilizada a esa fecha, lo cual evidencia no ser de aporte al esclarecimiento de los hechos, lo que hace necesario la emisión de una nueva pericia cuyo objeto de análisis deba ser congruente con el *thema probandum* de la presente causa penal; consideraciones por las que la recurrida, de conformidad con lo dispuesto en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, merece ser invalidada; Por estos fundamentos, declararon **NULA** la sentencia de fojas mil cuatrocientos noventa y cinco, del ocho de setiembre de dos mil nueve, que absuelve a TEÓFILO DÍAZ DÍAZ, en calidad de autor; a JORGE LUIS PINEDA RAMOS, como cómplice primario; y a MILTON WILBER GARCÍA GARCÍA, como cómplice secundario, por el delito de peculado en agravio del Estado, representado por el Procurador Pública del Ministerio del Interior a cargo de los asuntos de la Policía Nacional del Perú; asimismo, absuelve a JORGE LUIS PINEDA RAMOS por el delito de FALSEDAD GENÉRICA en agravio también del Estado, representado por el citado Procurador; **MANDARON**: se lleve a cabo un nuevo Juicio Oral por otra Sala Penal Superior teniendo en cuenta la parte considerativa (Tercer y Cuarto Fundamento) de la presente Ejecutoria Suprema; debiendo actuarse las demás diligencias que se estimen pertinentes; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

24. Absolución en materia de peculado

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1272-2010

Apurímac

Lima, treinta de junio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la los sentenciados Alejandro Paulino Torres Chilingano, Gregorio Quintanilla Cárdenas, el representante del Ministerio Público, y la parte civil contra la sentencia de fojas mil ciento cuarenta de fecha veintiocho de enero de dos mil diez; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Villa Stein**; y **CONSIDERANDO: Primero: I.-** Que, los sentenciados Alejandro Paulino Torres Chilingano y Gregorio Quintanilla Cárdenas, en sus recursos de fundamentación de agravios de fojas mil ciento setenta y cuatro y mil ciento setenta y siete esgrimen: i.- que, no son funcionarios públicos, sino campesinos de escaso grado de instrucción, y que aceptaron el cargo a fin de lograr el desarrollo de su pueblo, ii.- que, no se apropiaron de ninguna suma de dinero, ni mucho menos favorecieron para que otro se apropie de caudales del Estado, y iii.- que, están exentos de toda responsabilidad en atención a lo prescrito en el artículo quince del Código Penal, acorde a ello, no fueron debidamente capacitados para asumir el cargo ni tienen conocimiento de la administración de fondos. **II.** El representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad de fojas mil ciento ochenta y cuatro, impugna el extremo absolutorio del procesado José Lázaro Sierra, aseverando: i.- que éste en su condición de supervisor de obra, tuvo injerencia y participación directa en la compra de la madera y el cemento, bienes que llegaron a la obra parcialmente, desconociéndose el destino de la cantidad faltante, ii.- que, la pericia contable de folios novecientos cincuenta y uno, establece la existencia de gastos indebidos por parte del núcleo ejecutor, los cuales ascienden a seis mil cuatrocientos treinta y ocho nuevos soles, y iii.- no se tomó en cuenta que el encausado José Lázaro Sierra Landa aceptó haberse apropiado dinero a cuenta de sus honorarios profesionales. Por otro lado, en cuanto a los procesados sentenciados, relieva que si bien es cierto son comuneros, empero, reconocieron que recibieron capacitación, es decir,

que actuaron con pleno conocimiento y no obstante ello permitieron la apropiación; por lo que, estando a la naturaleza de los hechos, no resulta proporcional el quantum de la pena impuesta. **III.** Que la parte civil en su recurso de fundamentación de agravios de fojas mil ciento ochenta aduce que, no se encuentra conforme con el extremo que absuelve a José Lázaro Sierra Landa, Supervisor de Obra, toda vez que tenía la función de supervisar y controlar el avance físico y financiero de la obra; sin embargo, permitió que el residente Roberto Huamán Lacuta, con autorización del mismo José Sierra Landa, asumiera funciones que son propias del Tesorero del Núcleo Ejecutor y adquirió, en forma individual, madera y cemento a pesar de estar prohibido delegar y aceptar funciones. Asimismo, del Informe de Preliquidación se evidencia la ausencia de documentos sustentatorios de gasto de viáticos, irregularidad permitida por el encausado José Lázaro Sierra Landa, al haber autorizado el viaje y que se le entregue dinero para la compra de madera, evidenciándose que el residente se encontraba coludido con el supervisor Sierra Landa para incurrir en los ilícitos denunciados. **Segundo:** Que, trasciende de la acusación fiscal de fojas cuatrocientos sesenta y dos, que los hechos materia de proceso, provienen del Convenio número doscientos cuarenta y dos - cero cero - cuatrocientos - ciento veintisiete, suscrito en noviembre del dos mil cuatro entre FONCODES-Abancay con el Núcleo Ejecutor conformado por los encausados Alejandro Paulino Torres Chilingano (Presidente), Gregorio Quintanilla Cárdenas Tesorero (Tesorero), Santiago Allende Saavedra (Secretario) y Carlos Najarro Laura (Fiscal); asumiendo el encausado Roberto Huamán Lacuta el cargo de Residente de obra, y designándose como Supervisor al encausado José Lázaro Sierra Landa; para la construcción del puente carrozable Pichiupampa-Huaccana-Chincheros-Apurímac; proyecto que tenía como presupuesto la suma de ciento cuarenta y tres mil ochocientos cuarenta punto diez. Es del caso que en el marco de la ejecución de dicho proyecto, los encausados, aprovechando el cargo que ostentaban se habrían apropiado de un monto considerable de dinero, para lo cual sobrevaloraron los precios en la compra de bienes, efectuaron pagos no autorizados; siendo en total nueve mil ochocientos diez, setenta y cuatro el resultado de estos malos manejos de los fondos del proyecto. Que estas irregularidades en la ejecución del proyecto - Puente Carrozable Pichiupampa - Huaccana, se produjo porque los procesados incumplieron sus funciones que les correspondía. **Tercero:** Que, fijado lo anterior debemos relievar que los recurrentes Alejandro Paulino Torres Chilingano y Gregorio Quintanilla Cárdenas, sostienen que cuando ellos retiraban el dinero - **cuyo manejo y administración**

estaban encargados únicamente al Tesorero Gregorio Quintanilla Cárdenas y al Residente Roberto Huaman Lacuta –encargado de la dirección técnica y coejecución de la obra, así como de la capacitación técnica–, conforme a lo establecido en el Convenio número doscientos cuarenta y dos cero cero cuatrocientos ciento veintisiete (folios seis) - , dicho dinero era entregado al encausado Roberto Huamán Lacuta (Residente de obra); y era él quien finalmente disponía de los mismos. **Cuarto:** Que, en este orden de ideas, se concluye que la conducta atribuida a los encausados Alejandro Paulino Torres Chilingano y Gregorio Quintanilla Cárdenas, carece del elemento doloso; más aún, si reparamos en su falta de instrucción, conocimiento y experiencia en el manejo de fondos. **Quinto:** Que, en lo que respecta al encausado José Lázaro Sierra Landa, la sentencia materia de grado lo absuelve, atendiendo a que no existe relación funcional para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar los fondos o caudales bajo mención; en efecto, la posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor, debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, a mérito de lo cual, el autor ostenta la facultad de disposición de los mismos, exigencia que en el caso del referido procesado no se encuentra acreditado. Por estos fundamentos: declararon **I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintiocho de enero de dos mil diez, de fojas mil ciento cuarenta, en el extremo, que absolvió a José Lázaro Sierra Landa como autor del delito contra la Administración Pública - peculado en agravio del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social –FONCODES– Abancay y el Estado; **II. HABER NULIDAD** en el extremo de la referida sentencia, en cuanto, condenó a Alejandro Paulino Torres Chilingano y Gregorio Quintanilla Cárdenas como autores del delito contra la Administración Pública – peculado - en agravio del Fondo Nacional de Compensación y Desarrollo Social –FONCODES– Abancay, y el Estado; a dos años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de un año, además de la pena de inhabilitación por el periodo de un año, y fija en mil quinientos nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán pagar los sentenciados en forma solidaria a favor de la parte agraviada, sin perjuicio de devolver lo indebidamente apropiado; y **REFORMANDOLA** los absolvieron de la acusación fiscal por el citado delito y agraviados; **DISPUSIERON** el archivo definitivo del proceso; asimismo, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso. Interviniendo el señor Juez Supremo Santa María Morillo por vacaciones del señor Juez Supremo Calderón Castillo; asimismo, interviniendo la Doctora

Juez Suprema Villa Bonilla por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.-

SS.

VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
SANTA MARÍA MORILLO
VILLA BONILLA

25. Peculado

25.1. Nulidad de la absolución

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 739-2010

Ucayali

Lima, veinticuatro de mayo del dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad contra la sentencia de fojas tres mil trescientos noventa y ocho, del trece de enero de dos mil diez, que: **I). absolvió** a: VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, ROBIN EDHAR NAJAR GUEVARA, CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA, MARTHA GARCÍA PAREDES, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ e IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - PECULADO - ; **II). absolvió** a: ISAAC HUAMÁN PÉREZ, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios en la modalidad de NEGOCIACION INCOMPATIBLE; **III. absolvió** a: MARTHA GARCÍA PAREDES, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO e ISAAC HUAMÁN PÉREZ, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Fe Pública - FALSEDAD GENÉRICA -; y **IV. condenó** a: CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA como autora de los delitos contra la Administración

Pública - Corrupción de Funcionarios en la modalidad de NEGOCIACION INCOMPATIBLE - y contra la Fe Pública - FALSEDAD GENÉRICA, a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años bajo el cumplimiento de reglas de conducta y al pago de cinco mil nuevos soles de reparación civil; todos en agravio del Estado - Consejo Transitorio de Administración Regional de Ucayali (actualmente Gobierno Regional de Ucayali); interpuestos por la Fiscalía y Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Gobierno Regional de Ucayali (PARTE CIVIL) en los extremos de la absolución de los citados encausados; y, en el caso de la última de las nombradas, además, en lo relativo al monto de la reparación civil; así como por la sentenciada CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA en lo atinente a la condena dictada en su contra; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad en parte con el Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: Agravios de la Fiscalía:** El representante del Ministerio Público, a fojas tres mil cuatrocientos noventa y tres, indica que la comisión de los delitos investigados, así como la responsabilidad penal de los acusados se encuentra debidamente acreditada con el Informe Especial número cero ochenta y tres - dos mil dos . CG/LR «Examen Especial del Consejo Transitorio de Administración Regional de Ucayali en el periodo de enero [del] dos mil a marzo del dos mil uno», realizado por la Contraloría General de la República, la cual constituye una prueba irrefutable; **Segundo: Agravios de la Parte Civil:** La Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Gobierno Regional de Ucayali, en su escrito de fojas tres mil cuatrocientos setenta y cuatro, señala: **I).** que la resolución cuestionada no ha realizado una idónea y prolija valoración de los medios de prueba que se ofrecieron al momento de interponer la denuncia, así como las incorporadas durante la secuela del proceso, evidenciándose suficientemente elementos de juicio que configuran la comisión de los injustos penales investigados, así como la responsabilidad penal de todos los acusados; **II).** que la reparación civil impuesta a la sentenciada CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA ascendente al monto de cinco mil nuevos soles, es muy ínfimo, teniendo en cuenta el perjuicio causado al Estado, solicitando en tal sentido que éste sea elevado; **Tercero: Agravios de la Condenada CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA:** La sentenciada, en su escrito de fojas tres mil cuatrocientos ochenta y dos, respecto a la condena dictada en su contra por los delitos de negociación incompatible y falsedad genérica [por irregularidades en el proceso de selección y contratación para la producción de un documental de la Región Ucayali sin haberse

recibido la prestación del servicio, ocasionando perjuicio económico al CTAR UCAYALI por cincuenta y un mil novecientos sesenta y ocho nuevos soles] formula los siguientes agravios: **a).** que el delito de negociación incompatible con el cargo es de naturaleza dolosa, siendo que en su caso no existe prueba de ninguna clase que acredite que la citada procesada se haya interesado, indebidamente, es decir, en contra del ejercicio de su función, en la suscripción de los contratos cuestionados, y menos se ha probado que haya beneficiado a un tercero o que ella se haya aprovechado de su cargo funcional en provecho propio; **b).** que no se ha probado en ninguna forma ni en la instrucción ni en el juicio oral que el proceso cuestionado haya sido simulado, en todo caso ¿cuál de los actos se simuló, el contrato o el proceso de selección? La sentencia le ha dado prueba plena a una constatación actuada a nivel de investigación preliminar, es decir, a la prueba pre - constituida, y no ha adoptado ninguna medida en el extremo de la falsedad genérica para probar que los documentos que dieron lugar al proceso de selección - que no estuvo a cargo de la procesada - sean falsos, pues no se ha actuado ninguna prueba en ese sentido; **Cuarto: Hechos Imputados.-** Según la acusación de fojas mil setecientos cincuenta, los hechos imputados son: **I). «CASO 3».- «En el año mil novecientos noventa y nueve y primer semestre del año dos mil uno, la administración del CTAR - Ucayali, autorizó pagos irregulares de incentivos a la productividad a ex secretarios técnicos, así como a servidores que no cumplieron con la condición de laborar la jornada adicional por un monto total ascendente a ochenta y cinco mil quinientos treinta y cinco nuevos soles,** el que se divide en: **a). Pagos irregulares de incentivos a la productividad de ex secretarios técnicos (nivel F - seis) por un importe de nueve mil seiscientos nuevos soles** *[ACUSADOS: CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA, VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y ROBIN EDHAR NÁJAR GUEVARA por el delito de PECULADO]* Mediante Oficio número ciento cincuenta y uno - noventa y nueve CTAR UCAYALI/P-ST del veintisiete de abril de mil novecientos noventa y nueve, el procesado VICENTE RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en su condición de ex secretario técnico, remitió a la Dirección Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas la nómina actualizada de las PEAs , incluyendo de manera irregular al nivel F-seis (secretarios técnicos) - teniendo como sustento una copia simple de un fax proveniente del CTAR La Libertad, con información modificada - pese a tener conocimiento que dicho beneficio sólo alcanzaba al nivel F-cinco, además de haberse fijado la suma de mil ciento veinte nuevos soles, el cual superaba la escala máxima

establecida por el Ministerio de la Presidencia, y si bien esta propuesta fue planteada en los Consejos Transitorios de Administración de Huánuco, La Libertad y Arequipa; sin embargo, no fue aprobada por el Ministerio de la Presidencia, y, por ende, no era factible su aplicación, tal como se confirma con los Oficios número ciento setenta y ocho – dos mil uno -EF/ setenta y seis punto quince; cuatrocientos uno – dos mil uno - EF/ setenta y seis punto quince; y cuatrocientos cincuenta y uno – dos mil uno - EF/ setenta y seis punto quince del quince de febrero, nueve de abril y dos de mayo de dos mil uno, respectivamente; en los que se establece que tal beneficio no alcanza a los funcionarios de los niveles F-seis y F-siete, habiéndose ocasionado con ello un perjuicio económico al CTAR Ucayali por la suma de nueve mil seiscientos nuevos soles; **b). Pagos de incentivos por un total de setenta y cinco mil novecientos treinta y cinco nuevos soles a servidores que estuvieron de vacaciones y personal que no cumplió con la condición de laborar la jornada adicional** *[ACUSADA: CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA por el delito de PECULADO]:* Que al confrontarse las tarjetas de control de asistencia con las planillas y los comprobantes de pago -mediante los cuales se efectivizaron los incentivos a la productividad- al personal nombrado y contratado del CTAR Ucayali, en el periodo enero del dos mil a junio del dos mil uno, se ha constatado que algunos servidores que se encontraban de vacaciones se les pagó irregularmente incentivos a la productividad por un importe de cuarenta y dos mil trescientos sesenta nuevos soles, sin haberse acreditado que este personal haya compensado las horas no laboradas; asimismo, en los meses de abril y junio del dos mil uno, se ha autorizado pagos de incentivos a la productividad hasta por la suma de treinta y tres mil quinientos setenta y cinco nuevos soles a servidores que no cumplieron con la condición de laborar un mínimo de tres horas adicionales a la jornada oficial de siete horas con cuarenta y cinco minutos, situación que se originó por la negligencia de los funcionarios que elaboraron y autorizaron las planillas de incentivos, quienes, a pesar de tener conocimiento sobre las condiciones que debieron cumplir estos servidores para tener derecho al pago de los incentivos a la productividad, haciendo caso omiso, autorizaron los pagos en forma irregular con lo que permitieron que estas personas se beneficien indebidamente, causando un perjuicio económico; **II). «CASO 4».- «Irregularidades en el Proceso de Selección y Contratación para la producción de un documental de la Región Ucayali sin haberse recibido hasta la fecha la prestación del servicio ocasionando un perjuicio económico al CTAR UCAYALI por cincuenta y un mil novecientos sesenta y ocho** *[ACUSADOS:*

CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA / ISAAC HUAMÁN PÉREZ E IVONNE RODRÍGUEZ MONTALBÁN (reo ausente) por los delitos de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE y FALSEDAD GENÉRICA] Que dicho proceso de selección careció de transparencia, moralidad y equidad al verificarse que no existe el cargo de recepción del Oficio Múltiple, cursado a la Compañía América Televisión, así como los cargos de invitación a otras empresas, ni los términos de referencia del proceso de selección correspondiente, que contemple las características del servicio a contratar y el valor referencial, que permita a la entidad agraviada comparar las propuestas técnicas y económicas de los postores, así como determinar la modalidad del proceso de selección y los plazos de los cuales debían sujetarse los postores para la presentación de sus propuestas y la adjudicación de la buena pro, tal como lo establece el artículo doce de la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado -. Que si bien se han hallado tres propuestas económicas de las empresas JVR Producciones SAC por sesenta y ocho mil nuevos soles; Compañía Peruana de Radiodifusión S.A América Televisión por cincuenta y dos mil nuevos soles; y Postvisión S.R.L. por veinte mil ochocientos dólares, recibidos por la Gerencia de Administración, de fechas doce de febrero, así como dos y seis de marzo del dos mil, respectivamente; sin embargo, al realizarse las verificaciones del caso, se constató que las propuestas de las empresas Postvisión SRL y JVR Producciones SAC han sido obtenidas de manera irregular, con la finalidad de simular un proceso de selección, para favorecer indebidamente a la empresa América Televisión, con la que se suscribió el Contrato de Locación de Servicios número trescientos veintiocho del dos de mayo de dos mil, para realizar un documental sobre los usos y costumbres de las provincias de la Región Ucayali, no estableciéndose el vencimiento del plazo contractual; no obstante lo cual, ochenta seis días después, se suscribió el Contrato de Locación de Servicios número quinientos treinta y dos, de fecha veintisiete de julio del mismo año, cuyo objeto ya incluía el contrato anterior (documental sobre los usos y costumbres de las provincias de la Región Ucayali) por un monto de cincuenta y un mil ochocientos cuarenta nuevos soles, el mismo que no tiene antecedentes de haberse llevado un proceso de selección, por lo que ha sido suscrito de manera irregular para favorecer a la empresa contratista; habiendo el CTAR Ucayali pagado a la citada empresa televisora cuarenta y un mil seiscientos nuevos soles en lo que respecta al primer contrato y diez mil trescientos sesenta y ocho nuevos soles en relación al segundo, sin haberse transmitido el documental contratado; **III). «CASO 5».-**

«Irregularidades en los Viáticos otorgados a la Ex Presidenta Ejecutiva del CTAR UCAYALI, así como a funcionarios médicos y personal asistencial de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali por la suma de veintiún mil setecientos setenta y seis nuevos soles con veintiocho céntimos. *[ACUSADOS: PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, WALTER RAMÓN LEVEAU BARTRA, MARTHA GARCÍA PAREDES, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ Y MARÍA ELISA MORY GONZALES VIA por los delitos de PECULADO y FALSEDAD GENÉRICA]* En este punto, precisa la acusación que en relación a la procesada Olga Zarela Ríos del Aguila [Ex - Presidenta Ejecutiva del CTAR UCAYALI], la acción penal se extinguió por muerte de la misma; en tanto que con relación a los antes mencionados, luego de la evaluación selectiva de viáticos y rendiciones de cuentas correspondientes al periodo dos mil, se comprobó que algunos funcionarios médicos y servidores asistenciales cobraron viáticos por un total de nueve mil novecientos cincuenta y dos nuevos soles para trasladarse, en comisión de servicios a diferentes localidades, fuera de la ciudad de Pucallpa, ocurriendo que al revisarse las tarjetas de control de asistencia, se ha evidenciado que dichos funcionarios, en los días que presuntamente cumplían comisión de servicios, en realidad, se encontraban laborando en la entidad o con licencia por enfermedad o goce físico de vacaciones; debiendo considerarse, además, que estas fechas, en su mayoría, se trataban de días no laborables, como es sábado y domingo, y que las rendiciones de cuenta solo se sustentaron en declaraciones juradas, mas no mediante comprobantes de pago, no habiéndose tampoco acreditado los informes de las labores realizadas, tal y conforme lo establece la Directiva número cero cero nueve - noventa y nueve - CTAR - UCAYALI-P-ST-GRPPDI-SGDI sobre «Normas para el otorgamiento de pasajes, viáticos y asignaciones a los funcionarios y servidores en comisión de servicio dentro del territorio nacional del pliego cuatrocientos sesenta y dos -CTAR UCAYALI», por lo que estos servidores se apropiaron indebidamente de los fondos del Estado, causando un perjuicio económico al Estado por la suma de nueve mil novecientos cincuenta y dos nuevos soles, además de falsear la verdad en cuanto a viajes no realizados; **Quinto: Acción Penal prescrita en el caso de los delitos de Negociación Incompatible y Falsedad Genérica.- I).** Conforme lo tiene establecido el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez /CJ- ciento dieciséis, su fecha dieciséis de

noviembre de dos mil diez, «... 6. la institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable. 7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución...»; **II).** Según se precisó en el acápite «III)». del Cuarto Considerando – «Caso 4»-, los hechos imputados relativos a presuntas irregularidades en el proceso de selección y contratación para la producción de un documental de la Región Ucayali, habrían acontecido en el año dos mil, atribuyéndoseles a los acusados CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA e ISAAC HUAMÁN PÉREZ (así como a la reo ausente Ivonne Rodríguez Montalbán) la atribución de dos delitos: negociación incompatible y falsedad genérica; **III).** Este Supremo Colegiado advierte que apartándose de la tipificación del auto de procesamiento –ver fojas sesenta y seis– tanto la acusación –ver fojas mil setecientos sesenta y ocho–, como la propia sentencia –ver fojas tres mil cuatrocientos once– en manifiesta contravención al principio de irretroactividad de una norma penal más gravosa, han aplicado al caso de autos el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal (que prevé una pena de cuatro a seis años), pese a que los hechos imputados acontecieron durante el año dos mil, esto es, cuando el delito de negociación incompatible aún no estaba recogido en dicho dispositivo (tal como lo está en la actualidad, conforme a la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco del seis de octubre del dos mil cuatro), sino que estaba previsto en el artículo trescientos noventa y siete del aludido Código, que establecía una pena no menor de dos ni mayor de cinco años, debiendo ser este dispositivo el que, por imperio del principio de legalidad, corresponde aplicar al presente caso. Consiguientemente, confrontando la data de los hechos (año dos mil) con el plazo extraordinario de prescripción para dicho ilícito penal de siete años y medio (equivalente a la pena máxima antes indicada más su mitad), se constata que a la fecha en que se emitió la sentencia materia de grado (trece de enero del dos mil diez) dicho plazo se encontraba vencido. Igual situación acontece en lo atinente al delito contra la Fe Pública - falsedad genérica -, en cuyo caso, siendo el plazo extraordinario de prescripción de seis años, la acción penal había prescrito con mucha anterioridad al otro delito antes mencionado;

IV). En el caso de este último delito (falsedad genérica) cabe señalar que es también objeto de imputación en el denominado «Caso 5» relativo al cobro indebido de viáticos por parte de personal asistencial de la Dirección Regional de Salud de Ucayali (los acusados PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, WALTER RAMÓN LEVEAU BARTRA, MARTHA GARCÍA PAREDES, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ Y MARÍA ELISA MORY GONZALES VIA). Teniendo en cuenta lo precisado en el Cuarto Considerando acápite «IV», estos hechos se remontan al año dos mil, por tanto, también en este caso su plazo extraordinario de prescripción de seis años ya estaba vencido a la fecha en que se emitió la recurrida; **Sexto: Análisis de Fondo respecto a las Imputaciones vigentes.- I). Del *thema probandum* en el delito de Peculado:** Las exigencias probatorias en cuanto a este ilícito evidentemente deben tener correspondencia con la descripción típica del mismo. Luego, según se desprende del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, el objeto de prueba en este delito pasa por determinar si el agente ha realizado o no - a favor de sí mismo o de terceras personas - una disposición indebida - esto es, sin sustento normativo alguno – de fondos públicos cuya administración, percepción o custodia, tiene a su cargo; **II). Imputación relativa a «Pagos irregulares de incentivos a la productividad de ex secretarios técnicos (nivel F - seis) por un importe de nueve mil seiscientos nuevos soles» [Caso «3.a»].-** Fijado lo anterior, la dilucidación probatoria que compete en el caso de autos debe circunscribirse a determinar si la liberación de fondos para el pago de incentivos a los secretarios técnicos de nivel F-seis tenía respaldo legal o no. En los actuados se aprecian elementos de prueba que denotan una ausencia del mismo, tales como las declaraciones ofrecidas por los procesados VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA – fojas ciento noventa y dos y fojas dos mil novecientos ochenta y nueve, respectivamente - en las que, los antes mencionados, en todo momento, lejos de precisar dispositivo normativo alguno que haya autorizado el referido pago, hacen referencia más bien a una supuesta reunión en la que habrían tomado parte secretarios técnicos (parte interesada), gerentes de CTAR y otros para discutir dicho asunto. En ese orden de cosas, tanto el procesado VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, por su condición de Secretario Técnico de la CTAR - Ucayali, como CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA, por su condición de Gerente Regional de

Administración de dicha entidad, tenían deberes de cautela frente a los fondos de la CTAR que correspondían a los niveles encumbrados que detentaban en la administración de ésta; máxime si se tiene en cuenta que el origen o punto de inicio de dicha disposición fue precisamente una lista de beneficiarios (incluido este último pese a su condición de F-cinco) remitida por el propio acusado VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ a la Dirección Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas; mientras que en el caso del procesado ROBIN EDHAR NÁJAR GUEVARA, habiendo sido también un beneficiario de dicho pago supuestamente indebido, su situación jurídica queda supeditada a las resultas de la dilucidación principal. No habiendo la recurrida observado en su valoración probatoria el *thema probandum* antes esbozado, la misma merece ser anulada; **III). Incriminación relacionada a «Pagos de incentivos por un total de setenta y cinco mil novecientos treinta y cinco nuevos soles a servidores que estuvieron de vacaciones y personal que no cumplió con la condición de laborar la jornada adicional» [Caso «3.b»].-** La misma anomalía se aprecia en relación a la otra imputación sobre el pago de incentivos a servidores que estuvieron de vacaciones, por lo que también esta imputación corresponde seguir la misma suerte que la anterior; **IV). Sobre «Irregularidades en los Viáticos otorgados a la Ex Presidenta Ejecutiva del CTAR UCAYALI, así como a funcionarios médicos y personal asistencial de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali ...» [Caso «5].-** En lo atinente a esta incriminación no resulta atendible la premisa de la Sentencia de que «ellos no tenían acceso a una disponibilidad de fondos públicos». Y es que, conforme es sabido, del *status* de funcionario público dimana una serie de efectos jurídicos establecidos en la ley. Así, el ámbito de sus deberes, atribuciones y derechos está circunscrito a los alcances de la normativa específica que los regula. Luego, lo relacionado a las asignaciones de tipo económico a las cuales tiene derecho a acceder un funcionario público se encuentran legalmente previstas a partir de una serie de disposiciones que derivan de la norma presupuestaria misma. Acorde a lo expuesto, el funcionario público sabe perfectamente qué asignaciones le corresponde percibir de libre disposición (remuneración) y cuáles las recibe para cubrir aspectos logísticos necesarios para el cumplimiento de su función. En tal sentido, los viáticos son asignaciones precisamente recibidas para una finalidad específica (cobertura de gastos transporte, alimentación y otros indispensables cuando el funcionario es comisionado fuera de su lugar de residencia). Este tipo de conocimiento, ciertamente, le es atribuible

a los citados procesados por su nivel profesional superior; máxime si de las declaraciones prestadas por los procesados PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, MARTHA GARCIA PAREDES, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUÍZ y ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO en el acto oral (ver fojas tres mil cuatro; tres mil setenta y tres; tres mil noventa y tres; tres mil noventa y nueve; tres mil ciento cuenta y tres; tres mil ciento setenta y dos; tres mil ciento setenta y cinco; tres mil ciento ochenta y tres; y tres mil ciento ochenta y seis) se constata haber reconocido la no veracidad de las comisiones de servicios en las fechas consignadas; no habiéndose efectuado una debida apreciación de los hechos materia de acusación ni valorado adecuadamente las pruebas actuadas en el proceso, siendo necesario se declare nula la sentencia, de conformidad con el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, para que en un nuevo juicio oral sea esclarecida la imputación formulada contra los acusados antes mencionados; Por estos fundamentos: **I).** declararon **NULA** la sentencia recurrida de fojas tres mil trescientos noventa y ocho, del trece de enero del dos mil diez, en los extremos que: **1.1. absolvió** a: ISAAC HUAMÁN PÉREZ de la acusación en su contra por el delito contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios en la modalidad de NEGOCIACION INCOMPATIBLE; **1.2. absolvió** a: MARTHA GARCÍA PAREDES, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO e ISAAC HUAMÁN PÉREZ de la acusación en su contra por el delito contra la Fe Pública - **FALSEDAD GENÉRICA** -; y **1.3. condenó** a: CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA por los delitos contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios en la modalidad de NEGOCIACION INCOMPATIBLE y contra la Fe Pública -FALSEDAD GENÉRICA- a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años bajo el cumplimiento de reglas de conducta y al pago de cinco mil nuevos soles de reparación civil; todos en agravio del Estado – Consejo Transitorio de Administración Regional de Ucayali (actualmente Gobierno Regional de Ucayali); y, de oficio, declararon **EXTINGUIDA** la acción penal por prescripción en relación

a dichos procesados por cada uno de los delitos antes precisados; DISPUSIERON, en consecuencia, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado por los referidos delitos en contra de los encausados precedentemente mencionados; archivándose en estos extremos; y **II).** declararon **NULA** la sentencia en el extremo que **absolvió** a: VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, ROBIN EDHAR NAJAR GUEVARA, CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA, MARTHA GARCÍA PAREDES, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ e IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO de los cargos en su contra por el delito contra la Administración Pública - **PECULADO** -, en agravio del Estado - Consejo Transitorio de Administración Regional de Ucayali (actualmente Gobierno Regional de Ucayali); **MANDARON** se realice nuevo juicio oral con otro Colegiado, teniéndose en cuenta la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

26. Acreditación del delito de peculado

26.1. Concurso con otros delitos

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 130-2011

Loreto

Lima, veintiocho de setiembre de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los encausados Amando Rodríguez Panduro y José Jultón Cobos Saldaña contra la sentencia condenatoria de fecha quince de noviembre de dos mil diez -fojas cinco mil ciento ochenta y cinco-; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; de conformidad con lo dictaminado por la señora Fiscal Suprema en lo Penal; y

CONSIDERANDO:

Primero: Que, la defensa del encausado **Rodríguez Panduro** en su recurso de nulidad fundamentado -fojas cinco mil doscientos cuarenta y siete- alega que: **i)** El representante del Ministerio Público no ofreció nuevas pruebas que sustenten su acusación; **ii)** El dinero girado a su nombre se utilizó para obras frente al desastre ocurrido en la rivera de Santa Rita y con conocimiento del Concejo Municipal y si bien no existen documentos, ello fue porque los moradores no son proveedores formalizados, siendo negligente al no hacer firmar documento alguno; **iii)** No era responsable de la documentación, pues cada área tenía un jefe, lo cual fue corroborado por los encausados Roberto Pinedo Hidalgo y Mauro Tote Monge quien aceptó ser responsable de la documentación de la oficina de planificación y presupuesto; **iv)** Respecto del delito de malversación de fondos no se dan los presupuestos, pues el incumplimiento del pago de deudas a la AFP, entre otras no conlleva a la comisión de dicho ilícito; **v)** La pericia contable no se realizó conforme a las normas de control, por tanto no da las garantías del caso, al haber sustentado el mismo en base a documentos que obran en el expediente y no en los archivos de la agraviada. **Segundo:** Que, la defensa del encausado **Cobos Saldaña** en su recurso de nulidad fundamentado a fojas cinco mil doscientos cuarenta y nueve, alega que: **i)** Se omitió considerar que en su función de administrador cumplió con rendir cuenta documentada de los anticipos conferidos, y si bien no se ubicaron en los archivos de la Municipalidad fue porque los coencausados Tote Monge y Rodríguez Panduro, no cumplieron con hacer entrega de toda la documentación contable; **ii)** El informe pericial realiza una alegación carente de veracidad al señalar que se apropió de caudales de la entidad agraviada; lo cual se contradice con lo señalado por los peritos judiciales al referir que no tenía saldo pendiente alguno de deuda en la cuenta treinta y ocho; **iii)** El desorden administrativo de ninguna manera puede confundirse con una conducta dolosa al no haberse perturbado o vulnerado los intereses ni el patrimonio de la comuna de Parinari. **Tercero:** Que, el señor Fiscal Superior en el dictamen acusatorio de fojas tres mil novecientos sesenta y uno, atribuye al encausado Rodríguez Panduro, que en su condición de Alcalde del distrito de Parinari - departamento de Loreto, haberse apoderado de fondos de la Municipalidad ordenando girar a su nombre el cheque número cero cuatro seis uno tres tres uno uno, por la suma de doscientos diez mil nuevos soles, sin firmar comprobante de pago a favor del encausado Sánchez Pasmiño, sin sustento y sin tener vínculo laboral con la agraviada; de igual modo, recibió los cheques número

cero siete tres cinco tres cinco tres cinco, por nueve mil novecientos veinte nuevos soles, el cheque número cero siete tres cinco tres cinco dos siete, por cuatro mil doscientos cuarenta y cinco nuevos soles; y el cheque número cero siete tres cinco tres cuatro nueve dos, por la suma de veinte mil nuevos soles, empero, no rindió cuentas; además, dio aplicación definitiva diferente a los fondos producto de las retenciones por concepto de AFP de los trabajadores, generando una deuda a la AFP al nueve de octubre de dos mil dos, por la suma de doscientos ochenta mil cincuenta y cuatro punto diecisiete nuevos soles; asimismo, ocultó información detallada del acervo documentario, impidiendo determinar las obras ejecutadas en su gestión, así como la documentación al treinta y uno de diciembre de dos mil dos, que identifique a los contratistas, proveedores y trabajadores que se beneficiaron con los anticipos concedidos, no entregando la documentación contable presupuestaria. Que, ***al encausado Cobos Saldaña*** se le imputa que en su condición de Administrador de la Municipalidad agraviada, haberse apropiado de fondos ediles cobrando siete cheques girados a su nombre; número cero cuatro seis uno tres dos cuatro cero por la suma de tres mil cuatrocientos cincuenta nuevos soles, número cero cuatro seis uno tres dos cinco ocho por dos mil cuatrocientos cincuenta nuevos soles, número cuatro seis uno tres dos seis cero por la suma de dos mil trescientos nuevos soles, número cero cuatro seis uno tres dos seis tres por ocho mil cincuenta nuevos soles, número cero cuatro seis uno tres dos seis seis por cuatro mil cuatrocientos ochenta y un nuevos soles, número cero cuatro seis uno tres dos siete cinco por la suma de mil quinientos cincuenta nuevos soles, y número cero cuatro seis uno tres dos siete seis por novecientos nuevos soles, de los cuales no se ubicó los respectivos comprobantes de pago, ni documentación que lo sustente; de igual forma se le imputa haber girado los cheques número cero cuatro seis uno tres dos uno nueve por la suma de diez mil novecientos treinta nuevos soles, número cero cuatro seis uno tres dos dos nueve por la suma de seis mil trescientos setenta y cinco y número cero cuatro seis uno tres dos nueve tres por la suma de veinticinco mil nuevos soles, con el fin de cancelar combustible sin documentos que lo sustenten, habiendo únicamente sustentado la suma de seis mil quinientos nuevos soles según el cuadro número dos y tres del informe de auditoría.

1. Sobre el delito de peculado doloso

Cuarto: Que, el delito de peculado doloso previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete, se configura cuando «*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier*

forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, [...]». Este tipo penal es «*un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurre en una responsabilidad penal de corte institucional*» (JAKOBS, Günther, *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes); asimismo, el punto de partida para establecer en el presente caso la relevancia o irrelevancia penal de la conducta imputada al recurrente, además de la posición en la esfera institucional, está en acreditar si hubo un desplazamiento o desmedro patrimonial de los caudales o efectos de la esfera de dominio del Estado a la esfera de dominio personal del funcionario público o de un tercero, debiendo la prueba, orientarse a determinar si existe un desbalance respecto de los bienes que en su momento le fueron confiados con motivo de su gestión. **Quinto:** Que, la doctrina procesal objetivamente ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el Juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal del encausado, la cual sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear en él tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado de cometer un delito; ello implica que, para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado. **Sexto: Respecto a la responsabilidad penal del encausado Amando Rodríguez Panduro:** Que, con la versión del encausado Rodríguez Panduro, en su manifestación policial -fojas trescientos veintisiete y trescientos treinta y tres-, declaración instructiva -fojas tres mil quinientos noventa y siete-; y en el plenario -fojas cinco mil setenta y uno-, quedó acreditado que al momento de producido el hecho ostentaba el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Parinari, bajo el cual ordenó girar diversas sumas de dinero, reuniendo las características de relación funcional exigidos por el tipo penal de Peculado; al tener «bajo su poder o ámbito de vigilancia en percepción, custodia o administración, los caudales o efectos de los que se apropia o utiliza para sí o para otro» (PORTOCARRERO HIGALDO, Juan, *Delitos contra la administración pública*. Editorial Librería Portocarrero, mil novecientos noventa y seis, página ciento ochenta y

ocho). Que, dicha adjudicación de dinero se encuentra acreditada con: **i)** Las declaraciones del cosentenciado Mauro Tote Monge -manifestación policial fojas trescientos uno, instructiva de fojas tres mil doscientos once, y juicio oral a fojas cinco mil noventa y siete-, quien refiere que con fecha quince de febrero de dos mil dos, giró a nombre del encausado Rodríguez Panduro, un cheque por la suma de doscientos diez mil nuevos soles; **ii)** El comprobante de pago de fecha veintiuno de junio de dos mil dos, a nombre de Rodríguez Panduro -fojas ciento cincuenta y nueve-, con el que se acredita que éste recibió la suma de veinte mil nuevos soles por concepto de anticipo, con cargo a rendir cuenta; **iii)** El estado de cuenta corriente emitido por el Banco de la Nación -fojas doscientos dieciocho-, donde se verifica el número de cheque cero siete treinta y cinco treinta y cuatro noventa y dos cobrado por el encausado Rodríguez Panduro, por la suma de veinte mil nuevos soles; **iv)** El comprobante de pago de fecha veinticinco de noviembre de dos mil dos, a nombre de Rodríguez Panduro-fojas doscientos cuatro-, con el que se acredita que éste recibió la suma de nueve mil novecientos veinte nuevos soles, por concepto de anticipo, con cargo a rendir cuenta; **v)** El estado de cuenta corriente emitido por el Banco de la Nación, donde se verifica el cheque número cero siete treinta y cinco treinta y cinco treinta y cinco -fojas doscientos veintitrés-, cobrado por Rodríguez Panduro, por la suma de nueve mil novecientos veinte nuevos soles; **vi)** La copia fedateada del cheque número cero siete treinta y cinco treinta y cinco treinta y cinco -fojas cuatro mil novecientos cincuenta y seis-, a nombre de Elmer Ushiñahua Pinchi, siendo el encausado Rodríguez Panduro, quien facilitó la apropiación de la cantidad en mención; **vii)** Resumen de recursos canon petrolero periodo dos mil dos -fojas ciento cuarenta y cinco-, en el cual se advierte los diversos cobros de cheques por montos de dinero, realizados por el encausado y sus cosentenciados -por disposición de Rodríguez Panduro- por concepto de anticipo con cargo a rendir cuentas; **viii)** El comprobante de pago de fecha veintidós de abril de dos mil dos -fojas ciento cincuenta-, a nombre de Eliseo Sánchez Pasmiño por la suma de quince mil nuevos soles por concepto de anticipo con cargo a rendir cuenta; **ix)** El reporte emitido por el Banco de la Nación -fojas doscientos treinta y siete-, donde se verifica el cobro del cheque número cero cuatro sesenta y uno treinta y tres once, por la suma de doscientos diez mil nuevos soles; **x)** El comprobante de pago de fecha quince de febrero de dos mil dos -fojas doscientos cuarenta- a nombre de Rodríguez Panduro, para el cobro por concepto de anticipo con cargo a rendir cuenta, por la suma de doscientos diez mil nuevos soles; **xi)** El informe pericial contable de fecha nueve de

junio de dos mil diez -fojas cinco mil cuarenta y cuatro-, mediante el cual se determinó que el encausado Rodríguez Panduro, cobró un cheque por la suma de doscientos diez mil nuevos soles. Con el acervo probatorio en mención, se acreditó la responsabilidad penal del encausado Rodríguez Panduro, quien aprovechando su cargo funcional, se apropió de dinero destinado a ejecutar obras y amortizar deudas y obligaciones, las cuales finalmente no se cumplieron; pues dispuso de esos montos para su beneficio y el de terceros; en tal sentido el argumento de que por negligencia no se rindió los gastos ni se solicitó comprobante de los pagos realizados a los moradores, carece de sustento alguno; no existiendo prueba de descargo que pueda corroborar lo sostenido durante el proceso. **Sétimo: Respecto de la responsabilidad penal del encausado José Jultón Cobos Saldaña:** Que, en autos quedó acreditada la relación funcional que tenía el encausado Cobos Saldaña, en el periodo en que se perpetró el ilícito imputado, al haber aceptado en su manifestación policial -fojas trescientos cuarenta y dos-, declaración instructiva -fojas tres mil setecientos treinta y seis-; y, en el plenario, que tenía la condición de administrador de la Municipalidad distrital de Parinari; aunado a ello se acreditó el apoderamiento de los caudales pertenecientes a la entidad agraviada con: **i)** Los comprobantes de pago -fojas setenta y nueve a noventa-, emitidos a su nombre por diversas sumas, financiado por la cuenta corriente del Fondo de Compensación Municipal; **ii)** Los cheques remitidos en copias fedateadas por el Banco de la Nación -fojas cuatro mil novecientos sesenta y siete y siguientes- que acreditan que el encausado Cobos Saldaña cobró los montos consignados en dichos cheques; **iii)** El cheque emitido a nombre de Marileni Rioja Acosta -fojas cuatro mil novecientos sesenta y tres-; **iv)** Los cheques emitidos a nombre de Eliseo Antonio Sánchez Pasmiño -fojas cuatro mil novecientos sesenta, y cuatro a cuatro mil novecientos sesenta y seis-; **v)** El cheque emitido a nombre de Rony Arévalo Trasverso -fojas cuatro mil novecientos sesenta y cinco-. Estos tres últimos mencionados realizaron el cobro de cheques girados los cuales fueron facilitados por el encausado Cobos Saldaña; **vi)** El informe contable -fojas cinco mil cuarenta y cuatro-, que determinó que el encausado cobró cheques por la suma tres mil cuatrocientos cincuenta, dos mil cuatrocientos cincuenta, ocho mil cincuenta, mil quinientos cincuenta y novecientos nuevos soles, montos cobrados por terceras personas -cosentenciados- y la suma de treinta y cinco mil quinientos cincuenta nuevo soles, cobrado por el mismo. En tal sentido, con los medios probatorios antes descritos quedó acreditada la responsabilidad penal del encausado Cobos Saldaña, pues resulta ser un argumento de defensa el sostener

que sí cumplió con rendir cuentas documentadas, pero que no fueron ubicadas en los archivos de la Municipalidad agraviada por responsabilidad de los cosentenciados Tote Monge y Rodríguez Panduro; con la finalidad de eludir su responsabilidad, pues en su calidad de administrador debió tener cargos de la documentación presentada, por tanto, al no existir prueba de descargo alguna que corrobore su versión, se ha desvirtuado la presunción de inocencia que le alcanza a todo justiciable.

2. Sobre el delito contra la fe pública - supresión, destrucción u ocultamiento de documentos

Octavo: Respecto a este ilícito imputado al encausado Rodríguez Panduro, se advierte que al suprimirse, destruirse u ocultarse un documento, no se afecta la autenticidad o legitimidad del mismo; sino su función probatoria, por tanto, se actúa con el propósito de evitar que la representación de sentido del documento cumpla su función de medio de prueba. Como lo expresa *Soler* que es aplicable la incriminación en la medida en que se hace desaparecer la base del juicio determinado por el documento, para comprender la esencia de esta figura no debe repararse, pues en la materialidad del papel destruido sino en el hecho de haberse suprimido una fuente de verdad que tenía carácter documental (Soler, Sebastián; Derecho penal argentino, T. V. Editora Argentina, mil novecientos noventa y seis, cuarta edición, página trescientos cuarenta y cinco). **Noveno:** Que, en el caso de autos, el propio encausado Rodríguez Panduro, ha sostenido que entregó parcialmente los documentos relacionados al estado financiero en que dejó el municipio; sin embargo, atribuye la desaparición de la documentación presentada a ex funcionarios, argumento que carece de sustento alguno; y que se ha desvirtuado con: **i)** El Informe Especial Legal número cero cero uno guión dos mil cuatro guión VSC -fojas sesenta y dos-, realizándose la búsqueda de documentación para verificar el destino del dinero otorgado como préstamo por el Banco de la Nación ascendente a la suma de doscientos cincuenta mil nuevos soles, para la ejecución de obras y amortización de deudas durante el periodo dos mil dos, no se llegó a ubicar documento alguno que sustente la entrega de la suma de doscientos diez mil nuevos soles a favor del encausado Rodríguez Panduro; **ii)** El acta de cierre de transferencia -fojas doce-, mediante el cual se realiza las observaciones que no se entregó documento alguno que sustente el egreso de dinero perteneciente a la Municipalidad, y que estaba destinado a beneficio de la localidad, pago de deudas, entre otros; **iii)** Las declaraciones del encausado Rodríguez Panduro, quien durante

el proceso instaurado negó tener conocimiento de lo ocurrido con el acervo documentario que sostiene haber entregado en forma parcial, argumentando que cada jefe de área es responsable de los mismos, y si bien refiere que rindió los anticipos recibidos, no ha sabido explicar concretamente -pese a la inexistencia de documentación al respecto- el destino que se dio a todo el dinero otorgado a su favor. **Décimo**: Siendo así, en autos se ha desvirtuado la presunción de inocencia del encausado Rodríguez Panduro, respecto de este ilícito imputado, quien si bien sostiene que no era el responsable de la documentación que no fue ubicada; también lo es que, la presencia de dicha documentación evidencia el manejo que realizó durante su gestión y que su acceso fue de suma importancia para el conocimiento del estado financiero y administrativo dejado al nuevo gobierno que se hizo cargo del municipio, es por ello que se ocultó o destruyó; máxime si el propio encausado no sabe dar razón concreta del destino que se dio al dinero recibido, tampoco existe alguna prueba de descargo que acredite que dichos montos fueron pagados a determinados acreedores -por compra de materiales u otros- o usados para la ejecución de obras; obras de las cuales tampoco existe documentación de haberse iniciado o realizado.

3. Sobre el delito de malversación de fondos

Décimo Primero: Que, malversar significa hacer un mal uso de los fondos públicos, de ejecutar incorrectamente el presupuesto público, disponer de forma deficitaria del erario público, contrariando las normas presupuestales en rigor. Que, esta figura delictiva se encuentra contenida en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, donde el disvalor reposa en el desvío de los fondos por parte del funcionario público, a un destino diverso al establecido en la ley, pero aplicándolo en el ámbito mismo de la administración; esto es, que se sanciona la conducta del funcionario que da una aplicación definitiva distinta a los fondos públicos al previamente establecido por la propia administración pública. Que, conforme lo ha establecido el Supremo Tribunal: «En el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del dinero y bienes públicos; se trata en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio»(Recurso de Nulidad número tres mil seiscientos treinta guión dos mil uno Ucayali). En consecuencia, la configuración de este tipo penal está condicionado al dolo, conciencia y voluntad de realización típica, debiendo abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, esto es, el carácter

público de los fondos que malversa, así como, el contenido de la legalidad presupuestal. **Décimo Segundo:** Sobre el particular, en autos obra las declaraciones del propio encausado Rodríguez Panduro, quien refiere que no se realizó los pagos de las obligaciones sociales, como AFP, ESSALUD, entre otros -de suma prioridad en las instituciones del Estado-, por los bajos recursos económicos de la Municipalidad e incluso sostuvo que encargó el pago de los mismos al administrador; sin embargo, utilizó dinero del fondo de compensación municipal para el desembolso de dinero a favor de funcionarios de la entidad agraviada -los cuales no se acreditó el destino que tuvieron, al no existir documentos que lo sustenten- lo cual quedó acreditado con: **i)** El Informe número cero uno guión dos mil dos guión ADM guión MDP -fojas mil cuatrocientos doce-, dirigido al sentenciado Arturo Villacorta Varela, informando que la deuda a la AFP comprende el período de febrero de mil novecientos noventa y cuatro a julio de dos mil dos, ascendente a doscientos ochenta mil cincuenta y cuatro con diecisiete céntimos de nuevos soles; **ii)** El Informe número cero cero tres guión dos mil dos guión CON guión MDP -fojas mil cuatrocientos trece-, dirigido por el tesorero Tote Monge, al sentenciado Villacorta Varela, poniendo en conocimiento el incumplimiento de las obligaciones sociales; **iii)** El acta de cierre de entrega de cargo -fojas mil cuatrocientos dieciséis-, donde se puso en conocimiento el incumplimiento de las obligaciones sociales; **iv)** El informe Especial legal número cero cero uno guión dos mil cuatro guión VSC -fojas cincuenta y tres- que señala los desembolsos del recurso del FONCOMUN y de Canon Petrolero dirigido a nombre de funcionarios y terceros que carecen de documentación sustentatoria, con lo que, se acredita que existían recursos para poder realizar el pago de las obligaciones sociales; sin embargo, el dinero fue destinado à beneficio de terceros. **Décimo Tercero:** En consecuencia, en el caso de autos ha quedado acreditado el delito *sub examine*, pues éste no se funda en el incumplimiento de obligaciones -como así lo sostiene el encausado en su recurso-, sino que existiendo dinero del erario público destinado al pago de AFP y ESSALUD, entre otros, éste no se realizó, pues el encausado destinó dicho dinero a favor de terceros y para sí mismo, conforme se estableció líneas arriba. **Décimo Cuarto:** Cabe precisar que, el Tribunal Superior tiene la potestad de fijar la pena observando los principios de proporcionalidad y razonabilidad jurídica de la pena; advirtiéndose de la sentencia recurrida, que para la imposición de la misma se consideró lo establecido en los artículos cuarenta y cinco, y cuarenta y seis del Código Penal, las condiciones personales de los encausados; la gravedad de los ilícitos imputados; en consecuencia la pena impuesta se encuentra arreglada a ley.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos: Declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cinco mil ciento ochenta y cinco, del quince de noviembre de dos mil diez, en el extremo que condenó a Amando Rodríguez Panduro por los delitos contra la Administración Pública, en las modalidades de peculado doloso y malversación de fondos; y por el delito contra la Fe Pública, en la modalidad de supresión, destrucción u ocultamiento de documentos, en agravio de la Municipalidad Distrital de Parinari, a ocho años de pena privativa de la libertad; **NO HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que condenó a José Jultón Cobos Saldaña, por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Parinari, a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso, y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Zecenarro Mateus y Villa Bonilla por licencia de los señores Jueces Supremos Rodríguez Tineo y Neyra Flores, respectivamente; e interviene el señor Juez supremo Príncipe Trujillo por diligencia de quema de droga del señor Juez Supremo Santa María Morillo.

SS.

PARIONA PASTRANA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

ZECENARRO MATEUS

VILLA BONILLA

27. **Ausencia de una Mínima Actividad Probatoria - Inobservancia de los elementos típicos**

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2062 - 2009

CUSCO

Lima, doce de abril de dos mil diez.

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil contra la sentencia de fojas trescientos ocho, del dieciocho de marzo de dos mil nueve, que absolvió a Roberto Huamaní Sarmiento de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la administración pública - peculado culposo en agravio del Estado - Municipalidad Provincial

del Cusco; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: Primero: Que la parte civil en su recurso formalizado de fojas trescientos veinticuatro alega que en autos se encuentra acreditada la responsabilidad penal del encausado Roberto Huamaní Sarmiento quien faltó a los deberes de cuidado de los que tenía pleno conocimiento, en tanto se desempeñó como chofer del cargador frontal desde el año de mil novecientos ochenta y tres - con más de veinte años de experiencia contados al tiempo en que ocurrieron los hechos- del cual era responsable directo. Segundo: Que, según la acusación fiscal de fojas ciento cincuenta y dos, se le imputa al encausado Roberto Huamaní Sarmiento, que en su condición de conductor del cargador frontal CAT novecientos sesenta y seis-C de propiedad de la Municipalidad Provincial del Cusco, el veintitrés de agosto de dos mil dos, luego de efectuar su labor diaria y contraviniendo las órdenes del ingeniero residente de la obra «Avenida El Ejército» Henry Casapino Mendoza y del jefe controlador del equipo mecánico Américo Tomás Tupayachi Velarde, dejó la maquinaria en un lugar desprovisto de seguridad en una cantera de la comunidad campesina de Sencca, donde sustrajeron piezas del cargador frontal tales como: una bomba de inyección, un motor de arranque, un alternador, un turbo, entre otros, de valor aproximado de cuarenta mil dólares americanos. Tercero: Que, de la revisión de autos, contrariamente a lo alegado por la parte civil, emerge que la prueba actuada resulta manifiestamente insuficiente para establecer un juicio de condena, en tanto que los sujetos procesales responsables de aportar la prueba incriminatoria omitieron ofrecer testigo o perito alguno -véase acusación fiscal de fojas ciento cincuenta y dos-, inercia que se repitió en el acto oral al no ofrecerse prueba nueva alguna por el representante del Ministerio Público y la parte civil -véase actas de audiencia de fojas doscientos ochenta y ocho, y doscientos noventa y seis-, limitándose la prueba sometida a contradictorio al interrogatorio del encausado Huamani Sarmiento; es más, en la etapa de lectura de piezas, no se ofreció instrumental alguna que permita en el Colegiado Superior generar juicio incriminatorio alguno contra el encausado Huamani Sarmiento -véase a fojas doscientos noventa y siete-. Cuarto: Que lo expuesto justifica la afirmación del Tribunal Sentenciador en cuanto sostuvo que no existen declaraciones testimoniales de las personas que hayan tenido conocimiento de los hechos -pudiendo hacerse por ejemplo de la declaración de Rafael Quispe Huamán vigilante de la cantera número uno de la comunidad campesina de Sencca- y tampoco se recaudó documento oficial alguno que deje entrever por lo menos las funciones y responsabilidades del acusado respecto de la maquinaria que

fue objeto material del delito; y estando a que se trata de un delito de infracción de deber con la necesaria obligación de acreditar el vínculo funcional del servidor público con el bien objeto de apropiación, ante la ausencia absoluta de dicha prueba, el fallo absolutorio se encuentra plenamente justificado. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas trescientos ocho, del dieciocho de marzo de dos mil nueve, que absolvió a Roberto Huamaní Sarmiento de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la administración pública - peculado culposo en agravio del Estado - Municipalidad Provincial del Cusco; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

28. Operatividad del principio de intervención mínima del Derecho Penal que consiste en que el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales; que en el caso concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiaridad, según el cual el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso que se debe utilizar a falta de otros menos lesivos, así como el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal que constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos -el Derecho Penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad-; que ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho penal, que consiste en que la intervención del Estado solo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización; que por eso sólo debe acudirse al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demos controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado, en tanto en cuanto no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor entidad la potestad de

castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad.

SALA PENAL PERMANENTE R. N. N° 238-2009

PUNO

Lima, diecinueve de marzo de dos mil diez.-

VISTOS, interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil (Procurador Público de la Municipalidad Provincial de San Román, Juliaca), contra la sentencia absolutoria de fojas ochocientos sesenta y cinco, del doce de noviembre de dos mil ocho; de conformidad en parte con el dictamen de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y CONSIDERANDO: Primero: Que la parte civil en su recurso formalizado de fojas novecientos tres alega que la sentencia carece de motivación adecuada; que los encausados Miguel Coila Roque y Zenón Colquehuanca Churata eran depositarios de los bienes que quedaron bajo su custodia y en consecuencia responsables de la desaparición de los bienes faltantes. Segundo: Que la acusación fiscal de fojas seiscientos veinte atribuye a los encausados Coila Roque y Colquehuanca Churata que en su condición de trabajadores de la Municipalidad Provincial de San Román y en particular en su calidad de vigilantes del depósito Municipal se apropiaron de diversos piezas del vehículo de placa de rodaje número XU - tres mil trescientos nueve de propiedad de Esteban Mamani Huanca, que fue entregado en custodia luego que participara en un accidente de tránsito ocurrido el diecinueve de septiembre de dos mil cinco; que cuando el agraviado el veinte del mismo mes y ario se constituyó al depósito municipal a retirar su vehículo, se constató a su insistencia que le faltaban los siguientes accesorios: once botones del sistema eléctrico, un botón de ventana, veinte relays, un flasher de emergencia, cinco fusiles de luces, dos parlantes y un alternador; que, además, se imputa a Hermilio Jorge Calizaya Castillo, Jefe de la Oficina de Personal de la Municipalidad, haber omitido dar el trámite correspondiente al reclamo que formuló el agraviado Huamaní Huanca en relación a la sustracción de los accesorios ya mencionados. Tercero: Que del análisis de autos se advierte que los cargos contra los acusados Coila Roque y Colquehuanca Churata se sustentan básicamente tanto en el acta de constatación de fojas sesenta y dos, que detalla todos los accesorios que faltan en el indicado vehículo, como en la declaración de Mamani Huanca de fojas cuatrocientos sesenta y cinco, quien se ratifica de la denuncia que interpuso sobre los hechos juzgados. Cuarto: Que, sin embargo, también se deben valorar los siguientes indicadores:

i) la boleta de internamiento de fojas ocho, que verifica que al momento de recepcionarse el vehículo en mención se encontraba en mal estado de conservación y al efectuarse el inventario de sus accesorios no se consignó aquéllos que Mamani Huanca dice que le fueron sustraídos se indica que al ingresar al depósito el vehículo contaba, entre otros accesorios, con un relay y alternador-, de modo tal que este documento resulta insuficiente para acreditar la sustracción denunciada; ii) los acusados Coila Roque -véase su manifestación policial de fojas treinta, instructiva de ciento ochenta y nueve y en el juicio oral de fojas setecientos setenta y tres- y Colquehuanca Churata - véase su manifestación policial de fojas veintisiete, instructiva de fojas doscientos noventa y dos y en el juicio oral de fojas setecientos sesenta y dos- negaron en forma uniforme haber sustraído los bienes del vehículo que fue internado en el depósito que ellos vigilaban; iii) el peritaje técnico de fojas cuatrocientos treinta y nueve, que se realizó después del accidente de tránsito que ocasionó, se limita a concluir que el indicado vehículo se encuentra inoperativo por presentar daños materiales. iv) el cotejo del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal con el acta de constatación de pérdidas no comprueba la sustracción de la totalidad de accesorios supuestamente faltantes. Quinto: Que del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de pérdidas se acredita que falta sólo un alternador y un relay -y no todo lo que indica el agraviado Mamani Huanca-; sin embargo, por la situación de los objetos -un alternador y un relay- es preciso indicar que se debe aplicar el principio de intervención mínima del Derecho Penal que consiste en que el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales; que en el caso concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiaridad, según el cual el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso que se debe utilizar a falta de otros menos lesivos, así como el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal que constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos -el Derecho Penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad-; que ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho penal, que consiste en que la intervención del Estado solo se justifica

cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización; que por eso sólo debe acudirse al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demos controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado, en tanto en cuanto no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor entidad ?la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad, es necesario imponerle diversos controles-; que, en el presente caso, se trata de la pérdida de dos objetos -un alternador y un relay- que por su baja significación no pueden ser ventilados en la vía penal. Sexto: Que, en lo que respecta al delito de omisión de actos funcionales atribuido a Hermilio Jorge Calisaya Castillo, se le imputa que en su condición de Jefe de la Oficina de Personal de la Municipalidad Provincial de San Román omitió dar el trámite correspondiente al reclamo que formuló el agraviado Huamaní Huanca por la pérdida de los accesorios mencionados anteriormente; que aun cuando el indicado encausado no llevó a esto las acciones necesarias para viabilizar el reclamo del agraviado, resulta necesario verificar si a la fecha se encuentra vigente la acción penal para su persecución; que el ilícito en referencia está previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código sustantivo, que lo sanciona con dos años de pena privativa de libertad, lo que significa que la acción penal prescribe a los tres años de su comisión, conforme a lo dispuesto por los artículos ochenta y ochenta y tres del acotado Código; que es de precisar que en el presente caso no se puede aplicar la última parte del artículo ochenta del Código Penal -duplicidad del plazo ordinario- por no tratarse de un hecho punible cometido contra el patrimonio del Estado. Séptimo: Que conforme a la acusación fiscal el delito atribuido a Calisaya Castillo ocurrió el diez de octubre de dos mil cinco, por lo que a la fecha que se emite la presente Ejecutoria ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción de la acción penal, por lo que es procedente emitir pronunciamiento en ese sentido conforme lo autoriza el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: I. Declararon NULA la sentencia de fojas ochocientos sesenta y cinco, del doce de noviembre de dos mil ocho, en la parte que absuelve a Hermilio Jorge Calisaya Castillo de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - omisión de actos funcionales en agravio del Estado y de Esteban Mamani Huanca; reformándola: declararon EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN a favor de Hermilio Jorge Calisaya Castillo por el delito contra la

Administración Pública -omisión de actosFuncionales en agravio del Estado y de Esteban Mamani Huanca; DISPUSIERON se anulen los antecedentes policiales y judiciales de Hermilio Jorge Calisaya Castillo en relación a los hechos que originaron el presente proceso, y se archive definitivamente lo actuado en cuanto a este extremo se refiere. II. Declararon NO HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que absuelve a Miguel Coila Roque y Zenón Colquehuanca Churata de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública -peculado por extensión en agravio del Estado y de Esteban Mamani Huanca; con lo demos que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

II
Enriquecimiento ilícito

1. Enriquecimiento ilícito

1.1. La prueba pericial en materia de enriquecimiento ilícito

1.2. Nulidad de sentencia condenatoria por enriquecimiento ilícito

1.3. Realización del nuevo juicio oral por otra Sala Penal Superior

1.4. Plazo razonable

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2354-2010

LIMA

Lima, veintinueve de agosto de dos mil doce.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por la defensa técnica de los encausados don Luis Miguel Portal Barrantes, doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón y don Juan Carlos Chacón De Vettori; y los señores Procuradores Públicos; decisión adoptada bajo la ponencia del señor Juez Supremo Salas Arenas; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

1. DECISIONES CUESTIONADAS

I. Lo es el auto de catorce de diciembre de dos mil nueve -obrante en los folios ciento dos mil ciento ochenta y cuatro y ciento dos mil ciento ochenta y cinco-, que declaró improcedente su solicitud de la parte civil sobre inejecutabilidad de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional de diecinueve de octubre de dos mil nueve -obrante en los folios ciento dos mil ciento setenta y uno a ciento dos mil ciento setenta y siete- que declaró fundada en parte la demanda de habeas corpus a favor del encausado don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga (por haberse acreditado la vulneración del derecho al plazo razonable, disponiendo que la Sala Penal emplazada lo excluya del presente proceso penal).

II. Lo es la sentencia de nueve de febrero de dos mil diez -obrante en los folios ciento dos mil seiscientos diecinueve a ciento tres mil cincuenta y siete- aclarada mediante resolución de diez de febrero de dos mil diez, de folio ciento tres mil ciento sesenta y cinco, que por mayoría declaró:

i) INFUNDADA la oposición formulada por la defensa técnica de la procesada doña Aurora Isabel De Vettori de Chacón a la incorporación de las copias certificadas de los expedientes remitidos por la SUNAT - Tribunal Fiscal, que corren como anexos del expediente principal;

ii) FUNDADA la solicitud del Procurador Público Ad-Hoc del Estado en la sesión doscientos veintinueve de diecisiete de noviembre de dos mil ocho, sobre suspensión del plazo de prescripción de la acción desde el auto emitido en sesión ciento treinta y tres de diecinueve de marzo de dos mil siete, de folios ochenta y nueve mil cuatrocientos noventa y nueve a ochenta y nueve mil quinientos dos, que declaró reo contumaz a la acusada doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori;

iii) FUNDADA la oposición planteada por el señor Fiscal Superior en la sesión doscientos sesenta, de nueve de junio de dos mil siete de folios cien mil ochocientos cuarenta y uno y siguiente, respecto de la visualización del DVD ofrecido por la defensa de la acusada doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, en la sesión doscientos veintiuno.

iv) INFUNDADA la oposición formulada por la defensa de la acusada doña Aurora Isabel De Vettori de Chacón, en la sesión doscientos cincuenta y dos, de veintiuno de abril de dos mil nueve, respecto a la oralización de piezas solicitadas por el Ministerio Público y la Procuraduría, referidas al «*Rubro préstamos Walter Reátegui Lazo*» y rubro «*Préstamos Banco Wiese*», «*rubro préstamos a Empresas*», rubro «*Apoyo familiar*» del expediente de Fiscalización de la SUNAT;

v) INFUNDADA la oposición planteada contra la actuación de la prueba de oficio, formulada por la defensa de los acusados doña Aurora Isabel De Vettori de Chacón, doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, don Juan Carlos Chacón De Vettori y don Luis Miguel Portal Barrantes, de folios cien mil ochocientos cincuenta y cuatro, cien mil ochocientos setenta y dos a cien mil ochocientos setenta y seis.

vi) IMPROCEDENTE lo solicitado por la defensa de los procesados, referido a que el señor Fiscal Superior proceda a reformular o readecuar su acusación escrita a fin de determinar la situación jurídica de los acusados.

vii) **CONDENÓ POR MAYORIA** a doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, como cómplices secundarios del delito contra la administración pública –corrupción de funcionarios–, en el tipo de **enriquecimiento ilícito**, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años; inhabilitación por el término de tres años, conforme al inciso dos del artículo treinta y seis del Código Penal; **FIJÓ** en dos millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los condenados en forma solidaria a favor del Estado.

viii) **RESERVÓ** el proceso respecto de la acusada doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, al haber sido declarado reo contumaz.

ix) **DISPUSO** el decomiso de los bienes en relación a los condenados, dejando a salvo el derecho de la Procuraduría Pública del Estado, solicitar la nulidad de las transferencias de bienes que se hubieren producido, con el objeto de recuperar el patrimonio del Estado, por la ilícita conducta de los acusados e inicie las acciones civiles contra el excluido del proceso don Walter Chacón Málaga, con el propósito de resarcir el daño ocasionado.

III. AGRAVIOS

A) RESPECTO A LA IMPROCEDENCIA DE LA SOLICITUD DE INEJECUTABILIDAD DEL FALLO EMITIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

3.1. El señor Procurador Público Ad Hoc al fundamentar su recurso de nulidad, en la sesión de acto oral de quince de diciembre de dos mil nueve -obrante a fojas ciento dos mil ciento noventa y seis- formuló recurso de nulidad respecto a la resolución superior de catorce de diciembre de dos mil nueve, obrante a fojas ciento dos mil ciento ochenta y cuatro y ciento dos mil ciento ochenta y cinco, que resolvió la exclusión del encausado don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga del proceso seguido en su contra por delito contra la administración pública, en la modalidad de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado; alega que:

3.2. La resolución recurrida vulnera el principio de unidad y exclusividad en la administración de justicia establecido en la Constitución Política del Estado, esto es, la independencia de los Magistradas de la Sala Penal Superior para administrar justicia y el derecho al debido proceso que le asiste a las partes procesales, entre éstas, a la Procuraduría Pública que proteger los derechos e intereses

del Estado en esta causa penal y que ha estado presente a lo largo del proceso esperando la correspondiente reparación civil que generó el delito cometido por el acusado Chacón Málaga y sus cómplices.

3.3. Precisa, que el propio Tribunal Constitucional está reconociendo en la sentencia en la que dispone se excluya del presente proceso penal al encausado Chacón Málaga, que existe una ausencia de disposición legal que asuma su posición, en consecuencia, está emitiendo un pronunciamiento ilegal e inconstitucional. Indica que en la Procuraduría Pública se es consciente que el Colegiado Penal Superior respeta las resoluciones que emite el Tribunal Constitucional, empero la resolución cuestionada genera impunidad y que se pierda la confianza, toda vez que en lugar de interpretar la Ley como le corresponde, crea una nueva forma de extinción de la acción penal o de indulto, lo cual no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

B) RESPECTO A LA SENTENCIA CONDENATORIA

3.4. Agravios expuestos por la defensa técnica del encausado don LUIS MIGUEL PORTAL BARRANTES.

La defensa técnica del encausado Portal Barrantes al fundamentar su recurso de nulidad -obrante a fojas ciento tres mil ciento setenta y uno a ciento tres mil ciento setenta y siete- alega que:

3.5. En el presente proceso se ha establecido que la encausada doña Cecilia Chacón De Vettori y su patrocinado se casaron el doce de mayo de mil novecientos noventa y cinco en el distrito de San Borja, y como sociedad conyugal obtuvieron un saldo inicial estimado al mes de abril de mil novecientos noventa y cinco de once mil quinientos diez dólares, producto de los ahorros de ambos, pero principalmente de Luis Miguel Portal Barrantes;

3.6. Durante el período de mil novecientos noventa y cuatro al dos mil, presentaron un equilibrio patrimonial entre sus ingresos ascendente a quinientos treinta y siete mil ochocientos siete dólares y egresos ascendente a cuatrocientos cuarenta y nueve mil novecientos ochenta y nueve dólares, que les permitió incluso contar con un saldo acumulado de ochenta y siete mil ochocientos dieciocho dólares, lo cual se encuentra debidamente sustentado en documentos de carácter privado y público, así como en declaraciones testimoniales que muestran coherencia en las transacciones, lo cual demuestra que su patrimonio evolucionó equilibradamente en el tiempo mediante el ahorro de recursos propios obtenidos producto del trabajo y negocios, así como mediante el financiamiento y apoyo obtenido de parte de entidades financieras y terceros;

3.7. Que su patrocinado Portal Barrantes percibió ingresos económicos producto de su trabajo en los Estados Unidos de América, por cuanto, laboró en un supermercado y luego como ayudante de enfermería, y que durante su estancia en dicho país obtuvo como ingresos brutos – concepto de salarios- la suma de ciento cincuenta y ocho mil doscientos noventa y tres dólares, y por concepto de reintegros la suma de once mil cuatrocientos noventa y uno dólares; de igual forma, refiere que se ha logrado determinar que durante la estancia de su patrocinado Portal Barrantes en los Estados Unidos de América, éste pago por concepto de impuestos la suma de veinte mil novecientos setenta y tres dólares americanos, conforme se acredita con las declaraciones juradas de rentas americanas o Income Tax, sus respectivas traducciones y con la información enviada vía Cooperación Internacional, indicando que mediante la referida información se advierte que su patrocinado por concepto de seguro social, medicare y jubilación pagó la suma de diez mil doscientos dos dólares americanos. Precisa, que lo anterior permite comprobar que el Ministerio Público sin sustento probatorio alguno realizó un descuento ascendente a cuarenta y tres mil ciento veinticinco dólares del monto total bruto que por concepto de salarios/ingresos obtuvo Luis Miguel Portal Barrantes en Estados Unidos de América, siendo entonces que se ha descontado en exceso la suma de once mil novecientos cincuenta dólares, pues los descuentos reales ascienden a treinta y un mil ciento setenta y cinco dólares. Indica, que también se ha demostrado en autos, que la sociedad conyugal conformada por Luis Miguel Portal Barrantes y Cecilia Isabel Chacón De Vettori durante su permanencia en los Estados Unidos de América pudo ahorrar significativos montos por concepto de alimentación y vivienda, toda vez, que residieron en el domicilio de la señora María Luis Barrantes (madre de Luis Miguel Portal Barrantes), por lo que sus contribuciones para solventar dichos rubros era mínima; de otro lado, conforme al certificado de movimiento migratorio de su patrocinado Portal Barrantes, se tiene que durante el año mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y nueve tuvo estancias prolongadas en Estados Unidos de América, por tanto, pudo trabajar sin ningún problema, no obstante cada vez que venía al Perú traía consigo diversas sumas de dinero cuyos montos no declaraba en razón que hasta el año dos mil, no existía obligación legal en el Perú ni en Estados Unidos de América para declarar sumas mayores a los diez mil dólares, por tanto, la sociedad conyugal Portal Barrantes-Chacón De Vettori no tenía únicamente como ingresos las remuneraciones que obtenía Luis Miguel Portal Barrantes en Estados Unidos de América, sino que también tenía ingresos producto de

préstamos de entidades financieras y de terceros, alquileres, intereses bancarios, etcétera, siendo además que su patrocinado no fue el único que aportó a la sociedad conyugal, sino que también lo hizo la otra integrante, la señora Cecilia Isabel Chacón De Vettori, quien aportó ingresos económicos producto de su trabajo en ese mismo país.

3.8. Precisa, que la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori no tenía como ingresos únicamente las remuneraciones que obtuvo Luis Miguel Portal Barrantes en los Estados Unidos de América, pues se ha corroborado que en el mes de julio del año dos mil, este percibió como bonificación otorgada por su labor como Gerente en el Hostal «Portada del Sol Hacienda», la cantidad de mil quinientos ochenta y dos dólares; de igual forma su patrocinado recibió como préstamo de su hermano Ricardo Portal Barrantes la suma de setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares, los mismos que les fueron transferidos desde Estados Unidos de América a sus cuentas bancarias en donde figura el concepto «transferencias del exterior», habiéndose probado que el referido Ricardo Portal Barrantes tenía la suficiente capacidad económica adquisitiva como para realizar el mencionado préstamo; de igual forma, se ha establecido que la referida sociedad conyugal recibió como intereses bancarios la suma de dos mil cuatrocientos sesenta y seis dólares americanos por los depósitos que tenían en sus cuentas bancarias; del mismo modo, no se ha valorado debidamente que su defendido recibió por concepto de préstamos bancarios en los Estados Unidos de América la cantidad de treinta y ocho mil quinientos veinticinco dólares americanos, los mismos que hasta el año dos mil fueron pagados hasta por la suma de treinta mil doscientos noventa y nueve dólares americanos. Indica que se ha logrado demostrar que los fondos para la adquisición del terreno rústico de «Agua Tapada y Conchacharco» en la ciudad de Cajamarca que ascendía a la cantidad de quince mil dólares, así como el aporte de capital social para la constitución de la empresa Hostal «Portada del Sol Hacienda» ascendente a veinte mil nuevos soles (o su equivalente ascendente a cinco mil setecientos treinta y cuatro dólares) y el préstamo otorgado a la misma empresa por cincuenta y un mil quinientos setenta y cinco dólares, fueron obtenidos por la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori de diversas fuentes de ingreso, las mismas que han sido debidamente sustentadas con pruebas fehacientes obrantes en el expediente y que han sido consignadas en la pericia de parte. Precisa que la sentencia materia de impugnación tampoco consideró que la sociedad conyugal aludida realizó un egreso por costo de vida ascendente a setenta y un mil doscientos ochenta y tres dólares

americanos, monto que corresponde a un estimado realizado por el perito contable Luis Alberto Castillo Cubas en la pericia de parte, así como que su patrocinado pago por concepto de pólizas de seguro durante los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil, la suma de mil veintisiete dólares americanos, y que la sociedad conyugal gastó por concepto de pasajes al exterior una suma estimada de nueve mil trescientos ocho dólares. Indica finalmente, en relación con la pericia de oficio a la cual se adhiere el Ministerio Público, que se ha logrado establecer que en la misma se realizó un cálculo erróneo por concepto de pasajes al exterior ya que consideran gastos por estadía para los dos miembros de la sociedad conyugal como si hubiesen vivido separados y además utilizan como precio de referencia del pago que se hace por un pasaje a la ciudad de Miami, cuando lo correcto es tomar como referencia un pasaje a la ciudad de Boston.

3.9. Agravios expuestos por la defensa técnica de los encausados doña AURORA ISABEL DE VETTORI ROJAS DE CHACÓN y don JUAN CARLOS CHACÓN DE VETTORI.

La defensa técnica de los encausados doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón y don Juan Carlos Chacón De Vettori, al fundamentar su recurso de nulidad de fojas ciento tres mil ciento setenta y ocho, alega que:

3.10. La imputación contra el encausado don Juan Carlos Chacón De Vettori se sustenta en un reporte errado del Banco Continental que informó que poseía una cuenta a su nombre por veinte millones quinientos cincuenta y ocho mil ochocientos ochenta y nueve dólares con treinta y cinco centavos de dólar, equivocación que fue corregida por la citada entidad bancaria inclusive antes de la formalización de la denuncia;

3.11. El presente proceso penal no es complejo, debido a que si las autoridades judiciales que en su momento estuvieron a cargo del mismo hubieran actuado correctamente desacumulando el proceso desde un inició como lo solicitó en su oportunidad la familia Chacón - De Vettori, no hubiesen transcurrido más de nueve años, convirtiéndose el presente caso, en uno de los procesos más largos de la historia de la justicia penal peruana, al menos en lo que a Juicio Oral se refiere;

3.12. La familia Chacón - De Vettori viene cumpliendo más de cinco años en Juicio oral sin obtener sentencia alguna que demuestre su culpabilidad o inocencia, por tanto, se hace la interrogante ¿Dónde queda entonces el derecho fundamental al plazo razonable?

3.13. Existe un trato diferenciado hacia sus patrocinados, puesto que otros encausados con la misma formulación fáctica se les acuso por el delito de encubrimiento real, circunstancias que demostraría una contradicción interna en la acusación fiscal;

3.14. No se desvirtuó la presunción de inocencia de la familia Chacón – De Vettori, por las siguientes razones: **a)** no hay elemento probatorio que demuestre que Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga se hubiese enriquecido ilícitamente y menos aún que su familia hubiera colaborado para ello; **b)** los depósitos bancarios en la cuentas de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori son producto de su trabajo constante que data desde mil novecientos sesenta y nueve, no pudiéndose desconocer el trabajo de la señora De Vetorri desde la década del setenta, como lo hace en mayoría la Sala Penal Superior; **c)** no se ha demostrado que existan transferencias ingentes de dinero entre las cuentas del señor Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y sus hijos; **d)** no se sustenta la supuesta formación de las empresas de la familia Chacón – De Vettorri con dinero mal habido, estas empresas en las cuales en algunas existen socios, fueron constituidas legítima y legalmente, no existiendo irregularidad alguna en sus constituciones como tales; **e)** no se ha probado la existencia de acuerdo previo entre Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y su familia para enriquecerse ilícitamente, pretendiéndose mostrar como acuerdo previo criminal aquello que simplemente es el compromiso de toda familia de querer progresar y estar debidamente constituida; **f)** no existen signos exteriores de riqueza intermedios ni de destino final; **g)** no se ha probado la supuesta distribución de roles entre Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y su esposa Aurora De Vettori Rojas de Chacón; **h)** no se ha probado la ilicitud de las fuentes de ingresos, menos aún, que estos tuvieran vinculación económica con los ingresos del señor Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; y **i)** en el juicio oral quedo probado que los ingresos y patrimonio de la familia Chacón – De Vettori tiene origen lícito; ***vi)*** a la familia Chacón - De Vettori se le atribuye un supuesto desbalance patrimonial basado en errores matemáticos, graves omisiones técnicas y conceptuales de los acusadores, así como en interpretaciones antojadizas que pretenden desconocer los ingresos que obtuvo la familia; ***vii)*** respecto a la encausada Aurora De Vettori Rojas De Chacón, ha sido un miembro económicamente activo dentro de su sociedad conyugal con el excluido Chacón Málaga, habiendo aportado dentro de la evolución patrimonial el cuarenta y dos por ciento del incremento total, lo cual consiste en un anticipo de legítima, ingresos informales y apoyo

familiar; indicando, que de este rubro, el Colegiado Penal Superior en mayoría ha considerado únicamente el monto de treinta mil dólares correspondiente al anticipo de legítima, sin embargo, no ha considerado los ingresos formales a pesar de que existe documentación de la referida encausada que acredita que realizó actividad laboral de confección de prendas de vestir desde la década del setenta; precisa, que la no existencia de libros contables y facturas de dichos negocios, se debe a que en el año mil novecientos noventa y siete recién la encausada Aurora De Vettori Rojas De Chacón constituyó la empresa D' Vettori Atelier, antes de ello, tenía negocios de Boutique, galerías, etcétera, esto es, era una persona con negocio independiente; sin embargo, el Colegiado Penal Superior en Mayoría pretende ignorar el hecho de que la mencionada encausada siempre ha realizado actividad comercial, exigiéndole la presentación de documentación del año mil novecientos noventa, es decir, documentación de hace más de doce años; precisa que el Perito Contador realizó una evaluación contable y determinó mediante el método valorativo, cual era la cantidad de dinero que la referida encausada obtuvo en ese rubro, el método de valoración es utilizado siempre que se cuente con documentación que acredite hechos y montos pero no en su totalidad, este método se utiliza para realizar el costo de vida de una persona, el costo de estadía de una persona o el costo del pasaje de viaje de una persona, método que utiliza cualquier experto en temas contables y/ o financieros; ***viii)*** respecto a la tercera fuente de ingreso de la señora Aurora De Vettori Rojas de Chacón, esto es, el apoyo familiar correspondiente al treinta y cinco por ciento del ingreso neto del arrendamiento de dos fundos en Tumbes pertenecientes a su madre, Olga Rojas, el Colegiado Penal Superior en mayoría niega la existencia de esta fuente de ingreso, exigiendo para ello un documento con formalidades similares a la donación o anticipo de legítima; sin embargo, dicha exigencia no resulta adecuada, debido a que ningún padre que entrega periódicamente un porcentaje de dinero a su hijo, tipo una mensualidad o propina, lo hace mediante documento notarial o registral; sobre este item se tiene que agregar que la madre de la señora Aurora De Vettori Rojas de Chacón fue a Juicio oral y explicó detalladamente las razones por las que entregaba el dinero y del porque no requería mayor documentación que unos recibos privados, además que existe documentación que acredita que dichos Fundos (Olguita y San Juan de Tarapacá) se encontraban arrendados desde el año mil novecientos noventa y cuatro; ***ix)*** en cuanto a la encausada Cecilia Chacón De Vettori, el Colegiado Penal Superior en mayoría niega la existencia del ingreso obtenido por ésta en los Estados Unidos de

América, exigiendo para ello la presentación de las declaraciones juradas al gobierno americano « Income Tax»; sin embargo, desde que la referida encausada fue comprendida en el presente proceso penal (año dos mil uno), ha afirmado categóricamente que ella trabajó en los Estados Unidos de América de manera informal, ya que no contaba con el permiso de trabajo del gobierno americano; por tanto, si se realiza una evaluación objetiva de la documentación, se advertirá que existe el movimiento migratorio de la encausada en donde se verifica que no se encontraba en el Perú, sino en los Estados Unidos de América, además existen las constancias de trabajo de su empleador que están en papel membretado; indica que si el Colegiado hubiera querido buscar la verdad, hubieran pedido información vía cooperación internacional, sobre este tema, a su empleador, cosa que no se hizo, pues desde un comienzo nunca se ha querido creer que este ingresó existió; *x)* en cuanto al encausado Juan Carlos Chacón De Vettori, el Colegiado Penal Superior en mayoría afirmó que la empresa MECSA está bajo el control y dominio del referido encausado, en base a la inferencia de que dicha empresa no ha podido probar sus ingresos y porque Juan Carlos Chacón De Vettori era el Gerente General de la misma; dicha inferencia es por demás errada, porque el ser Gerente General no le permite tener control de la empresa, debido a que ésta estaba constituida por otros dos socios que tenían la misma cantidad de acciones; además de ello, se pretende hacer una evaluación patrimonial de la referida empresa sin tener el sustento contable de la misma; lo cierto es, que no se puede comprender el patrimonio de la empresa con la sola intención de acreditar un desbalance patrimonial a uno de sus socios, además está demostrado que el encausado don Juan Carlos Chacón De Vettori ha trabajado en la empresa «ROCASA» y que en el año mil novecientos noventa y cinco tributo como trabajador independiente y que en el año mil novecientos noventa y siete no lo hizo por trabajar con la empresa MECSA; *xi)* la sentencia en mayoría incurre en los mismos errores y deficiencias a las que arribaron en su momento los economistas que realizaron el dictamen pericial de oficio y que fueron recogidas por el Fiscal y la Procuraduría Pública, debido a que no existe desbalance patrimonial, lo cual se hizo en base a la inflación de los depósitos en las cuentas bancarias, consignándose en ellas cantidades inexistentes y desconocimiento de los ingresos de la familia Chacón - De Vettori; indicando al respecto lo siguiente: a) referente a los montos de depósitos en las cuentas de don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, el Colegiado Penal Superior en mayoría a determinado que durante el período de mil novecientos noventa y cinco al dos mil, se han depositado quinientos

setenta y dos mil ciento ochenta y tres dólares con setenta y seis centavos de dólar, de los cuales ciento treinta y nueve mil cuatrocientos setenta y siete dólares con cuarenta y cinco centavos de dólar son «flujos internos de depósitos», esto es, transferencias de dinero entre cuentas propias, de esta manera el referido Colegiado concluye que el monto total de depósitos en las cuentas bancarias de Chacón Málaga es de cuatrocientos cuarenta mil cuatrocientos ochenta y siete dólares con cuarenta y siete centavos de dólar, sin embargo, dicho monto no es el correcto, se ha inflado mediante el método que siempre se ha usado en relación a la familia Chacón – De Vettori, esto es, se comete un error matemático de siete mil setecientos ochenta y un dólares con dieciséis centavos de dólar, por cuanto, si a los quinientos setenta y dos mil ciento ochenta y tres dólares con setenta y seis centavos de dólar que la Sala considera como total de depósitos, le restó las transferencias que ellos mismos dicen que deben restarse y le hacemos una operación aritmética simple, tenemos que nos da como resultado cuatrocientos treinta y dos mil setecientos setenta y seis dólares con treinta y un centavos de dólar y no los cuatrocientos cuarenta mil, cuatrocientos ochenta y siete mil dólares con cuarenta y siete centavos de dólar que concluye la Sala, habiéndose inflamado el monto del presunto desbalance en siete mil setecientos ochenta y un dólares con dieciséis centavos de dólar, monto de inflación que deberá ser reducido del monto total del presunto desbalance patrimonial; **b)** respecto a las transferencias entre cuentas propias de la sociedad conyugal Chacón Málaga – De Vettori Rojas, el Colegiado Penal Superior sólo considera como total de transferencias la suma de ciento treinta y nueve mil cuatrocientos setenta y siete mil dólares con cuarenta y cinco centavos de dólar, sin embargo, en la sesión de acto oral número doscientos ochenta y cuatro de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil nueve, en el alegato final de la defensa técnica se demostró que entre las cuentas personales de la sociedad conyugal Chacón Málaga – De Vettori Rojas se realizaron movimientos bancarios de dinero de una cuenta a otra del mismo titular por la suma total de doscientos diecinueve mil quinientos sesenta y cuatro dólares con cuarenta y cinco centavos de dólar, sin embargo, el Colegiado Penal Superior en mayoría, sólo consideró ciento treinta y nueve mil cuatrocientos setenta y siete dólares con cuarenta y cinco centavos de dólar, sin dar mayor argumento del porque no consideró ochenta mil dólares que también son movimientos de dinero de una cuenta a otra cuenta del mismo titular, es decir porque no valoró también lo argumentado y probado por la defensa durante el Juicio oral; **c)** respecto a las cuentas totales de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, la

sentencia en mayoría se equivoca, perjudicando con ello a la referida sociedad conyugal, debido a que a lo largo del proceso penal, la defensa técnica de la familia Chacón – De Vettori ha demostrado la existencia de una constante de inflar las cantidades para incrementar y justificar un presunto desbalance patrimonial que no existe, en este caso tenemos que en la pagina doscientos veintisiete de la sentencia en mayoría se determinó que en la cuenta del encausado Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga existe como monto de abono la suma de cuatrocientos cuarenta mil cuatrocientos ochenta y siete dólares con cuarenta y siete centavos de dólar (monto después de realizada la reducción de lo que se considera como transferencias ciento treinta y nueve mil cuatrocientos setenta y siete dólares con cuarenta y cinco centavos de dólar), y en la página doscientos treinta y dos de la sentencia en mayoría, se considera las dos cuentas de la señora Aurora De Vettori como total de depósitos la suma de ciento ochenta y siete mil quinientos dólares con noventa y dos centavos de dólar, precisando que cuando el Colegiado hace la operación aritmética, sumando las cuentas de Chacón Málaga De Vettorri Rojas da como resultado un total de setecientos cincuenta y nueve mil seiscientos ochenta y cuatro dólares con sesenta y ocho centavos de dólar, sin embargo, en vez de sumar, como lo expone en la página doscientos veintisiete, cuatrocientos cuarenta mil cuatrocientos ochenta y siete dólares con cuarenta y siete centavos de dólar (monto que queda después de la reducción) suma como total de depósitos en la cuenta de Chacón Málaga, quinientos setenta y dos mil ciento ochenta y tres dólares con setenta y seis centavos de dólar, inflando y contradiciendo con este método la suma de cuatrocientos cuarenta mil cuatrocientos ochenta y siete dólares con cuarenta y siete centavos de dólar, entonces tenemos como segundo error, en perjuicio de la sociedad conyugal Chacón – De Vettori, que para sustentar una sentencia condenatoria se incrementó injustificadamente la suma de cuatrocientos cuarenta mil cuatrocientos ochenta y siete dólares con cuarenta y siete centavos de dólar, que aunado al error matemático ya expuesto por siete mil setecientos ochenta y un dólares con dieciséis centavos de dólar, tenemos que el Colegiado Penal Superior ha incrementado un total de cuatrocientos cuarenta y ocho mil, doscientos sesenta y ocho dólares con sesenta y tres centavos de dólar; **d)** en cuanto a la inversión en empresas de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, el Colegiado Penal Superior ha considerado dentro del desembolso realizado en la empresa Hostal Portada del Sol, la suma de diez mil cuatrocientos ochenta y ocho dólares, por concepto de préstamos a la empresa, y la suma de veinticinco mil setecientos ochenta y ocho dólares, también

por concepto de préstamos en la empresa D' Vettori Atelier; sin embargo, no ha considerado la devolución del préstamo por trece mil trescientos setenta y cinco dólares del Hostal Portada del Sol y los quince mil dieciocho dólares de la devolución de préstamo de la empresa D´ Vettori Atelier; la sentencia en mayoría tampoco ha explicado cual ha sido la razón del porque no considera la devolución del préstamo (que es un ingreso) pero si considera el préstamo (que es un egreso) si los documentos que sustentan ambos actos, son los mismos (libros contables y recibos), es decir, en desmedro de la referida sociedad conyugal no sólo infla montos en las cuentas bancarias, sino que además niega la existencia de ingresos para de esta manera sostener equivocadamente una sentencia condenatoria; e) respecto a la operatividad de las empresas de la sociedad conyugal Chacón – De Vettori, el Colegiado Penal Superior en mayoría, ha tomado como sustento probatorio para establecer la operatividad de las empresas, las declaraciones juradas de éstas, específicamente el rubro «Resultado acumulado en el ejercicio», en vez de tomar el rubro de ventas netas; el rubro de «ventas netas» determina si efectivamente la empresa obtuvo ingresos por su actividad comercial, mientras que el rubro «resultado acumulado en el ejercicio» determina si la empresa tuvo utilidades; no puede tomarse las utilidades para determinar la operatividad de la empresa o la solvencia de la misma, por cuanto, la utilidad se saca realizando una resta entre los ingresos y egresos de la empresa, dentro de los egresos se encuentran las atribuciones de resultado y la devolución de los préstamos, por tanto, el Colegiado en Mayoría ha realizado una apreciación errada y confusa en materia contable; f) respecto a las cuentas bancarias de la sociedad conyugal Portal – Chacón, la sentencia en mayoría ha considerado que en todas las cuentas bancarias de la referida sociedad conyugal, existe un total de depósitos por cuatrocientos cincuenta y dos mil novecientos cuarenta y ocho dólares con treinta y nueve centavos de dólar de los cuales se debe descontar la suma de veintiún mil ciento cincuenta dólares que son las transferencias entre cuentas propias, lo que daría como resultado la suma de cuatrocientos treinta y un mil setecientos noventa y ocho dólares con treinta y nueve centavos de dólar, sin embargo, el Colegiado Penal Superior en mayoría omitió mencionar que dentro del movimiento bancario del señor Luis Portal Barrantes, se demuestra las transferencias de dinero de los Estados Unidos de América al Perú, es decir el préstamo de Ricardo Portal a su hermano Luis Portal por la suma de setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares, más aún, el referido Colegiado en mayoría, a pesar de que existen los movimientos bancarios y los reportes de transferencia,

omite valorarlos y pronunciarse al respecto, no solo no los considera, sino que además los considera como depósitos cuyo origen de dinero no se conoce, además ignoran los depósitos realizados por el arrendamiento del departamento del inmueble ubicado en Los Milanos número ciento noventa y cuatro – San Isidro, por la suma total de catorce mil novecientos cuarenta y cinco dólares, todo ello nos lleva a afirmar que se nos está considerando indebidamente la suma de noventa y tres mil novecientos diecinueve dólares, es decir, un exceso indebido; en conclusión no se consideró lo probado y demostrado en el Juicio oral, afectando de esta manera los derechos fundamentales que le asisten a sus patrocinados; **g)** en cuanto a la adquisición del departamento ubicado en la calle Los Milanos en San Isidro, la sentencia en mayoría, pretende inferir que un contrato de arrendamiento es prueba suficiente para desvirtuar una escritura pública, la supuesta inferencia radica en que el departamento fue arrendado meses antes de la concretización de la escritura pública de compra – venta y en dicho contrato de arrendamiento figura como propietaria la señora Aurora De Vettori, dicha apreciación subjetiva del Colegiado en mayoría no toma en cuenta dos realidades, la Sociedad Conyugal Portal – Chacón no se encontraba en el Perú para realizar el arrendamiento, motivo por el cual solicitó el favor a la señora Aurora De Vettori, además el contrato de arrendamiento fue presentado por la familia Chacón; **h)** respecto al arrendamiento del departamento de la calle Los Milanos en San Isidro, el Colegiado en mayoría utiliza el contrato de arrendamiento para concluir que dicho inmueble no le pertenece a la sociedad conyugal Portal – Chacón, sino a la sociedad conyugal Chacón – De Vettori, lo curioso es que no se niega la existencia del arrendamiento, pero no consideran el monto del arrendamiento como ingreso, ni para la sociedad conyugal Portal – Chacón ni para la sociedad conyugal Chacón – De Vettori; **i)** respecto a los ingresos de Cecilia Chacón De Vettori en los Estados Unidos de América; precisa que durante el Juicio oral la referida encausada solicitó permiso de salida del país, el cual fue aceptado con la finalidad de traer de su empleador algún documento que le sirviera para acreditar su ingreso, y ello fue así, trajo en papel membretado firmado por su empleador, unas constancias de trabajo a efectos de que se consideraran sus ingresos, sin embargo, el Colegiado Penal Superior en mayoría lejos de realizar alguna actividad en aras de la búsqueda de la verdad, no solicitó información sobre la empresa ni sobre la información entregada por su empleadora, simplemente se limitó a negar dicho ingreso; más aún, la sentencia en mayoría no ha valorado la amplia documentación presentada al proceso que demuestran los

ingresos de la encausada Cecilia Chacón De Vettori; j) en relación a los prestamos en los Estados Unidos de América, la sentencia en mayoría, lejos de realizar alguna averiguación vía cooperación internacional, se limitó a no considerar los ingresos obtenidos por préstamos bancarios en los Estados Unidos de América del señor Luis Portal, a pesar que obra en el expediente los documentos que acreditan dicho préstamo, lo que es peor, si bien lo consignan como proposición fáctica alegada por la defensa, el Colegiado no realizó ninguna valoración específica, limitándose en su conjunto a negar la existencia de dicho ingreso; k) en cuanto a los departamentos de la empresa MECSA, en la sentencia en mayoría se concluye que el encausado Juan Carlos Chacón De Vettori sería el verdadero propietario de los departamentos cuatrocientos uno y cuatrocientos dos de la avenida Tacna número quinientos cinco - San Miguel, debido a que arrendó el último de los departamentos y el otro fue utilizado por Eduardo Egúsquiza; al respecto surgen diversas interrogantes que no han sido respondidas por la Sala Penal Superior en mayoría, por cuanto, si los departamentos eran de Juan Carlos Chacón De Vettori y uno de ellos se arrendó, entonces, porque no consideraron dicho ingreso, más aún, si la prueba de la supuesta titularidad aparente es el contrato de arrendamiento; de otro lado, si como el Colegiado en mayoría expone, que de los dos departamentos, uno fue arrendado por Juan Carlos Chacón De Vettori y el otro fue utilizado por Eduardo Egúsquiza - socio de MECSA-, porque consideran que los dos departamentos son de titularidad aparente de don Juan Carlos Chacón De Vettori, si como se dice, éste usufructuó solo uno de ellos; en este razonamiento del Colegiado, un contrato de arrendamiento, tiene más valor que las escrituras públicas inscritas en Registros Públicos que tienen la calidad de fecha cierta; y sobre este error el Colegiado imputa la suma de sesenta y tres mil dólares, agregándole como desbalance patrimonial individual a Juan Carlos Chacón De Vettori, cuando lo que se debió hacer fue citar al contador de la empresa MECSA para que aclarara la situación contable y económica de la misma; l) en cuanto al supuesto control de Juan Carlos Chacón De Vettori respecto a la empresa MECSA; el Colegiado en mayoría fuerza una interpretación de la declaración de Juan Carlos Chacón De Vettori cuando afirma que éste se encargaba del manejo financiero de la empresa, por cuanto, la declaración del referido encausado va en función a su cargo, Gerente General, y el cargo que ostentaba era precisamente el que veía el tema financiero de la empresa, no como pretende inferir el Colegiado, en una posición totalmente distorsionada, que él como Gerente General veía el tema financiero y manejaba a su antojo la empresa; y la prueba

de que ello no era así, es el libro de actas de donde se advierte que se reunían los socios para tomar decisiones en conjunto de la empresa; además si se revisa las tarjetas empresariales de los socios, se verá que Chacón De Vettori no fue la única persona que recibía beneficios económicos de su empresa, los demás socios también lo recibían, tanto es así, que la bonificación extraordinaria fue recibida por todos los socios; **ll)** en cuanto a la inclusión de patrimonio de la persona jurídica en la evaluación patrimonial de las personas naturales, el Colegiado en mayoría ha considerado el patrimonio de la empresa MECSA para de esta manera sustentar el supuesto desbalance de don Juan Carlos Chacón De Vettori, cuestión totalmente fuera de la Ley, en tanto que ninguna empresa ha sido considerada como parte del proceso; precisa, que si el Colegiado pretendía utilizar la inferencia de que la empresa fue una fachada, debió haberse convocado al otro socio de MECSA y al contador de la misma para que estos informaran al Colegiado sobre la situación de la empresa, o por lo menos solicitar la entrega de cierta documentación; no se puede imputar adquisiciones de las empresas sin tomar en cuenta el derecho de la empresa a su defensa y/o dar una explicación, con independencia de que luego el Colegiado la evalué; **m)** respecto a las supuestas transferencias entre las cuentas de Chacón Málaga a las cuentas de Juan Carlos Chacón De Vettori, el Colegiado en mayoría ha inferido sin ningún tipo de explicación en su metodología, cuales son los depósitos en efectivo, lo que es peor, no menciona el número de cuentas completas ni de qué Banco son, o cual ha sido la información que se ha tenido para realizar tal inferencia, ni si dicha información fue oralizada por el Ministerio Público; más aún, la suma de veinticinco mil seiscientos diez dólares con noventa y dos centavos de dólar y treinta mil seiscientos diez dólares que se mencionan que son de Walter Chacón Málaga es sumada dos veces, una en la cuenta de Chacón De Vettori y otra en las cuentas de Juan Carlos Chacón De Vettori, trayendo como resultado una duplicidad en los montos.

C) RESPECTO AL MONTO FIJADO POR CONCEPTO DE REPARACIÓN CIVIL EN LA SENTENCIA RECURRIDA

Agravios expuestos por la defensa técnica de los encausados doña AURORA ISABEL DE VETTORI ROJAS DE CHACÓN y don JUAN CARLOS CHACÓN DE VETTORI.

3.15. Se cuestiona el monto fijado por concepto de reparación civil, indicando que en el presente caso no existe ninguna sustentación y menos cuantificación de la supuesta responsabilidad de sus

patrocinados o el daño que hubiesen causado, por lo que resulta impertinente disponer el monto de dos millones de nuevos soles por concepto de reparación civil, debido a que vulnera el principio de proporcionalidad

3.16. Agravios expuestos por la Procuraduría Pública Ad Hoc - Parte Civil.

El Procurador Público al fundamentar su recurso de nulidad, obrante a fojas ciento tres mil doscientos sesenta y ocho, muestra su disconformidad con el monto fijado por concepto de reparación civil en la sentencia recurrida, alega que si bien es cierto el Colegiado Penal Superior efectúo un preciso análisis doctrinario sobre la aplicación de la reparación civil como resarcimiento al daño causado, no se advierte un sustento para la imposición de dos millones de nuevos soles por concepto de reparación civil, a pesar que, este debe calcularse en función de la ocupación y capacidades económicas de los acusados. i) Precisa, que se aprecia de los anexos A, B y C de la sentencia recurrida, un considerable desbalance patrimonial correspondiente a la encausada Aurora Isabel Chacón De Vettori como integrante de la sociedad conyugal conformada con el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga ascendente a quinientos cincuenta y cinco mil trescientos diecisiete dólares con cincuenta y un centavos de dólar, respecto a Luis Miguel Portal Barrantes como integrante de la sociedad conyugal con Cecilia Isabel Chacón De Vettori (reo contumaz) ascendente a cuatrocientos cincuenta y dos mil novecientos cuarenta y ocho dólares con treinta y nueve centavos de dólar, y en cuanto a Juan Carlos Chacón De Vettori ascendente a cuatrocientos sesenta y seis mil catorce dólares con veintinueve centavos de dólar, lo que hace un total de un millón cuatrocientos setenta y cuatro mil doscientos ochenta dólares con diecinueve centavos de dólar, monto que al cambio de moneda equivalente a cuatro millones doscientos dieciséis mil cuatrocientos cuarenta y un nuevos soles y treinta y cuatro céntimos; por tanto, considerando el monto global de desbalance patrimonial, se entiende, que de ninguna manera el Estado Peruano sería resarcido al recibir la suma fijada por concepto de reparación civil en la sentencia. ii) Indica, que para realizar el cálculo para imponer la denominada reparación civil debe primar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, los parámetros establecidos por el Ministerio Público y la Parte Civil y otros factores importantes como son el daño moral y los intereses legales; al respecto, el artículo mil novecientos ochenta y cinco del Código Civil, señala que los intereses legales son concomitantes al monto de la indemnización, así dicho

articulado establece que la indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido, agregando que el monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño.

iii) Precisa, que para efectos de calcular el monto por concepto de reparación civil en el presente caso, el Colegiado Penal Superior no ha tomado en consideración lo siguiente: **a)** el monto global materia de desbalance patrimonial ascendente a cuatro millones doscientos dieciséis mil cuatrocientos cuarenta y un soles con treinta y cuatro céntimos, el cual debe ser devuelto en forma íntegra, de conformidad con lo establecido en el artículo noventa y tres del Código Penal, que señala la reparación civil comprende la restitución del bien o, si no es posible, el pago de su valor; ***b)*** lo concerniente al daño moral e intereses legales, los cuales son de absoluta importancia para la determinación de la reparación civil; en este orden de ideas, efectuado el cálculo pertinente de intereses legales de conformidad con lo establecido por las publicaciones de la Superintendencia de Banca y Seguros, al mes de diciembre de cada año, se generó un interés del orden de ochocientos veinte mil con setecientos treinta y un nuevos soles y cincuenta céntimos, a lo cual debe adicionársele lo concerniente al daño moral, que efectuado el cálculo asume que asciende a tres millones de nuevos soles, todo lo cual hace un total de ocho millones treinta y siete mil ciento setenta y dos nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos, monto que se considera razonable y proporcional con el daño ocasionado al Estado Peruano.

D) RESPECTO A LAS CUESTIONES PROCESALES RESUELTAS EN LA SENTENCIA RECURRIDA

Agravios expuestos por la defensa técnica de los encausados doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón y don Juan Carlos Chacón De Vettori respecto a cuestiones procesales resueltas en la sentencia.

3.18. La defensa técnica de los aludidos encausados muestra su disconformidad con lo resuelto en la sentencia venida en grado respecto a las cuestiones procesales siguientes: ***i)*** que declaró infundada la oposición a la incorporación al presente proceso penal de copias certificadas del expediente de fiscalización de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria; por cuanto, considera que corresponde a las partes procesales y no al órgano jurisdiccional la incorporación de la prueba de cargo y de descargo; además, precisa

que la etapa del Juicio oral sólo está destinada a actuarse lo acopiado en la instrucción y no generar nueva información; agrega que el expediente tributario aludido no se encuentra finalizado sino que ha sido materia de impugnación, consecuentemente no existe pronunciamiento definitivo de la autoridad respectiva; *ii)* que declaró la suspensión del plazo de prescripción respecto a la encausada contumaz Cecilia Chacón De Vettori, indicando que el Colegiado Penal Superior tomó dicha decisión por considerar que ésta estaba rehuyendo al presente proceso, sin embargo, su patrocinada concurrió a ciento dos sesiones del Juicio oral durante dos años, incluso cuando ya era Congresista de la República; precisa, que en su momento se solicitó que se dispensara a su defendida de concurrir al Juicio Oral cuando no tuviera que participar activamente en la audiencia a efectos de poder cumplir con su labor Congresal, por cuanto, en ese momento se estaba desarrollando actuaciones probatorias de otros coacusados no pertenecientes a su familia; por tanto, resulta desproporcional la condición de contumaz y la resolución que le suspende el plazo de prescripción de la acción penal, más aún, si la Sala Penal Superior en el caso de otras dos procesadas permitió que no asistieran al Juicio oral bajo los mismos argumentos expuestos para su defendida, existiendo por tanto un trato diferenciado respecto a ésta, en consecuencia este extremo de la recurrida vulnera el debido proceso; *iii)* que declaró fundada la oposición a la incorporación del DVD ofrecido por la encausada Cecilia Chacón De Vettori; indica que dicha decisión judicial se sustentó en que dicho video debió ser presentado traducido y reconocido por la mencionada encausada; sin embargo, como se puede exigir a dicha encausada reconocer el DVD si la Sala Penal Superior la declaró contumaz, sin perjuicio de indicar que ésta estuvo representada por sus abogadas en el Juicio oral; precisa, que lo que se quiso demostrar con dicho video es que la señora Cecilia Chacón De Vettori trabajó en los Estados Unidos de América, por tanto, la transcripción del video no tenía mayor relevancia, no se discutía el diálogo del video, sino la fecha del mismo, esto es, acreditaba que en el año mil novecientos noventa y seis, la referida encausada se encontraba trabajando en Estados Unidos de América; *iv)* que declaró infundada la oposición a la lectura de documentos cuando ya había finalizado la etapa procesal pertinente; alega que se permitió una segunda ronda de lectura de piezas, a través de lo cual la Fiscalía y la Procuraduría Pública habrían subsanado algunas omisiones y/o mejorado sus argumentos del debate, pues no sólo se permitió lectura de nuevos documentos que jamás debieron ingresar al debate, sino que se permitió que se vuelvan a leer piezas procesales; precisa, que el

artículo doscientos sesenta y dos del Código de Procedimientos Penales, establece que sólo se podrán oralizar documentos, debiendo entender como tales los señalado en el artículo doscientos treinta y cuatro del Código Procesal Civil que dispone que son documentos: los públicos o privados, impresiones, fotocopias, fax, planos, cuadros, dibujos, fotografías, radiografías, cintas magnetofonías y otras reproducciones de audio y video; sin embargo, tanto el Ministerio Público y la parte Civil ofrecieron «escritos» de contestaciones de requerimientos y apelaciones presentadas dentro de un procedimiento administrativo - SUNAT-, por lo que, siendo éstos documentos sólo medios de defensa técnica, no debieron ser admitidos en el estadio de oralización de piezas; asimismo se dejó constancia que en el escrito de ofrecimiento de piezas de la parte civil presentado con posterioridad al escrito del Ministerio Público, se estaban ofreciendo algunas piezas que ya habían sido ofrecidas por el Fiscal. De otro lado, indica que siguiendo la línea establecida por el Colegiado, respecto a que no se oralizan piezas que no estén dentro del período comprendido en la investigación, así como de documentos ya leídos anteriormente, la defensa técnica de la encausada Aurora De Vettori Rojas formuló la respectiva oposición, por lo que este aspecto también es materia de impugnación; *v)* que declaró infundada la oposición a la actuación de prueba de oficio, alega que en el Pleno Jurisdiccional Nacional de dos mil ocho, respecto al delito de enriquecimiento ilícito, se concluyó en mayoría que *«es el Ministerio Público quien debe probar que el funcionario público se ha enriquecido ilícitamente, en el período que tuvo dicha condición»*; además cuando trata la prueba de oficio concluyó que «si es factible la prueba de oficio siempre que tenga el carácter de excepcional, subsidiaria y complementaria sobre los hechos propuestos materia de debate y deben ser sometidos al contradictorio»; esto es, la prueba de oficio debe ser complementaria y excepcional, más no debe romper el rol de quien tiene la carga de la prueba, que en los casos de enriquecimiento ilícito, como en todos los demás, es el Ministerio Público, cuestión que en el presente proceso no se ha respetado, pues ha sido la Sala Penal la que constantemente ha asumido los deberes del Fiscal, usurpando sus funciones, lo cual genera serias dudas sobre el carácter imparcial del Colegiado que incorporó como prueba de oficio ochenta y siete piezas del expediente, siendo que el propio persecutor de la acción penal, que es el Ministerio Público, solicitó la oralización en su conjunto de ochenta y ocho piezas; asimismo el Colegiado no corrió traslado a las partes para determinar si incorporaba o no las pruebas de oficio, sino que lo hizo de mutuo propio sin someterlo a debate.

E) RESPECTO AL EXTREMO DE LA SENTENCIA RECURRIDA QUE DISPUSO EL DECOMISO DE TODOS LOS INMUEBLES Y PARTICIPACIONES EN LAS EMPRESAS DE LOS CONDENADOS

Agravios expuestos por la defensa técnica de los encausados doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón y don Juan Carlos Chacón De Vettori, respecto al extremo de la sentencia que dispuso el decomiso de todos los inmuebles y participaciones en las empresas de sus patrocinados.

3.20. La defensa técnica muestra su disconformidad con el extremo que dispone el decomiso de todos los inmuebles y participaciones en las empresas de sus patrocinados, por cuanto no existe elemento que sustente dicha decisión, más aún, cuando no hay prueba que acredite la responsabilidad penal de los encausados doña Aurora De Vettori Rojas de Chacón, don Juan Carlos Chacón De Vettori, y doña Cecilia Chacón De Vettori y don Luis Miguel Portal Barrantes en el delito imputado; indica que si bien la Sala Penal Superior ha excluido del proceso al señor Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, también lo es, que en mayoría lo ha sancionado patrimonialmente al resolver decomisar las propiedades de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, olvidándose que si la sanción es para la señora Aurora De Vettori Rojas (aunque no se ha probado su responsabilidad penal) no puede ingresar a la esfera de su copropietario Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; por tanto, estando a que las propiedades le pertenecen en un cincuenta por ciento a Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, no puede decomisarse el cien por ciento del valor de estas; precisa, que igual situación ocurre en relación a las participaciones de la empresa Hostal Portada del Sol, en donde Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga es titular de la empresa, esto es, se está sancionando económicamente al que fue excluido del proceso; asimismo se está decomisando inmuebles de la empresa MECSA sin haber solicitado la presencia de su representante al proceso a efectos de que ejerza su derecho de defensa, más aún, si se tiene en consideración que aquélla empresa está conformada por socios.

4. SÍNTESIS DEL *FACTUM*

El sustento fáctico de la acusación fiscal -de fojas cuarenta mil seiscientos ochenta y dos a cuarenta mil setecientos setenta y cuatro, integrada a fojas cuarenta y un mil trescientos diecisiete y cuarenta y un mi trescientos dieciocho- consiste concretamente en que el ex Asesor Presidencial don Vladimiro Montesinos Torres -en su condición de

Asesor de la Alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional- ejerció un control absoluto sobre el aparato estatal, contando para ello con la autorización del ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, es así que haciendo abuso de dicha atribución y vulnerando los procedimientos establecidos por el Ejército Peruano, favoreció en su mayoría a ex compañeros de promoción de la Escuela Militar de Chorrillos entre ellos el encausado don **WALTER GASPAR SEGUNDO CHACÓN MÁLAGA**, colocándolos en cargos estratégicos dentro de la Jerarquía del Ejército Peruano, desde donde éstos se aprovecharon para enriquecerse ilícitamente durante el período de mil novecientos noventa a dos mil, lo que se demuestra con el desbalance patrimonial que se observa en las pericias que obran en autos, quedando éstos comprometidos con Montesinos Torres para acceder a sus requerimientos económicos y funcionales cuando lo considerase conveniente. Precisándose respecto al encausado don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, que posee un terreno eriazo en Cieneguilla de mil metros cuadrados adquirido en el año mil novecientos noventa y nueve, un terreno eriazo en Zarumilla – Tumbes, ubicado en la playa Bocapán adquirido por veinte mil nuevos soles a un General de apellido «Ramos», una cuenta de ahorros en el Banco de Crédito con seis mil dólares americanos y otra en el Banco Continental con veintidós mil dólares americanos, pero al iniciarse el presente proceso esta última cuenta fue dejada en cero dólares, también posee una cuenta a plazo vigente por veinte mil dólares americanos, una cuenta de valores por tres mil setenta y cuatro nuevos soles y una tarjeta de crédito con un límite de hasta cinco mil dólares, bienes que no guardan proporción con el sueldo de un General del Ejército que asciende a cinco mil ochocientos nuevos soles.

Asimismo, se ha establecido la participación de sus hijos don Juan Carlos Chacón De Vettori y doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, además de su yerno don Luis Miguel Portal Barrantes, quienes facilitaron sus nombres para adquirir diversos vehículos, bienes inmuebles, además de crear empresas bajo la directiva de su padre, utilizando para ello el dinero indebidamente obtenido por el inculpado don Walter Segundo Gaspar Chacón Málaga durante su desempeño como Oficial del Ejército Peruano, conforme se señala en el Informe Pericial de fojas treinta mil trescientos treinta y cuatro a treinta mil trescientos setenta y seis y sus recaudos respectivos; encontrándose en la misma situación la esposa del mencionado oficial, doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, quien con conocimiento del notable incremento patrimonial de su cónyuge en relación con los ingresos

percibidos como Oficial del Ejército Peruano, ha utilizado el dinero obtenido indebidamente por su esposo para constituir empresas y adquirir participaciones en las empresas «Real Hotel Titicaca» y «Pesquera Real Titicaca» Sociedad de Responsabilidad Limitada, lo que demuestra que esta persona ha facilitado el incremento patrimonial de la sociedad conyugal sin que existan documentos que acrediten la proporción entre los ingresos y gastos realizados por su familia; debiendo indicar, que el fundamento de las referidas imputaciones se basa concretamente en el Informe Pericial de oficio antes indicado.

5. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA EN LO PENAL

El señor Fiscal Supremo Adjunto Titular de la Segunda Fiscalía Suprema Penal, en el dictamen número ciento noventa y cinco - dos mil once, de los folios veintidós a cincuenta y nueve (del cuaderno formado en esta Instancia Suprema), opina que se debe declarar no haber nulidad en los extremos impugnados del auto en referencia y la sentencia recurrida.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Teniendo en cuenta la imputación penal, según la acusación fiscal -de los folios cuarenta mil seiscientos ochenta y dos a cuarenta mil setecientos cuarenta y cuatro- Integrada conforme -conforme es de verse a folios cuarenta y un mil trescientos diecisiete a cuarenta y un mil trescientos dieciocho- los hechos materia del proceso se suscitaron entre los años mil novecientos noventa al dos mil, por lo que considerando lo previsto en los artículos ochenta y ochenta y tres, último párrafo, del Código Penal, a la fecha, la acción penal se encuentra vigente.

SEGUNDO: SUSTENTO NORMATIVO.-

2.1. **Delito de enriquecimiento ilícito**: Artículo cuatrocientos uno del Código Penal (texto original): «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».

2.2. **Complicidad primaria y complicidad secundaria**: Artículo veinticinco del Código Penal: «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. A los que, de cualquier otro modo, hubieran dolosamente prestado asistencia se

les disminuirá prudencialmente la pena.

2.3. Derecho de Motivación de las resoluciones judiciales: El numeral cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, establece que las decisiones judiciales deben ser debidamente motivadas.

2.4. Obligación de presentar declaración jurada de bienes y rentas: Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia número 008-2005-PI/TC, puntualizó: «Los artículos cuarenta y cuarenta y uno de la Constitución establece 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 cuarenta 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.

2.5. De la aplicación de la ley vigente a la fecha de los hechos: En observancia del principio de legalidad establecido en el literal «d» inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución Política del Estado y a lo previsto en el artículo seis del Código Penal, para la determinación del tipo penal a aplicarse debe observarse como regla general, el principio *Tempus regim actum,* de acuerdo con el cual la norma penal a aplicarse será aquella que se encuentre vigente al momento de la comisión del delito; sin embargo, de acuerdo a lo previsto en el segundo párrafo del artículo ciento tres de la Carta fundamental, en caso de conflicto de normas penales en el tiempo, debe aplicarse la que resulte más favorable al reo.

2.6. Del contenido de la sentencia condenatoria: El artículo doscientos ochenta y cinco del mismo Código regula el contenido de la sentencia condenatoria precisando que debe apreciarse las declaraciones de los testigos o de las otras pruebas en que se funda la culpabilidad, las circunstancias del delito y la pena principal que debe sufrir el reo.

2.7. De la nulidad de la sentencia: El artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, faculta a la Corte Suprema declarar la nulidad de la sentencia o auto, inciso uno: «Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámite o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal».

2.8. El inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Política del Perú, respecto a la motivación de las resoluciones judiciales.

2.9. La sentencia del Tribunal Constitucional en el EXP. N.° 00569-2011-PHC/TC -callao, de seis de abril de 2011, estableció los siguiente: *«Respecto a la vulneración del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, este Tribunal ha señalado que la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y que, al mismo tiempo, es un derecho constitucional de los justiciables. Mediante ella, por un lado, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución Política del Perú) y, por el otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. Justamente, con relación al derecho a la debida motivación de las resoluciones, este Tribunal ha precisado que: «La Constitución no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido esencial se respeta siempre que exista fundamentación jurídica congruente entre lo pedido y lo resuelto, y que, por sí misma, exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa o se presenta el supuesto de motivación por remisión [...]».*

1.10. La Sentencia del Tribunal Constitucional, expediente seiscientos dieciocho -dos mil cinco-PHC/TC, fundamento 22 expresa que: *«(...) el principio de libre valoración de la prueba en el proceso penal que corresponde actuar a los Jueces y Tribunales; que la sentencia condenatoria se fundamente en auténticos hechos de prueba, y que la actividad probatoria sea suficiente para generar en el Tribunal la evidencia de la existencia no sólo del hecho punible, sino también la responsabilidad penal que en él tuvo el acusado y así desvirtuar la presunción».*

TERCERO: TIPIFICACIÓN DEL HECHO ILÍCITO MATERIA DE IMPUTACIÓN

3.1.- El sustento fáctico anotado en la respectiva acusación fiscal -en atención al período de imputación- fue subsumido en la acusación fiscal en el texto original del artículo cuatrocientos uno del Código Penal, que establecía: *«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»;* así como en el párrafo incorporado por el artículo siete de la Ley número veintisiete mil cuatrocientos ochenta y dos, publicada el quince de junio de dos mil uno, que establece *«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».*

3.2.- Sin perjuicio de ello, debe indicarse que el texto del primer párrafo de dicho tipo penal ha sido modificado en el tiempo, conforme se detalla a continuación: ***I)*** *«El funcionario o servidor público que ilícitamente 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(...)»*, conforme a la modificatoria establecida por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro; ***ii)*** *«El funcionario o servidor público que, durante el ejercicio de sus funciones, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años (...)»*; conforme a la modificatoria incorporada por el artículo uno de la Ley número veintinueve mil setecientos tres, publicada el diez de junio de dos mil once; y ***iii)*** *«El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, incrementa ilícitamente su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de diez años(...)»*, conforme a la modificatoria incorporada por el artículo único de la Ley número veintinueve mil setecientos cincuenta y ocho, publicada el veintiuno de julio de dos mil once.

3.3.- La tipificación del delito de enriquecimiento ilícito se encuentra justificada por la necesidad de sancionar y evitar vacíos de punibilidad frente aquellos funcionarios públicos que al final del ejercicio de sus cargos ostentan un patrimonio importante no justificado en razón de sus ingresos y sin que pueda acreditarse que dicho incremento se deba algún delito contra la Administración Pública; estableciéndose como elementos configurativos del referido tipo penal los siguientes: **a)** el incremento que produce el enriquecimiento, rebase significativamente el estimado promedio de recursos económicos del sujeto activo (resultantes de contrastar los ingresos legales y debidos por todo concepto), no debiendo tratarse de cualquier incremento patrimonial, sino un incremento obtenido de manera ilegitima, es decir, contrario a Derecho; asimismo no puede tratarse de cualquier ilicitud, sino de una de relevancia penal; **b)** que el sujeto activo no tenga justificación frente al incremento detectado en su patrimonio; lo cual como bien sostiene Fidel Rojas Vargas, 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»*, deber de justificación que se fundamenta y legitima en la posición de garante asumida por el

funcionario y servidor público al ingresar al servicio de la Nación; c) que los actos constitutivos del incremento patrimonial no justificados resulten vinculados al ejercicio de la función o cargo del agente del delito (vínculo funcional).

3.4.- Precisa Fidel ROJAS VARGAS, en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, cuarta edición, editorial Grijley, dos mil siete, página ochocientos cuarenta y tres, lo siguiente: «El acrecentamiento o incremento del patrimonio económico de una persona, puede ser establecido con base a dos indicadores principales: un primer referente circunscrito al ámbito temporal y definido por la situación *ex - ante* al proceso de incremento y la situación *ex - post* de correlato o efecto de dicho proceso, y por un segundo referente relacionado a la conceptualización social promedio del estado de riqueza (es decir, del monto) y de la noción de enriquecimiento.», «El enriquecimiento en pequeña, mediana o gran entidad supuesto por el incremento del patrimonio del sujeto público, puede ser súbito o paulatino, en un solo acto o progresivamente, por acumulación o atesoramiento, de forma directa a través de actos propios del funcionario o servidor público o - como precisa PEÑA OSSA- por medio de actos sufragados por terceras personas que pasan a incrementar el patrimonio del sujeto público. Este tipo de enriquecimiento siempre supondrá una ostensible y marcada asimetría entre lo que se tuvo y lo que se tiene, o entre lo que se debía en términos contables y lo que tiene. Patrimonio económico es todo lo que puede traducirse o convertirse a dinero (bienes muebles e inmuebles, dinero, derechos patrimoniales, acciones y participaciones en empresas, capital fijo y circulante, créditos, títulos valores, etc.)».

3.5.- De otro lado, Ramiro SALINAS SICCHA en su obra *Delitos contra la Administración Pública*, editorial Grijely, Lima, dos mil nueve, páginas quinientos ochenta y siete - quinientos ochenta y nueve, establece lo siguiente: «(...) el operador jurídico debe identificar en el hecho concreto para considerarlo como conducta punible de enriquecimiento ilícito, lo constituye la circunstancia que el incremento del patrimonio o incremento del gasto económico personal del agente, debe ser consecuencia del ejercicio de funciones de algún cargo que desempeña el agente al interior de la administración pública. El agente debe haber usado el cargo público que ostenta para generarse fuentes de ingreso ilícitos que a la postre representen incremento de su patrimonio o en su caso, incremento del gasto económico personal que luego razonablemente no puede justificar (...). «(...) teniendo en cuenta que el delito en análisis es subsidiario, al producirse sin justificación razonable, el incremento del patrimonio o del gasto económico personal

del sujeto público durante el ejercicio de sus funciones públicas, el delito se evidencia (...). La subsidiaridad del hecho punible de enriquecimiento ilícito significa que no hay forma de acreditar que el agente público ha cometido tal o cual delito, sin embargo, aparece acreditado el incremento de su patrimonio o de su gasto en el período del ejercicio de sus funciones públicas, del cual no puede dar una explicación razonable.»

CUARTO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

4.1. RESPECTO A LA RESOLUCIÓN SUPERIOR RECURRIDA DE CATORCE DE DICIEMBRE DE DOS MIL NUEVE

4.1.1. Por resolución superior de catorce de diciembre de dos mil nueve, -obrante en los folios ciento dos mil ciento ochenta y cuatro y ciento dos mil ciento ochenta y cinco Se resolvió la exclusión del encausado don **WALTER GASPAR SEGUNDO CHACÓN MÁLAGA** del presente proceso penal seguido en su contra y otros por el delito contra la administración pública, en la modalidad de -**ENRIQUECIMIENTO ILÍCITO**- en agravio del Estado, ordenándose la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales; que la anotada decisión judicial se realizó a mérito de la ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha diecinueve de octubre de dos mil nueve, obrante a fojas ciento dos mil setenta y uno (aclarada mediante resolución del Tribunal Constitucional de fecha dos de diciembre de dos mil nueve) que declaró fundada en parte la demanda de habeas corpus a favor del encausado don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, por haberse acreditado la vulneración a su derecho al plazo razonable del proceso, disponiendo que la Sala Penal emplazada lo excluya del presente proceso penal. De igual forma, en la referida resolución judicial de fecha catorce de diciembre de dos mil nueve, también se resolvió declarar improcedente el pedido de la Parte Civil respecto a la inejecutabilidad del referido fallo constitucional, extremo que es materia de pronunciamiento en el presente caso al haber sido impugnado por la Procuraduría Pública del Estado, cuyo representante alega en concreto que dicha sentencia del Tribunal Constitucional vulnera el principio de unidad del proceso y exclusividad de los Magistrados de administrar justicia, más aún, si el propio Tribunal Constitucional reconoce en su cuestionada sentencia, que no existe disposición legal que asuma su posición, por tanto, lo que resuelve es ilegal y sólo genera impunidad y que se pierda la fe en el máximo intérprete de la Constitución, que en este caso, en lugar de interpretar la Constitución, crea leyes, por cuanto, originó una nueva forma de extinción de la acción penal que no existe en nuestro ordenamiento jurídico.

4.1.2. Respecto a lo anotado en el considerando anterior, debe indicarse, que este Supremo Tribunal considera que sin perjuicio de precisar que no consideramos adecuada la exclusión del encausado don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga del presente proceso penal como acto restitutorio de la violación a su derecho al plazo razonable del proceso penal -sustentado en que la violación del plazo razonable, provocaría el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva, debiendo ser interpretada como un impedimento procesal, que aunque no ataca materialmente la imputación, sí ataca la posibilidad de continuar ejerciendo la acción penal contra el afectado-, por cuanto, establece una forma de extinción de la acción penal que no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento procesal penal; también lo es, que la decisión del Colegiado Penal Superior de ejecutar lo ordenado en la sentencia del Tribunal Constitucional en cuestión, se encuentra conforme a lo dispuesto en los artículos doscientos uno y doscientos dos de la Constitución Política del Estado, que establecen que «El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución (...)» y «corresponde al Tribunal Constitucional: (...) 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus (...); esto es, se le otorga facultad discrecional a dicho Órgano Constitucional del Estado para resolver en última instancia hechos relativos a violaciones a la libertad individual de la persona, lo que conlleva a todos los Jueces a ejecutar el fallo respectivo en respeto al Estado Constitucional Democrático de Derecho de nuestro país, conforme también lo señaló el propio Tribunal Constitucional en la sentencia número cero cero cero seis - dos mil seis-PC/TC, de doce de febrero de dos mil siete, «*(...) en las relaciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial, en materia de procesos constitucionales, existe una relación de grado inferior de éste con respecto de aquél, por el hecho de que el Tribunal Constitucional es instancia final de fallo ante las resoluciones denegatorias del Poder Judicial en los procesos constitucionales de habeas corpus (...). Por eso mismo, si el constituyente, en nuestro ordenamiento, ha decidido consagrar al Tribunal Constitucional como guardián de los derechos fundamentales y órgano supremo de «control de la Constitución» (...) entonces, si bien no es el único intérprete, a él le corresponde decir la última palabra de lo que es o no constitucional, y ningún poder u órgano constitucional puede contradecirlo o desvincularse de sus decisiones, sino a costa de poner en cuestión nuestro sistema de justicia constitucional y el sistema democrático mismo (...). Dado que en nuestro ordenamiento jurídico existe un sistema de justicia constitucional, un Juez, si es leal a la Constitución y a la Ley, jamás puede ir en contra de los valores*

democráticos y del respeto a la Constitución y de su interpretación(...)»; por tanto, el extremo del auto recurrido por la Parte Civil se encuentra conforme a Ley.

QUINTO: Probabilidad de la emisión de pronunciamiento de fondo respecto a los encausados doña AURORA ISABEL DE VETTORI ROJAS DE CHACÓN, don JUAN CARLOS CHACÓN DE VETTORI y don LUIS MIGUEL PORTAL BARRANTES, como cómplices del presunto delito de enriquecimiento ilícito investigado, pese a que el encausado don WALTER GASPAR SEGUNDO CHACÓN MÁLAGA imputado en calidad de autor del referido delito, fue excluido del presente proceso penal en ejecución de la sentencia del Tribunal Constitucional de diecinueve de octubre de dos mil nueve.

5.1.- El Tribunal Constitucional mediante sentencia de diecinueve de octubre de dos mil nueve -obrante en copia a fojas ciento dos mil ciento setenta y uno- declaró fundada en parte la demanda de habeas corpus interpuesta a favor del encausado don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, por vulneración a su derecho al plazo razonable del proceso, disponiendo que la Sala Penal emplazada lo excluya del presente proceso penal (lo cual se ejecutó mediante resolución superior de catorce de diciembre de dos mil nueve), empero, mediante resolución aclaratoria del Tribunal Constitucional de dos de diciembre de dos mil nueve -obrante en copia a fojas ciento dos mil ochenta- se estableció que *«Tal como quedó expuesto en la sentencia de autos, la superación del plazo razonable del proceso, provoca el nacimiento de una prohibición para el Estado de continuar con la persecución penal fundada en la pérdida de la legitimidad punitiva (...). En tal sentido, dicha superación debe ser interpretada como un impedimento procesal que, aunque no ataca materialmente la imputación, sí ataca la posibilidad de continuar ejerciendo la acción penal contra el afectado. De ahí que tal constatación no dé lugar a la nulidad del proceso, sino al sobreseimiento definitivo del proceso contra quien vio afectado el derecho al plazo razonable»*; asimismo indica *«que si bien el proceso penal en el que se ha verificado la vulneración del plazo razonable del demandante Walter Gaspar Chacón Málaga tiene varios coprocesados cabe reiterar que la vulneración del plazo razonable de la detención o del proceso ha comportado la evaluación de una serie de elementos, a saber: a) la actividad procesal del interesado; b) la conducta de las autoridades judiciales y c) la complejidad del asunto. Estos elementos han sido evaluados respecto del referido demandante y no respecto de ninguno de sus coprocesados. Consecuentemente, el fallo es de naturaleza personalísima, atañe única e intransferiblemente al demandante en el proceso,*

por lo que de ningún modo puede ser de aplicación extensiva a los demás coprocesados»; esto es, dicha sentencia del Tribunal Constitucional no establece la inexistencia del hecho imputado como delito en el presente proceso penal; en consecuencia, será perfectamente viable emitir pronunciamiento de fondo en su momento respecto a la responsabilidad penal o no en el mismo de las personas que han sido imputadas a título de cómplices del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, para lo cual, se tomará en cuenta las acciones realizadas por este último en el período que desempeño la función pública como se establece la acusación fiscal (sin que ello signifique emitir pronunciamiento sobre su responsabilidad o inocencia en los hechos investigados).

SEXTO: RESPECTO A LOS INFORMES PERICIALES DE OFICIO

6.1.- En cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga – De Vettori Rojas, sociedad conyugal Portal Barrantes – Chacón De Vettori y Juan Carlos Chacón De Vettori, se advierte de autos los siguientes Informes Periciales de oficio:

i) el Informe Pericial de Oficio realizado a nivel de instrucción por los auditores Economistas Miguel Manrique Bernal y Américo Revilla Fernández, obrante a fojas treinta mil trescientos treinta y cuatro, en donde se evaluó en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil, los balances patrimoniales de los encausados Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, Aurora Isabel De Vettori De Chacón, Luis Miguel Portal Barrantes, Cecilia Isabel Chacón De Vettori y Juan Carlos Chacón De Vettori; concluyéndose en dicho documento que: *a)* el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga evidencia un desbalance patrimonial y financiero, entre sus ingresos y gastos, de un millón diez mil ciento noventa y cuatro dólares y ciento sesenta y nueve mil ciento diecinueve soles con veintiún céntimos; debiendo indicarse que dicho examen pericial comprendió entre otros, sus ingresos percibidos en los distintos cargos que ocupó desde mil novecientos noventa y dos al dos mil, los depósitos bancarios efectuados desde mil novecientos noventa y cinco al dos mil, inversiones realizadas por la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas a través de cuatro empresas en el período mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho (Hostal Portada del Sol, Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, Real Hostal Titicaca, D' VETTORI ATELIAR Empresa Individual de Responsabilidad Limitada y C & H ASOCIADOS Sociedad de Responsabilidad Limitada), adquisiciones de bienes inmuebles por

parte de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, adquisición de vehículos y gastos por viajes al exterior; *b)* la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas De Chacón no ha evidenciado ingresos económicos, sin embargo, conjuntamente con su cónyuge -el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga-, evidencian inversiones a través de empresas por las sumas de doscientos treinta y cinco mil quinientos trece dólares con tres centavos de dólar, más, ciento setenta y seis mil ciento cincuenta nuevos soles con treinta y seis céntimos, depósitos bancarios personales y gastos por viajes al exterior, hecho que resulta contraproducente, deduciéndose que la procedencia de los mismos serían recursos de su esposo don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; *c)* los encausados Luis Miguel Portal Barrantes y su esposa Cecilia Isabel Chacón De Vettori, en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil, evidencian un desbalance patrimonial y financiero entre sus ingresos y gastos de novecientos setenta y dos mil trescientos dieciséis dólares americanos con diecisiete centavos de dólar, más nueve mil ciento ochenta y cinco nuevos soles, dicho examen pericial comprendió entre otros, sus ingresos por concepto de remuneraciones, la adquisición de inmuebles y vehículos y gastos por viajes al exterior; y *d)* el encausado Juan Carlos Chacón De Vettori en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil evidencia un desbalance patrimonial y financiero entre sus ingresos y gastos de seiscientos veintidós mil quinientos sesenta y cuatro dólares americanos, más ciento ochenta y nueve mil nuevos soles; precisándose que dicho examen pericial comprendió entre otros, sus ingresos de remuneraciones, depósitos bancarios, préstamos a favor del Hostal Portada Del Sol Hacienda, adquisiciones, inversiones efectuadas a través de la Empresa MEC. ASOCIADOS Sociedad Anónima y gastos por viajes al exterior.

ii) la ampliación de Informe Pericial de Oficio realizada en acto oral por los peritos economistas Miguel Manrique Bernal y Américo Revilla Fernández -ordenada en audiencia pública y presentada mediante documento de fecha once de octubre de dos mil seis, obrante a fojas ochenta y cinco mil trescientos cincuenta y seis-, la cual tuvo como propósito evaluar la información complementaria remitida por las diversas entidades públicas y privadas respecto a los ingresos y gastos de los procesados materia de acusación, evaluar la información complementaria en torno a los movimientos bancarios y depósitos efectuados por los procesados, en las diversas entidades del sistema bancario nacional y cuyo detalle no haya sido incluido en el informe pericial primigenio, analizar y evaluar la información complementaria

de gastos, inversiones y adquisiciones efectuadas por los acusados y que no fueran incluidos en el informe pericial primigenio; precisándose que constituyó limitaciones al desarrollo de la pericia, que los diversos bancos del sistema financiero nacional han remitido información insuficiente, respecto a la sustentación documentada de los extractos bancarios con las notas de abono, cargos, cheques y otros, dificultando su análisis integral de los depósitos y retiros. En muchos de los casos los extractos bancarios han sido remitidos en forma parcial, habiéndose repetido la misma información, sin tener en cuenta la exigencia del requerimiento; en donde se concluyó respecto a las unidades patrimoniales conformadas por los patrimonios de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori y Juan Carlos Chacón De Vettori; que del análisis de los documentos complementarios remitidos con posterioridad a la emisión del Informe Pericial de Oficio de fojas treinta mil trescientos treinta y cuatro, se determinó que los procesados no han remitido información adicional al proceso, excepto sus declaraciones prestadas ante el Colegiado, ratificándose en sus conclusiones primigenias; sin embargo, luego se hace una atingencia respecto al encausado Juan Carlos Chacón De Vettori, precisándose, que debido a nuevos depósitos de dineros e inversiones que tienen relación con la empresa MEC ASOCIADOS, se establece que presenta un desbalance patrimonial de orden de un millón ochocientos un mil seiscientos dólares americanos con veinte centavos de dólar más dos millones cuarenta y un mil quinientos veintisiete nuevos soles, los mismos que no se encuentran debidamente justificados ni sustentados.

SÉPTIMO: RESPECTO A LOS INFORMES PERICIALES DE PARTE

7.1.- En cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas y sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón de Vettori, se advierte de autos los siguientes Informes Periciales de Parte:

i) el Informe Pericial Contable de parte número uno - cero uno, realizado por el Contador Público Luis Alberto Castillo Cubas, a favor de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas y la ampliación de dicho informe pericial presentados a nivel de instrucción, obrantes a fojas doce mil quinientos setenta y nueve y veinticinco mil ciento sesenta y nueve, respectivamente, en donde se concluyó que la referida sociedad conyugal al treinta y uno de mayo de dos mil dos, mantiene un patrimonio ascendente a seiscientos diez mil treinta y un dólares americanos que ha evolucionado equilibradamente en el tiempo,

sustentado con recursos propios ahorrados y el financiamiento obtenido de entidades financieras y de terceros; indicándose que el cuarenta y siete por ciento del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga – De Vettori Rojas fue adquirido con anterioridad al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno, mientras que el otro cincuenta y tres por ciento, durante el período de enero de mil novecientos noventa y dos a mayo de dos mil dos; las actividades ordinarias y comerciales de la sociedad conyugal Chacón Málaga – De Vettori Rojas que con el transcurrir de los años se ha diversificado, les ha generado en el periodo enero de mil novecientos noventa y dos a mayo de dos mil dos, ingresos ascendentes a ochocientos treinta y tres mil ciento cuatro dólares americanos, mientras que sus egresos totalizan seiscientos noventa mil doscientos veintitrés dólares americanos, advirtiéndose de los documentos peritados, coherencia en las transacciones, actividades comerciales y movimiento bancario de la sociedad conyugal Chacón Málaga – De Vettori Rojas, en el período de enero de mil novecientos noventa y cinco a mayo de dos mil dos, muestra entradas de hasta novecientos siete mil quinientos sesenta y tres dólares americanos, así como salidas de ochocientos ochenta y dos mil seiscientos noventa y un dólares americanos, no obstante se precisa que los movimientos bancarios incluyen operaciones comerciales y transferencias bancarias internas.

ii) los Informes Periciales Contables de parte realizados por los Contadores Públicos Juan Pedro Mayuri Díaz y Rosa Luz Turín Chuquimantari presentados a nivel de instrucción, obrantes a fojas treinta y ocho mil setenta y cinco y treinta y ocho mil ciento seis, respectivamente, en donde se precisan que el objeto de dichos informes es dirimir la evaluación crítica del informe pericial de oficio formulado por los economistas Miguel Manrique Bernal y Américo Revilla Fernández – Auditores de la Contraloría General de la República - por el período mil novecientos noventa y dos al dos mil, y del informe pericial contable de parte número uno – cero uno formulado por el contador público Luis Alberto Castillo Cubas, respecto al examen de la situación patrimonial de la sociedad conyugal Chacón – De Vettori; concluyéndose en el primero, que la sociedad conyugal Chacón – De Vettori, durante el período mil novecientos noventa y dos al dos mil, no evidencia desbalance patrimonial, al haberse establecido un patrimonio positivo equivalente a un millón seiscientos cuarenta y siete mil seiscientos ochenta nuevos soles, y a la vez un superávit de ingresos y egresos ascendente a doscientos ochenta y tres mil seiscientos veintiséis nuevos soles; mientras que en el segundo se concluye que la

auditoría practicada por los economistas de la Contraloría General de la República, respecto a la situación patrimonial de la sociedad conyugal Chacón – De Vettori, no es una prueba objetiva que ilustre al Magistrado sobre aspectos técnicos, en donde no se actuó con independencia de criterio, ecuanimidad, equidad e imparcialidad, así como no se aplicó leyes, reglamentos, usos y costumbres de la técnica contable, indicándose que comparadas las determinaciones de ambos exámenes y verificando el sustento documentario, se determina que la sociedad conyugal Chacón – De Vettori, en el período de mil novecientos noventa y dos al dos mil, no muestra desbalance financiero, menos aún, desbalance patrimonial.

iii) el Informe Pericial Contable número tres – dos mil ocho, obrante a fojas noventa y tres mil doscientos cuarenta y seis, que tuvo por objeto determinar la situación patrimonial de la sociedad conyugal Chacón Málaga – De Vettori Rojas al treinta y uno de diciembre de dos mil, y determinar los ingresos y egresos durante enero de mil novecientos noventa y dos al dos mil, concluyendo que «La Sociedad Conyugal Chacón - De Vettori, al treinta y uno de diciembre de dos mil, mantiene un patrimonio ascendente a quinientos cuarenta y un mil quinientos noventa y cinco dólares americanos, que ha evolucionado equilibradamente en el tiempo, sustentado con recursos propios ahorrados y el financiamiento obtenido de entidades financieras y de terceros (...) El cincuenta y uno por ciento del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori (doscientos setenta y cuatro mil setecientos noventa y cinco dólares americanos) fue adquirido con anterioridad al treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y uno, mientras que el restante cuarenta y nueve por ciento (doscientos sesenta y seis mil ochocientos dólares americanos) durante el período de enero de mil novecientos noventa y dos a diciembre de dos mil, se ha logrado con el trabajo, los negocios y los apoyos recibidos por la sociedad conyugal (...) las actividades ordinarias y comerciales de la sociedad conyugal Chacón – De Vettori, con el transcurrir de los años se ha diversificado, le ha generado en el periodo de enero de mil novecientos noventa y dos a diciembre de dos mil, ingresos ascendentes a setecientos treinta mil setecientos cuarenta y ocho dólares americanos, mientras que sus egresos totalizan seiscientos ochenta y seis mil trescientos catorce dólares americanos (...) coherente con sus actividades, el movimiento bancario de la sociedad conyugal Chacón – De Vettori, en el período de enero de mil novecientos noventa y cinco a diciembre de dos mil, muestra entradas de hasta por novecientos cincuenta y un mil setecientos cincuenta y

cuatro dólares americanos, así como salidas de novecientos veintiséis mil doscientos ochenta y cinco dólares americanos (...).

iv) el Informe Pericial Contable número uno – cero ocho realizado por el Contador Público Luis Alberto Castillo Cubas, presentado en acto oral a fojas noventa y dos mil setecientos cuarenta, el cual tuvo por objeto determinar la situación patrimonial de la sociedad conyugal Portal Barrantes – Chacón De Vettori al treinta y uno de diciembre de dos mil, y determinar los ingresos obtenidos y egresos realizados durante el período enero mil novecientos noventa y cuatro a diciembre de dos mil; concluyéndose que «la sociedad conyugal Portal – Chacón al treinta y uno de diciembre de dos mil, mantiene un patrimonio ascendente a doscientos cincuenta y seis mil setecientos cuarenta dólares americanos que ha evolucionado equilibradamente en el tiempo, en base a recursos propios ahorrados y al financiamiento de entidades financieras y de terceros, durante los años de enero de mil novecientos noventa y cuatro a diciembre de dos mil (...)».

OCTAVO: PRONUNCIAMIENTO RESPECTO A LA SENTENCIA RECURRIDA

Para efectos de resolver el presente caso, la valoración de la prueba actuada en autos deberá determinar si existió o no un incremento patrimonial excesivo e injustificado del excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga como consecuencia del aprovechamiento indebido de la función pública ejercida en el período de imputación (mil novecientos noventa – dos mil) –con independencia de no poderse emitir pronunciamiento de responsabilidad penal en su contra por haber sido excluido del proceso penal mediante sentencia del Tribunal Constitucional–, y de ser el caso, si los encausados doña Aurora Isabel De Vettori Rojas De Chacón, don Juan Carlos Chacón De Vettori y don Luis Miguel Portal Barrantes colaboraron con dicho incremento patrimonial ilícito en calidad de *extraneus*; de igual forma, estando a que los exámenes periciales patrimoniales de parte y de oficio han sido realizados teniéndose en cuenta las unidades patrimoniales independientes: **a)** de la sociedad conyugal de don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga – doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, **b)** la sociedad conyugal de don Luis Miguel Portal Barrantes – doña Cecilia Chacón De Vettori y **c)** de don Juan Carlos Chacón De Vettori; por lo que en el mismo sentido, esto es, por unidades patrimoniales, se procederá a la revisión de la valoración probatoria realizada en la sentencia recurrida respecto a sus patrimonios en el período de imputación, con independencia de que el encausado Chacón Málaga tenga la condición de excluido en el proceso y que la

encausada Cecilia Chacón De Vettori tenga la condición de reo contumaz.

NOVENO: PRONUNCIAMIENTO RESPECTO AL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CONFORMADA POR EL EXCLUIDO DON WALTER GASPAR SEGUNDO CHACÓN MÁLAGA Y DOÑA AURORA ISABEL DE VETTORI ROJAS

9.1.- La sentencia en mayoría recurrida en cuanto al patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas establece lo siguiente:

i) respecto al capital adquirido por la sociedad conyugal con anterioridad al marco temporal de imputación, que: **a)** considerando los grados militares ostentados por el excluido Chacón Málaga durante el período de mil novecientos sesenta y nueve a mil novecientos noventa y uno, se tiene que sumado y dolarizado al tipo de cambio respectivo, sus remuneraciones percibidas en dicho período ascienden a la cantidad de ochenta y nueve mil setecientos cinco punto treinta y tres dólares americanos; **b)** dolarizados y sumados los montos pagados para cada uno de los inmuebles adquiridos con anterioridad al marco de imputación (inmueble ubicado en la calle veintisiete número doscientos treinta y seis - doscientos cuarenta y dos, urbanización Mariscal Castilla - segunda etapa-, San Borja, local comercial ubicado en el jirón de la Unión número ochocientos setenta, local número ciento once - nivel trescientos cuarenta y tres de la Galería Comercial «La Gran Vía» Lima, e inmueble en el jirón Pisagua número setecientos treinta y uno - setecientos treinta y cinco - Cajamarca), se tiene que dicha cuantificación asciende a setenta y cinco mil quinientos ocho dólares americanos; **c)** si bien no se cuenta con datos precisos sobre el *quantum* de rendimiento económico del negocio de la acusada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón (establecimientos comerciales de venta de ropa), su aporte a la sociedad conyugal habría contribuido a la educación -según ambos indican-, onerosa de sus hijos, así como a los demás gastos inherentes a una familia (alimentación, vivienda, vestido, recreación, transporte, etcétera); concluyendo la Sala Penal Superior, que con la información anotada no se evidencia que la sociedad conyugal haya ahorrado un capital de veinte mil dólares americanos, aproximadamente, disponible al año mil novecientos noventa y dos, como se sostiene en la pericia de parte (que se estima en diecinueve mil seiscientos trece dólares americanos);

ii) respecto a la disponibilidad de dinero de la sociedad conyugal durante el marco temporal de imputación evidenciada en cuentas

bancarias; se establece que la referida sociedad conyugal, presenta por concepto de abonos la suma de setecientos cincuenta y nueve mil seiscientos ochenta y cuatro punto sesenta y ocho dólares americanos, no obstante considerando los flujos internos de depósitos entre las cuentas de los miembros de la sociedad conyugal, se debe descontar del monto obtenido la suma ascendente a cuarenta y cinco mil ochocientos treinta y tres punto treinta y nueve dólares americanos; concluyéndose que la sociedad conyugal, por abonos por todo concepto, tiene la suma ascendente a setecientos trece mil ochocientos cincuenta y uno punto veintinueve dólares americanos (mil novecientos noventa y cinco - dos mil);

iii) respecto a la concreción de las inversiones por parte de la acusada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón; se indica lo siguiente: **a)** en cuanto a las inversiones en el Hostal Portada del Sol Empresa Individual de Responsabilidad Limitada; se establece que dicho Hostal se edificó en el inmueble sito jirón Pisagua número setecientos treinta y uno - setecientos treinta y cinco, Cajamarca, con una extensión de trescientos cuarenta y siete punto trece metros cuadrados, fue transferido el año mil novecientos noventa a don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón por los padres de esta última -Walter De Vettori Revilla y Olga Teresa Rojas Castañeda- en la cantidad de un mil cuatrocientos cincuenta y ocho millones ciento cincuenta y cinco mil novecientos noventa y dos intis; siendo que la edificación del Hostal se inicio el año mil novecientos noventa y seis, y el Hostal Portada del Sol Empresa Individual de Responsabilidad Limitada fue constituida como persona jurídica el veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y siete por don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga a través de su cónyuge doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, quien quedo designada como gerente, siendo inscrita en Registros Públicos el catorce de marzo del mismo año; precisándose que se hicieron hasta dos ampliaciones de la infraestructura de dicho inmueble, y que en la propia pericia de parte se indica que las inversiones realizadas en dicha empresa hasta el año mil novecientos noventa y nueve asciende a ciento nueve mil trescientos veinticinco dólares americanos; **b)** respecto a las inversiones en la empresa «D Vettori Atelier» administrada por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas; se indica que la pericia de parte cuantifica las inversiones realizadas en esta empresa en el monto de veintiséis mil ciento sesenta y cinco dólares americanos (mil novecientos noventa y siete - dos mil); y **c)** en cuanto a las inversiones del Real Hotel Titicaca Sociedad de Responsabilidad

Limitada; se establece que fue constituida el catorce de noviembre de mil novecientos noventa y ocho por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón conjuntamente con las señoras Giovanna Gina Mindani de Barra y Myrtha Isabel Vasallo Consoli, la misma que fue inscrita en Registros Públicos el siete de diciembre del mismo año, fijándose una participación igualitaria de las tres socias; precisando que la pericia de parte cuantifica las inversiones en dinero efectuadas por la sociedad conyugal en esta empresa en setenta y nueve mil ochocientos ochenta y seis dólares americanos; concluyéndose que según la propia pericia de parte, la totalidad de inversiones efectuadas a través de Aurora Isabel De Vettori Rojas en las empresas «Hostal Portada del Sol» Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, «D Vettori Atelier» y «Real Hotel Titicaca» Sociedad de Responsabilidad Limitada asciende a doscientos quince mil trescientos setenta y seis dólares americanos;

iv) respecto a otros egresos de la sociedad conyugal; a) de la inversión en «C y H Asociados»; se establece que la referida empresa fue constituida por Escritura Pública del cinco de abril de mil novecientos ochenta y nueve, teniendo como dos únicos socios a Carlos y Hugo Arnaldo Chacón Málaga (hermanos del excluido), registrando un capital inicial de diez millones de intis y fijándose como objeto social actividades de ingeniería civil y otras, siendo el caso que conforme a la Escritura del veintidós de agosto de mil novecientos noventa y cuatro y su aclaración del seis de diciembre del mismo año, acordaron reactivar la empresa y conseguir los objetivos propuestos en su constitución, incorporando como socio al excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, además de Lucinda Málaga Bueno viuda de Chacón y Doris Chacón Málaga viuda de Gutiérrez (madre y hermana del excluido respectivamente); precisándose que la pericia de parte cuantifica los aportes efectuados por el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga a dicha empresa en la cantidad de ciento tres mil cuatrocientos noventa dólares americanos (mil novecientos noventa y cuatro - mil novecientos noventa y ocho);

v) respecto a las remuneraciones percibidas en el Perú y en el Brasil por el excluido Chacón Málaga; se establece que efectuada la dolarización de los montos respectivos, se tiene que éstos suman en el período mil novecientos noventa y dos - dos mil la cantidad de doscientos ochenta y seis mil cincuenta punto dieciocho dólares americanos (treinta y siete mil doscientos veintitrés punto sesenta y siete dólares por remuneraciones como Oficial del Ejército, sesenta y nueve mil noventa y seis dólares por remuneraciones como Agregado

Militar y veinticuatro mil ciento treinta punto setenta y uno dólares por remuneraciones como Ministro del Interior); cantidad de dinero que no difiere en demasía con la cuantificada por la pericia de parte que asciende a doscientos noventa y dos mil doscientos doce dólares americanos;

vi) respecto a los beneficios otorgados por el Ejército al excluido Chacón Málaga: combustible, chofer, mayordomo, flete por bagaje, gastos de instalación e indemnización de viaje; se establece que las referidas asignaciones detentan una naturaleza jurídica totalmente ajena a las remuneraciones, esto es, derechos patrimoniales que suponen contra - prestaciones económicas recibidas en dinero por los servicios prestados; de igual forma desestima la tesis de la defensa respecto a que los beneficios no utilizados son de libre disposición por la inexistencia de obligación de devolución;

vii) respecto a las fuentes de liberalidades; se indica que en la pericia de parte se ha expuesto que la sociedad conyugal ha sido beneficiada con significativas sumas de dinero procedentes de liberalidades a saber: quince mil dólares americanos que en el año mil novecientos noventa y cuatro le habrían otorgado al excluido producto de la repartición de lo recaudado por la venta de un inmueble testado por su señor padre, sito en la avenida B número ciento ochenta y siete, Monterrico Norte - San Borja; cincuenta mil dólares americanos recibidos por la encausada De Vettori Rojas, producto de las sumas periódicamente recibidas de su señora madre desde mil novecientos noventa y cuatro - dos mil; y treinta mil dólares americanos que la acusada De Vettori Rojas habría recibido en el mes de agosto de dos mil como anticipo de herencia de parte de su madre; sin embargo, realizado el análisis correspondiente por la Sala Penal Superior, se concluyo lo siguiente: **a)** no existiendo documento que dé cuenta del inventario de los bienes adquiridos, de la determinación de la masa hereditaria, ni del acuerdo de división y partición de la sucesión del señor Gaspar Chacón Berríos o de algún otro acuerdo, si bien esta probada la titularidad de los herederos respecto al cincuenta por ciento del inmueble sito en la avenida b - número ciento ochenta y siete, Monterrico Norte - San Borja (pues el otro cincuenta por ciento le corresponde a la señora Lucinda Málaga Bueno por ser un bien perteneciente a la sociedad de gananciales del causante y aquella), cierto es también que la participación de cada uno de los herederos no puede sino estar circunscrita al *quantum* resultante de las cuotas hereditarias precisadas en el testamento, no obrando elemento adicional alguno que permita inferir una titularidad mayor del excluido

Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, concluyéndose que por dicho concepto sólo le correspondió al excluido cuatro mil seiscientos sesenta y seis punto seis dólares americanos; **b)** no obstante la ausencia de documento relativo a la división y partición de la masa hereditaria respecto a la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, obra en autos la Escritura Pública de fecha veintiocho de agosto de dos mil, extendida por la Notaria Virginia Davis Garrido, dando fe esta última respecto al haber comparecido ante ella la señora Olga Teresa Rojas viuda de De Vettori y que en su presencia esta última hizo entrega a la procesada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas del cheque de gerencia número cero cero veintisiete setenta y dos treinta y tres por la cantidad de treinta mil dólares americanos, manifestando que dicha suma le correspondía a su hija por concepto de haber hereditario al fallecimiento de su señor padre don Walter De Vettori Revilla; indicándose que pese a lo consignado en dicho documento público, no se corresponde con el acto jurídico en él referido (anticipo de legítima), optándose por la interpretación más favorable al encausado, reconociendo la recepción de esta suma de dinero al considerar que en el contenido de dicho instrumento público se hace constar la entrega de la suma referida a la procesada por parte de su señora madre; y **c)** no existe en autos instrumental alguna relativa a acto jurídico referido a donación, venta o cesión de derechos a favor de la acusada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas que acredite haber recibido de su señora madre una suma diferente a la antes anotada a título de liberalidad; indicándose que no existe correspondencia entre los recibos ofrecidos y las demás instrumentales aportadas por los encausados en su pretensión de sostener la versión de haber recibido una asignación económica fija desde mil novecientos noventa y cuatro al dos mil por la merced conductiva de predios rústicos de propiedad de la madre de la encausa Aurora Isabel De Vettori Rojas; ***viii)*** respecto a la fuentes crediticias; se indica que el excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, refiere haber tenido una disponibilidad de dinero en efectivo de hasta noventa y tres mil dólares americanos entre el nueve y doce de enero de mil novecientos noventa y ocho, el cual obtuvo a título de préstamo otorgado por el señor Walter Reátegui Lazo, cantidad de dinero que era para invertir en la empresa «C & H Asociados» Sociedad de Responsabilidad Limitada en calidad de préstamo; concluyendo la Sala Penal Superior que el préstamo alegado no reviste la verosimilitud exigida de cara a su reconocimiento como fuente de ingreso; ***ix)*** respecto a la fuente comercial y rentas; se indica lo siguiente: **a)** en cuanto a los dividendos que se alegan percibidos de

las empresas Hostal Portada del Sol y C y H Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada; se establece que el propio excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga aseveró que la empresa C y H Asociados «nunca recibió utilidades», razón por la que lo consignado en la pericia de parte como rendimiento económico a su favor, ha sido desdicho por el antes citado, quien incluso señalo «... si de los libros aparece alguna repartición de utilidades debo señalar que ello se debe quizá a alguna exigencia contable; en realidad las utilidades percibidas siempre han sido acumulativas y con la finalidad de reinversión..»; que en el caso de los supuestos dividendos percibidos de la empresa Hostal Portada del Sol Hacienda Empresa Individual de Responsabilidad Limitada, la Sala Penal Superior concluye que los dividendos alegados por los encausados no se reflejan en los registros económicos - contables de la referida empresa; **b)** en cuanto a los ingresos informales que se alegan generados por la empresa «D´Vettori Atelier Empresa Individual de Responsabilidad Limitada»; se establece que no puede soslayarse que vistos los rendimientos económicos declarados ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria por la acusada Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón respecto de la persona jurídica «D´Vettori Atelier Empresa Individual de Responsabilidad Limitada» en el período mil novecientos noventa y siete, mil novecientos noventa y ocho, mil novecientos noventa y nueve y dos mil (ocho mil seiscientos quince nuevos soles, mil setecientos cincuenta y ocho nuevos soles, menos seis mil ochocientos cuarenta y ocho nuevos soles y siete mil cuatrocientos sesenta y cinco nuevos soles, respectivamente), esto es, en cuatro años de operatividad, el promedio es de dos mil setecientos cuarenta y ocho nuevos soles; este dato que fluye de la misma información tributaria sobre la mencionada empresa, no se erige en un indicador en absoluto favorable para asumir lo sostenido por la defensa, en el sentido que en los cinco años anteriores (mil novecientos noventa y dos, mil novecientos noventa y tres, mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y cinco y mil novecientos noventa y seis), el mismo negocio si le produjo un ingreso neto de veinticinco mil setecientos ochenta y ocho dólares americanos; **c)** sobre los ingresos que se alegan generados por venta de artesanía; se establece que los documentos presentados por la defensa técnica al respecto, no resultan idóneos para determinar la cantidad exacta de mercancía que fue traslada del Perú a Brasil para ser vendida por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas, su costo de compra y costo de venta para conocer su margen de ganancia, entre otros aspectos inherentes a un negocio pasible de cuantificar su rendimiento económico; **d)** en cuanto a la

renta por el alquiler del Hostal de Cajamarca; se establece que la sociedad conyugal no solamente no aportó al proceso los contratos de arrendamiento respectivos, ni las declaraciones juradas presentadas ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, ni los asientos contables de los libros correspondientes donde consten los registros relativos al pago de dicha renta, sino que incluso, ni siquiera hacen referencia a ellos; la defensa se circunscribe única y exclusivamente a los recibos que aparecen suscritos por el excluido Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga, constituyendo éstos, en puridad declaraciones unilaterales del antes mencionado, que careciendo de fecha cierta, indudablemente, no otorgan certeza de haberse realmente emitido en las fechas que se consignan; y que además no existe garantía alguna respecto a la veracidad de su contenido, ello, por la pretensión del antes mencionado de probar su versión con documentos cuya información ha sido insertada por él mismo; así las cosas, el contenido de tales recibos no se ve corroborado por instrumental alguna.

DÉCIMO: DE LA VALORACION EFECTUADA POR ESTE TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO DEL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CHACÓN MALAGA

10.1.- Pronunciándose este Supremo Tribunal sobre la valoración realizada por la Sala Penal Superior respecto a la justificación del patrimonio de la sociedad conyugal Chacón Málaga – De Vettori Rojas, en atención a los hechos materia de investigación se tiene en cuenta los principios de favorabilidad y realidad; por tanto se precisa que:

i) El período de imputación fiscal comprende desde el año mil novecientos noventa al año dos mil, por tanto, el patrimonio obtenido por la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas antes del referido período no es pasible de cuestionamiento alguno, siendo perfectamente razonable que en veintiún años de existencia de la referida sociedad conyugal (mil novecientos sesenta y nueve a mil novecientos noventa) hayan podido generar algún patrimonio a su favor, entre estos, conforme también lo asume la Sala Penal Superior, el predio ubicado en la calle veintisiete, número doscientos treinta y seis, Urbanización Mariscal Castilla - segunda etapa- San Borja (conforme se acredita con la copia del Testimonio de Escritura Pública de compra-venta de fecha cinco de marzo de mil novecientos setenta y nueve, copias de las letras de cambio y la Ficha Registral respectivas, obrantes a seiscientos treinta y uno y siguientes), local comercial número ciento once, nivel trescientos cuarenta y tres, de la Galería Comercial «La Gran Vía», sito en el jirón de la Unión número

ochocientos setenta – Lima – copropiedad con la madre y hermanos del excluido- (conforme se acredita con la copia del Testimonio de Escritura Pública de compra – venta de fecha diez de julio de mil novecientos ochenta y uno y las copias de las letras de cambio respectivas, obrantes a fojas setecientos nueve y siguientes), y el predio ubicado en el jirón Pisagua número ciento setenta y uno – Cajamarca (conforme se acredita con la copia del Testimonio de Escritura Pública de compra-venta de fecha siete de diciembre de mil novecientos noventa, obrante a fojas seiscientos cincuenta y nueve y siguientes); precisándose que la defensa técnica sustentándose en la pericia de parte refirió que en base a una estimación económica de los ingresos percibidos antes del periodo de imputación por el excluido Chacón Málaga en su condición de Oficial del Ejército y su esposa doña Aurora Isabel De Vettori Rojas en su condición de empresaria –dedicada a la confección y venta de ropa-, habrían tenido quince mil dólares, aproximadamente, al momento de iniciado el referido periodo de imputación (debido a un ahorro por año, de seiscientos cincuenta dos dólares, aproximadamente), sin embargo, la Sala Penal Superior, considera que lo antes alegado por la defensa no tiene cabida, debido a que lo percibido por el excluido y su cónyuge hasta antes del período de imputación habría sido invertido en bienes, educación onerosa de sus hijos, gastos de alimentación, vivienda, vestido, recreación, etcétera; al respecto debe precisarse que dicha conclusión del Colegiado Penal Superior no se sustentó de manera objetiva, se trata de una apreciación que no tuvo en cuenta que se encuentran acreditadas las actividades laborales del excluido (oficial del Ejército Peruano) y su cónyuge (en mérito a la constancia expedida el diecinueve de abril de dos mil uno por la Municipalidad de Miraflores dando cuenta de la solicitud de Licencia de Funcionamiento del local ubicado en la calle Alcanfores número ciento treinta y dos - Miraflores, para confecciones de prendas de vestir con la razón social «Aurora De Vettori Chacón», tramitada con fecha veintinueve de setiembre de mil novecientos ochenta y dos, constancia expedida el ocho de mayo de dos mil uno por la Municipalidad de Miraflores dando cuenta de la Solicitud de Licencia de funcionamiento del local ubicado en la avenida Larco número seiscientos cincuenta – tienda número tres – Miraflores, con la razón social «Aurora De Vettori Chacón», solicitud de inscripción de la procesada Aurora Isabel De Vettori Rojas como socia en el Registro de la Confederación Nacional de Comerciantes – CONACO-, de fecha catorce de junio de mil novecientos ochenta con la razón social «Boutique Císara», certificado de inscripción en el Registro Industrial del Ministerio de Industria, Turismo e Integración de la razón social

«Aurora De Vettori de Chacón» su fecha tres de marzo de mil novecientos ochenta y tres, diploma de honor extendida el veinticuatro de setiembre de mil novecientos ochenta y siete por Lima Sheraton Hotel & Towers a «D´Vettori» durante el desfile de modas ochenta y siete – ochenta y ocho realizado en el restaurant Las Palmeras, así como la publicidad impresa relativa a dicho evento, apareciendo dicha razón social como participante, y documento rotulado «Invitación Comité Pro – Construcción del Templo Santísimo nombre de Jesús» al desfile de modas colección otoño – invierno mil novecientos ochenta y ocho, apareciendo como participante en el rubro diseño la razón social «D Vettori»), por tanto, como se ha referido precedentemente resulta aparentemente lógico que la referida sociedad conyugal en más de veinte años de casados hayan podido obtener algún patrimonio a su favor; en consecuencia, en aplicación del principio de favorabilidad se debió considerar en la recurrida algún monto de dinero en efectivo y/o bienes como patrimonio de la sociedad conyugal, antes del inicio del período de imputación.

ii) en cuanto a las fuentes de liberalidades que se habrían otorgado a favor de la sociedad conyugal Chacón Málaga – De Vettori Rojas alegadas por su defensa técnica, debe indicarse, que la Sala Penal Superior admitió la referida a los treinta mil dólares americanos que la encausada De Vettori Rojas recibió en el mes de agosto de dos mil, debido al mérito de la información contenida en la Escritura Pública de veintiocho de agosto de dos mil, emitida por la Notaria Virginia David Garrido, donde se da fe que compareció ante ella, la señora Olga Teresa Rojas viuda de De Vettori quien hizo entrega a la mencionada encausada de un cheque de gerencia por la cantidad aludida, manifestando que era por concepto de su cuota hereditaria respecto de su señor padre don Walter De Vettori Revilla; sin embargo, desestima la fuente de liberalidad referida a los quince mil dólares americanos que en el año mil novecientos noventa y cuatro se le habría entregado al excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga producto de la repartición de la venta del inmueble testado por su señor padre, sito en la avenida B número ciento ochenta y siete – Monterrico Norte – San Borja, amparándose en que no existe documento que acredite el inventario de los bienes adquiridos, la determinación de la masa hereditaria o del acuerdo de división y partición de bienes del excluido Chacón Málaga, y que en todo caso atendiendo al precio de venta de dicho inmueble (setenta mil dólares americanos) y la cuota hereditaria de Ley, le correspondería por dicho concepto la cantidad de cuatro mil seiscientos sesenta y seis punto seis dólares americanos; por su parte, la defensa técnica alega que por decisión familiar el referido bien inmueble

fue vendido varios años después a don Hugo Chacón Málaga, cuyo importe de dinero recabado fue dividido en partes iguales entre la esposa e hijos del causa habiente con excepción del comprador, correspondiéndole al excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga la cantidad de catorce mil treinta y cuatro dólares americanos; al respecto obra en autos lo siguiente: **a)** el Testamento otorgado por don Gaspar Chacón Berrios el cinco de enero de mil novecientos ochenta y siete, donde instituyó como herederos de todos sus bienes (entre éstos el inmueble aludido) a su esposa Lucinda Málaga Bueno y sus cuatro hijos, Walter Gaspar Segundo, Doris Lucinda, Carlos Rodolfo y Hugo Arnaldo Chacón Málaga, así como a su hija Eva Yolanda Chacón Benavente; **b)** la copia legalizada del testimonio de Escritura Pública de fecha veinticinco de febrero de mil novecientos noventa y cuatro correspondiente a la compra – venta de acciones y derechos del inmueble en cuestión, celebrado de una parte, por Lucinda Málaga Bueno viuda de Chacón, además de Walter, Doris Lucinda y Carlos Rodolfo Chacón Málaga, así como Eva Yolanda Chacón Benavente, en calidad de vendedores; y de otra, Hugo Arnaldo Chacón Málaga como comprador, de la que trasciende como precio pagado por este último la cantidad de setenta mil dólares americanos, cancelado a la suscripción de la minuta; y **c)** el documento privado rotulado como «liquidaciones» realizadas por doña Lucinda Málaga Bueno, fechado el cuatro de abril de mil novecientos noventa y cuatro, en que se consigna que el total de dinero a entregarse a don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga corresponde a catorce mil treinta y cuatro dólares americanos; siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que con independencia de las normas civiles sobre la partición de la masa hereditaria, debe indicarse en concreto que el referido bien inmueble aludido fue vendido al señor don Hugo Arnaldo Chacón Málaga por el precio de setenta mil dólares americanos, por lo que la alegación de la defensa técnica sobre la división de aquella suma en partes iguales entre la esposa e hijos del causa habiente, a excepción del comprador, sostenida en un documento privado rotulado «liquidaciones» emitido por doña Lucinda Málaga Bueno; merece ser valorado, atendiendo a que no se actuado diligencia alguna que lo desvirtúe; en todo caso se debe considerar si es halla suficientemente probada o genera duda aquella versión respecto de dinero que recibió el excluido por la venta del inmueble en cuestión.

10.2.- De otro lado, también se desestimó la fuente de liberalidad referida a los cincuenta mil dólares americanos que habría recibido la encausada De Vettori Rojas, producto de sumas de dinero periódicamente recibidas de su señora madre en el período mil

novecientos noventa y cuatro - dos mil, sustentado en que sin perjuicio de la precisión de la naturaleza del derecho a tal participación (a título de derecho hereditario de la procesada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas o como liberalidad de la señora Olga Teresa Rojas Castañeda viuda De Vettori), debe tenerse en cuenta que la alegada asignación económica proviene de una fuente hereditaria, por tanto, atendiendo a que el haber hereditario de Aurora Isabel De Vettori Rojas le fue entregado por su señora madre doña Olga Teresa Rojas Castañeda recién el veintiocho de agosto de dos mil por la suma de treinta mil dólares americanos, lo percibido procedente de dicho origen hereditario se circunscribe y se agota en esta última suma precisada, más aún, si se tiene en cuenta que el excluido refirió en su oportunidad que no existía documentación que acreditara dichas entregas de dinero, sin embargo, posteriormente se presentaron dieciséis recibos en donde éste último aparece suscribiendo recepciones de dinero correspondientes a los años mil novecientos noventa y cuatro al dos mil, por concepto del treinta y cinco por ciento de la renta generada por el arrendamiento de dos predios agrícolas en Tumbes de propiedad de la señora Olga Rojas Castañeda viuda De Vettori, instrumental que es contradictoria con la declaración jurada de ésta última de fecha siete de mayo de dos mil uno - fojas veinticuatro mil seiscientos ochenta y uno-, donde declara «que (...) ha hecho entrega del treinta y cinco por ciento (...) del valor total de las dos cosechas que se realizan anualmente, a favor de su hija Aurora Isabel De Vettori Rojas desde el año mil novecientos noventa y cuatro hasta la fecha(...)» y contradictoria en parte con la información que obra sobre el arrendamiento de los terrenos aludidos en el expediente número dos cero cero siete cero cero cinco tres uno uno cinco - dos mil siete SUNAT; siendo ello así, este Supremo Tribunal considera que por los propios fundamentos de la Sala Penal Superior, no se encontraría debidamente acreditado lo alegado por la defensa técnica de la sociedad conyugal materia de análisis respecto a que como consecuencia de la muerte del padre de la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, desde el mes de junio de mil novecientos noventa y cuatro hasta el dos mil, la madre de aquella, doña Olga Rojas Castañeda viuda De Vettori, les hubiera asignado un apoyo familiar económico del treinta y cinco por ciento del alquiler de los terrenos agrícolas de tumbes denominados « San Juan de Tarapacá» y «Olguita», lo cual resultó un monto equivalente a cuarenta y seis mil novecientos ochenta y seis punto noventa y cuatro dólares americanos; sin embargo, en la propia sentencia recurrida -ver fojas ciento dos mil novecientos cincuenta y

ocho-, se precisó que «en el Anexo relativo al Expediente de Fiscalización número dos cero cero siete cero cero cinco tres uno cinco - SUNAT obra la instrumental de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, denominada «Reconocimiento de deuda por Mutuo sin intereses y compromiso de pago», el que aparece suscrito por ambos confortantes de la sociedad conyugal Chacón - De Vettori, en la que declaran bajo juramento lo siguiente: durante los años mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y nueve hemos recibido de la señora Olga Teresa Rojas De Vettori, en calidad de mutuo sin intereses, la suma de ciento diecisiete mil setecientos setenta y seis nuevos soles (...), consignando además en dicho documento, haber recibido tal suma conforme al siguiente detalle: a) año mil novecientos noventa y cuatro: ocho mil setecientos cincuenta nuevos soles; b) año mil novecientos noventa y cinco: diecinueve mil seiscientos nuevos soles; c) año mil novecientos noventa y seis: veintidós mil quinientos setenta y seis nuevos soles; d) año mil novecientos noventa y siete: veintitrés mil cuatrocientos cincuenta nuevos soles; e) año mil novecientos noventa y ocho: dieciocho mil doscientos nuevos soles; y f) año mil novecientos noventa y nueve: veinticinco mil doscientos nuevos soles; agregando Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga y Aurora Isabel De Vettori de Chacón: nos comprometemos a devolver el integro de la suma señalada en el punto anterior en un plazo máximo de tres años, computado desde la suscripción del presente documento (...)», concluyendo el Colegiado Penal Superior que de la citada instrumental se advierte que el dinero presuntamente entregado por la señora Olga Teresa Rojas Castañeda viuda De Vettori fue a título de mutuo (sin intereses), esto es, como obligación de pago contraída con la antes mencionada con cargo a devolución y por la suma de ciento setenta y siete mil setecientos setenta y seis nuevos soles, advirtiéndose incluso haberse acompañado como acreditación siete recibos en los que declara el excluido haber recibido entre los años mil novecientos noventa y ocho y mil novecientos noventa y nueve la suma de cuarenta y tres mil cuatrocientos nuevos soles; sin embargo, dicho Colegiado Penal Superior no realiza una valoración positiva o negativa respecto de dicha cantidad de dinero presuntamente recibida por la sociedad conyugal materia de análisis por concepto de préstamo en el período de imputación. Es decir se ha producido una omisión de evaluación probatoria y con ello la motivación es de afectación.

iii) En cuanto a la fuente crediticia de noventa y tres mil dólares alegada por la defensa técnica de la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas proveniente de un préstamo efectuado por el señor

Walter Reátegui Lazo (amigo) y que luego fuera invertido en la empresa C & H Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada en calidad de préstamo, la Sala Penal Superior lo desestima como fuente de ingreso, sustentado en: a) la existencia de dos contratos presuntamente contradictorios que acreditarían dicho préstamo, uno de fecha treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete y el otro de fecha siete de enero de mil novecientos noventa y ocho; b) haberse pactado la devolución del préstamo hasta en cuatro año y sin ningún tipo de contraprestación (intereses); y c) por el hecho que no puede soslayarse que el supuesto préstamo no haya tenido operatividad en su ejecución a través del sistema bancario, empleado habitualmente tanto por el prestamista como por el beneficiario, más aún, si el destino final de dicho dinero era la cuenta bancaria de la empresa C y H Asociados Sociedad de Responsabilidad Limitada; al respecto este Supremo Tribunal precisa que lo que es objeto de investigación es determinar los ingresos lícitos de la sociedad conyugal in comento en el período de imputación y contrastarlo con sus egresos en el mismo período, en ese sentido, se tendría que evaluar si la razón de duplicidad de contratos de préstamos se originó o no en la existencia de un mutuo en moneda nacional, en tanto que el segundo contrato se refiere a moneda extranjera (dólares americanos), a efecto de que por el prolongado tiempo de gracia estipulado en el contrato (cuatro años) el prestamista del dinero no se viera perjudicado con una posible devaluación de la moneda nacional; sin perjuicio de ello, debe indicarse que dicho préstamo de dinero estaría acreditado no sólo con la declaración testimonial del prestamista don Walter Reátegui Lazo -fojas-cien mil novecientos cincuenta-, sino también por el mérito de los recibos suscritos por el excluido don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga de treinta de diciembre de mil novecientos noventa y siete, ocho y veintiocho de enero y trece de abril de mil novecientos noventa y ocho, que dan cuenta del dinero recibido en préstamo en cuatro partes por un total de doscientos diecisiete mil quinientos nuevos soles (noventa y tres mil dólares), la Declaración Jurada ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de don Walter Reátegui Lazo de fecha veinte de diciembre de dos mil cinco, sobre el préstamo que refiere haber otorgado al excluido, el cuadro denominado «Detalle de Cancelación de Préstamo de Dinero» que programa amortizaciones desde el treinta de abril de dos mil uno hasta el treinta y uno de diciembre de dos mil cuatro, el mismo que se encuentra suscrito por don Walter Reátegui Lazo, y cuarenta y cinco recibos en copia simple suscritos mensualmente por doña Aurora Isabel

De Vettori Rojas, don Walter Reátegui Lazo y doña Gladis López Zúñiga de Reátegui fechados desde el treinta de abril del dos mil uno hasta el treinta de diciembre de dos mil cuatro, cada uno de ellos por importes varios, no inferiores a mil un o superiores a mil noventa y ocho dólares -obrantes en el Anexo relativo al Expediente de Fiscalización-SUNAT número dos cero cero siete cero cero cinco tres uno cinco-; en consecuencia la referida fuente de ingreso debió ser admitida por el Superior Penal Colegiado o ser rechazada bajo una argumentación más sólida. **iv)** De otro lado la sentencia recurrida hace alusión a distintos rubros que tienen relación directa con el patrimonio de la Sociedad Conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, concluyendo concretamente que: **a)** las cuentas bancarias de la referida Sociedad Conyugal en el período de mil novecientos noventa y cinco al dos mil-, tendrían como abonos por todo concepto la cantidad de setecientos trece mil ochocientos cincuenta y uno punto veintinueve dólares americanos; **b)** la inversión realizada en las ampliaciones de la edificación del Hostal «Portada del Sol Empresa Individual de Responsabilidad Limitada», en el periodo de mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y nueve, ascienden a ciento nueve mil trescientos veinticinco dólares americanos; **c)** la inversión realizada en la Empresa «D Vettori Atelier» por la encausada doña Aurora Isabel De Vettori Rojas en el período de mil novecientos noventa y siete al dos mil, asciende a veintiséis mil ciento sesenta y cinco dólares americanos; **d)** la inversión realizada por la encausada Aurora Isabel De Vettori Rojas en el «Real Hotel Titicaca Sociedad de Responsabilidad Limitada», asciende a doscientos quince mil trescientos setenta y seis dólares americanos; **e)** la inversión realizada a la Empresa «C y H Asociados» por el excluido Chacón Málaga en el período de mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y ocho, asciende a ciento tres mil cuatrocientos noventa dólares americanos; precisando, en cuanto a las referidas actividades comerciales, que estas no han podido generar algún beneficio patrimonial a la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas; sin embargo, dicha conclusión no se sustenta en razones contables u objetivas, sino en apreciaciones del Superior Colegiado. **v)** En cuanto a los beneficios económicos otorgados por el Ejército Peruano al excluido Chacón Málaga por concepto de combustible, chofer, mayordomo, flete por bagaje, gastos de instalación e indemnización de viaje, la Sala Penal Superior en mayoría considera que dichas asignaciones detentan una naturaleza jurídica distinta a las remuneraciones, debido a que están sujetas a un destino específico o particular y existe la obligación de devolución del remanente no

utilizado por dichos conceptos a las arcas del Estado; al respecto este Supremo Tribunal debe precisar, que lo que debe establecerse en la presente investigación es la existencia o no de un incremento patrimonial apreciable no justificado objetivamente del excluido Chacón Málaga como consecuencia de su condición de funcionario público en el período de imputación; en ese contexto una nueva evaluación deberá considerar si el dinero recibido por el excluido por todo concepto como consecuencia del trabajo realizado en los cargos públicos que desempeñó en el período de imputación, deben ser considerados como ingresos legítimos o no y susceptibles de valorar para justificar su patrimonio, con independencia de ser catalogados como remuneraciones o no y de la exigencia en cada caso concreto de devolver a las arcas del Estado el remanente del dinero no utilizado que fue asignado a un fin especifico (combustible, chofer, gastos de instalación, entre otros), debiendo procurar establecer si hubo o no remanente y su dimensión; y si el no haberse devuelto resulta una infracción administrativa o parte de la conducta delictiva.

UNDÉCIMO: PRONUNCIAMIENTO RESPECTO AL PATRIMONIO DE LA SOCIEDAD CONYUGAL CONFORMADA POR LOS ENCAUSADOS DON LUIS MIGUEL PORTAL BARRANTES Y DOÑA CECILIA ISABEL CHACÓN DE VETTORI (REO CONTUMAZ)

11.1.- Teniendo en cuenta que la últimamente nombrada se halla con reserva de procesamiento en la sentencia recurrida en mayoría respecto a lo alegado en la pericia de parte como fuente de justificación del patrimonio de la sociedad conyugal Portal Barrantes – Chacón De Vettori en el período de imputación, se indica concretamente lo siguiente:

i) respecto a los ingresos percibidos por trabajo de la sociedad conyugal Portal Barrantes – Chacón De Vettori en los Estados Unidos de América; precisa que la pericia de parte consigna que el encausado Luis Miguel Portal Barrantes por los trabajos realizados en los Estados Unidos de América -entre los meses de junio de mil novecientos noventa y cuatro a diciembre de mil novecientos noventa y nueve-, tuvo como ingresos la cantidad de ciento cincuenta y ocho mil doscientos noventa y tres dólares americanos; mientras que la encausada Cecilia Isabel Chacón De Vettori por los trabajos realizados en el mencionado país – entre los meses de setiembre de mil novecientos noventa y cinco y diciembre de mil novecientos noventa y siete-, tuvo como ingresos cincuenta y nueve mil doscientos cinco dólares americanos; asimismo, en la misma pericia de parte se consigna como

gastos corrientes de la sociedad conyugal en el período que trabajaron en los Estados Unidos de América la cantidad de ochenta y nueve mil ciento uno dólares americanos (costo de vida, impuestos, seguros, pasajes internacionales, tributos municipales y consumo); por tanto, en base a los mencionados datos, se tendría como resultado que en el período que la sociedad conyugal trabajó en los Estados Unidos de América obtuvo un ingreso neto de ciento veintiocho mil trescientos noventa y siete dólares americanos; sin embargo, los ingresos que habría generado la encausada Cecilia Isabel Chacón De Vettori no han sido acreditados documentalmente, no pudiéndose soslayar en su caso que durante su estadía en los Estados Unidos de América tuvo siempre la condición de ilegal, y además alumbró a su menor hijo que nació el dos de enero de mil novecientos noventa y ocho, cuando todavía se encontraba en dicho país; en consecuencia, se dice por la Sala Superior que no resulta verosímil que bajo la condición de ilegal, esto es, sin las oportunidades y condiciones laborales derivadas de su situación migratoria que se lo impedía y más aún, habiendo tenido que atender en determinado momento su situación de gestante y luego de madre haya obtenido los casi sesenta mil dólares que alega; agregando que sin perjuicio de lo expuesto, pese a la ausencia de documentación que sustente los ingresos alegados y no obstante los datos fácticos precisados, la Sala Penal Superior consideró como ingreso mensual percibido, el ingreso que consigna en su pericia de parte, es decir mil cuarenta dólares americanos, lo que multiplicado por el número de meses que abarca el período de setiembre de mil novecientos noventa y cinco a diciembre de mil novecientos noventa y siete (veintiocho meses), alcanza la suma de veintinueve mil ciento veinte dólares americanos; por tanto, la Sala concluyó que el ingreso neto pasible de contabilizar a la sociedad conyugal por los trabajos realizados en los Estados Unidos de América es noventa y ocho mil trescientos doce dólares americanos. ***ii)*** en cuanto al préstamo de don Ricardo Portal Barrantes por el importe de setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares, la Sala Superior indica que los encausados han ensayado hasta tres versiones: **a)** que sirvió para la edificación del Hostal Portada del Sol Hacienda; **b)** que no sirvió para tal edificación, sino para el equipamiento de dicho hostal y la adquisición de la camioneta Toyota luego alquilada; y **c)** que sirvió básicamente para la compra de dicha camioneta Toyota. Hay imprecisión sobre el quantum del préstamo, no pudiendo empero, soslayarse que ciertamente ambos acusados, en el decurso de sus declaraciones, han señalado sumas distintas respecto a éste (en un caso cuarenta y cinco mil dólares y en otro setenta mil dólares); precisa

que en la pericia de parte se indica que don Ricardo Augusto Portal Barrantes - residente norteamericano-, durante el periodo de marzo de mil novecientos noventa y nueve a diciembre de dos mil, transfirió en calidad de préstamo (a ser devuelto en un plazo de cinco años con los intereses correspondientes) a las cuentas de ahorros de su hermano Miguel Portal, en el banco de Crédito del Perú, sumas de dinero que en total - menos los gastos de envió- ascienden a setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares americanos; sin embargo, la Sala Superior consideró que atendiendo a las distintas versiones convergentes relativas a lo que fue objeto de financiamiento a través de dicho préstamo, la versión de que sirvió para la camioneta adquirida se erige en la más creíble. Dicha versión se corresponde con el monto de cuarenta mil dólares americanos, este monto, es precisamente el que desde un primer momento refirió la encausada Chacón De Vettori; concluyéndose que el referido préstamo se circunscribió a la compra de la camioneta. *iii)* respecto al dinero entregado por don Ricardo Portal Barrantes; precisa que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos la «Inversión en terrenos en Tumbes», que Ricardo Portal Barrantes entregó en uno de sus viajes al Perú, a inicios del año dos mil, con el propósito de invertir en terrenos en Tumbes, le encargó a su hermano Miguel Portal Barrantes realizar las gestiones para tal efecto, para lo cual le entregó noventa mil dólares americanos, no llegándose a concretar por falta de legitimidad de los vendedores, por lo que dicho encausado depositó en una cuenta del Banco de Crédito la cantidad de ochenta y ocho mil treinta dólares americanos. *iv)* en cuanto a la venta de productos en el exterior; precisa que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos a la «venta de productos del exterior», que Luis Miguel Portal Barrantes se dedicó a la comercialización de productos, como laptops, microprocesadores de PC, perfumería, bisutería, cosméticos y ropa que adquiría en los Estados Unidos de América para venderlos en Lima - Perú, por los cuales habría obtenido ingresos de trece mil trescientos dólares americanos en el año mil novecientos noventa y ocho y quince mil dólares en el año mil novecientos noventa y nueve. *v)* respecto al cobro de préstamo a don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga; precisa que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos la «devolución de préstamos concedidos»; indicándose que el cinco de marzo de mil novecientos noventa y nueve, don Luis Miguel Portal Barrantes prestó el importe de treinta mil dólares americanos a don Walter Chacón Málaga, el cual fue devuelto el uno de setiembre de dos mil; precisando la Sala Penal Superior que dicha fuente de ingreso importa la recuperación de un capital temporalmente otorgado a un

tercero a título de préstamo. *vi)* en cuanto a las cobranzas por ventas en Portada del Sol Hacienda Sociedad de Responsabilidad Limitada; precisa la Sala Superior que en la pericia de parte se considera en el rubro ingresos la «cobranza por ventas del Hostal Portada del Sol Hacienda Sociedad de Responsabilidad Limitada a través de la cuenta de ahorros de Luis Miguel Portal»; que las cobranzas de parte de las ventas del ejercicio gravable dos mil, del Hostal Portada del Sol Hacienda Sociedad de Responsabilidad Limitada, se realizaron mediante depósitos en las cuentas de ahorros de don Luis Miguel Portal, siendo que el importe total cobrado asciende a diez mil ciento veinticuatro dólares americanos. *vii)* respecto al inmueble, sito en la calle Los Milanos número ciento noventa y cuatro, departamento número doscientos dos y el estacionamiento número diez; precisa la sala Superior que en la pericia de parte se ensaya una versión diferente sobre la fuente de financiamiento de dicho departamento (distinta a la ofrecida por los procesados en sus declaraciones) en el sentido de que fue obtenido prioritariamente con los ingresos obtenidos en el extranjero por Luis Miguel Portal Barrantes; indicando la Sala Penal Superior al respecto, que teniendo en consideración la fecha de cancelación del valor inmueble (dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete) y los ingresos netos generados a mayo de mil novecientos noventa y siete, no solamente por el procesado Portal Barrantes, sino también por su coprocesada y cónyuge doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, se tiene que remitiéndose a lo que establecieron en relación a dichos ingresos, la suma generada por dicha sociedad conyugal a esa fecha asciende a sesenta y dos mil sesenta y nueve dólares americanos (cuarenta y siete mil doscientos noventa y dos dólares americanos por los años mil novecientos noventa y cuatro a mil novecientos noventa y seis y catorce mil setecientos setenta y siete dólares americanos por los meses de enero a mayo de mil novecientos noventa y siete), monto que evidentemente no cubriría el precio del departamento de setenta y cuatro mil dólares americanos; concluyendo que la verdadera titular del referido departamento es la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas. *viii)* en cuanto al Hostal Portada del Sol Hacienda; precisa la sala Superior que en la pericia de parte se indican importes de lo que se habría invertido; sin embargo la propia Sala Penal Superior indica que existen inconsistencias entre las declaraciones de los encausados doña Cecilia Isabel Chacón y Luis Miguel Portal respecto a los capitales recibidos para la edificación; por tanto, debe estarse al reconocimiento de don Luis Miguel Portal en cuanto a que la subvención de la construcción del referido hostal no provino de los préstamos familiares alegados;

por tanto, es evidente la manifiesta insuficiencia del capital pasible de haber sido ahorrado por los procesados Cecilia Chacón y Luis Miguel Portal Barrantes, frente al monto que refieren haber destinado a dicha versión (ciento cincuenta y tres mil quinientos cincuenta y ocho dólares americanos), lo que descarta obviamente que el monto de ésta haya sido subvencionado con dinero o recursos propios. *ix)* respecto a los depósitos bancarios; la Sala Penal Superior precisó que al ser preguntados los encausados en torno a las cuentas bancarias bajo su titularidad, lejos de ofrecer alguna explicación o justificación se limitaron a guardar silencio.

DUODÉCIMO: RESPECTO A LA FALTA DE VALORACIÓN

12.1.- En base a lo precedentemente expuesto respecto a la valoración realizada por la Sala Penal Superior en el extremo de la justificación del patrimonio de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori este Supremo Tribunal considera lo siguiente:

i) se concluyó que el ingreso neto pasible de contabilizar a la sociedad conyugal Porta Barrantes - Chacón De Vettori por los trabajos realizados en los Estados Unidos de América es de noventa y ocho mil trescientos doce dólares americanos, en desmedro de los ciento veintiocho mil trescientos noventa y siete dólares americanos que establece la pericia de parte; sustentando dicha decisión en que no puede soslayarse que la encausada durante su estadía en los Estados Unidos de América tuvo siempre la condición de ilegal y además alumbró a su menor hijo que nació el dos de enero de mil novecientos noventa y ocho, cuando todavía se encontraba en dicho país; por tanto, resultaría inverosímil que haya obtenido los casi sesenta mil dólares americanos que se alegan (la pericia de parte establece que obtuvo como ingresos cincuenta y nueve mil doscientos cinco dólares americanos); sin embargo, dicha apreciación resulta subjetiva, debido a no se tuvo en cuenta que la pericia de parte sólo hizo referencia al trabajo realizado por la encausada entre los meses de setiembre de mil novecientos noventa y cinco y diciembre de mil novecientos noventa y siete, esto es, antes de que naciera el hijo de la referida encausada, así como por el hecho de que en la realidad la condición de ilegal de una persona en un país extranjero, no es óbice fatal impedimento para la percepción de ingresos por labores realizadas; como regla de la experiencia, hubo y hay en Norteamérica un número importante de inmigrantes indocumentados, que trabajan en diversos oficios, algunos llegan a formalizarse, otros no y permanecen hasta ser ubicados y deportados. Es innegable que una parte de la fuerza laboral en Norteamérica, está constituido por extranjeros, entre ellos por

latinos que suelen remesar periódicamente sumas de dinero; es importante por tanto determinar si el procesado don Miguel Portal Barrantes y en su caso, su cónyuge se hallaban o no dentro de aquel supuesto; precisar de ser el caso la estimación razonable del patrimonio que hubiera generado; de ahí que el Colegiado Superior sin ningún sustento objetivo suficiente consideró como ingreso mensual percibido por la encausada Chacón De Vettori en Estados Unidos de América, el ingreso mensual menor que se consigna en una pericia de parte, es decir mil cuarenta dólares americanos en detrimento de los demás ingresos mayores que se consigna en el mismo documento.

De otro lado, en la recurrida se hace referencia al alumbramiento como circunstancia impeditiva de generación de ingresos, pero los ingresos que reflejan la pericia de parte además culminan en diciembre de mil novecientos noventa y siete, estos es antes del parto (febrero de mil novecientos noventa y ocho).

Debe por tanto evaluarse con más detenimiento el contenido del informe (ver folios ciento dos mil novecientos noventa y noventa y dos setecientos cincuenta y cinco)

ii) se consideró que el monto del préstamo de Ricardo Portal Barrantes a la sociedad conyugal Portal Barrantes – Chacón De Vettori ascendió a cuarenta mil dólares que fueron invertidos en la adquisición de una camioneta; sin embargo, dicha deducción resulta subjetiva debido a que se sustenta a su entender en las distintas versiones convergentes relativas a lo que fue objeto de financiamiento a través de dicho préstamo; para cuyo efecto se limitó a consignar los documentos presentados y oralizados que acreditarían la tesis de la sociedad conyugal de haber recibido de Ricardo Portal Barrantes transferencias de dinero en calidad de préstamo por la suma total de setenta y nueve mil cien dólares americanos, de los cuales descontando los gastos de envío quedaron setenta y ocho mil novecientos setenta y cuatro dólares americanos (ver fojas ciento dos mil novecientos noventa y dos y ciento dos mil novecientos noventa y tres), empero, no se valoró la validez o no de dicha documentación sustentatoria;

iii) en cuanto a las fuentes de ingresos precisadas en la pericia de parte referidas al dinero entregado por don Ricardo Portal Barrantes para la «Inversión en terrenos en Tumbes» (noventa mil dólares), a la venta de productos que adquiría Luis Miguel Portal Barrantes en los Estados Unidos de América para comercializarlos en Lima, por los cuales habría obtenido ingresos de trece mil trescientos dólares americanos en el año mil novecientos noventa y ocho y quince mil dólares americanos en

el año mil novecientos noventa y nueve, al cobro de préstamo a don Walter Chacón Málaga (treinta mil dólares americanos) y las cobranzas por ventas en el Hostal Portada del Sol Hacienda, la Sala Penal Superior se limitó a consignar las proposiciones fácticas y enumerar los medios probatorios aportados para sustentar las referidas tesis (ver fojas ciento dos mil novecientos noventa y cuatro a ciento dos mil novecientos noventa y siete); sin embargo, no realizó valoración alguna respecto a la validez de dichos documentos presentados, a efectos de establecer si los montos referidos deben ser considerados a favor o no del patrimonio de la Sociedad Conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori;

iv) se concluye que el inmueble, sito en la calle Los Milanos número ciento noventa y cuatro, departamento número doscientos dos y el estacionamiento número diez, pese a estar a nombre de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori, le pertenece en realidad a la sociedad conyugal Chacón Málaga - De Vettori Rojas, bajo el sustento que la pericia de parte ensaya una versión diferente sobre la fuente de financiamiento de dicho departamento (distinta a la ofrecida por los procesados en sus declaraciones) en el sentido de que fue obtenido prioritariamente con los ingresos obtenidos en el extranjero por don Luis Miguel Portal Barrantes; por tanto, teniendo en consideración los ingresos netos generados por la sociedad conyugal Portal - Chacón hasta antes de la fecha de cancelación del inmueble (dieciséis de junio de mil novecientos noventa y siete) ascendente a sesenta y dos mil sesenta y nueve dólares americanos, dicho monto no cubriría el precio del referido departamento de setenta y cuatro mil dólares americanos; sin embargo, dicha deducción debe tomarse con reserva, debido a que el referido monto neto de ingresos de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori considerado hasta antes de la fecha de la cancelación del inmueble, ha sido calculada en base a criterios no objetivos y falta de valoración respecto a prueba documental de acreditación de ingresos de la anotada sociedad conyugal que han sido advertidas precedentemente;

v) se concluyó que la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori no tuvo el suficiente capital ahorrado para afrontar la inversión de ciento cincuenta y tres mil quinientos cincuenta y ocho dólares americanos en el Hostal Portada del Sol Hacienda que se alega; sin embargo, dicha deducción también debe tomarse con reserva, por cuanto para ello se remite a sus conclusiones anteriores de fuentes de ingresos de la sociedad conyugal Portal Barrantes – Chacón De Vettori que han sido observadas por este Supremo Tribunal; y

vi) en cuanto a los depósitos bancarios de la sociedad conyugal Portal Barrantes - Chacón De Vettori, la sentencia recurrida se limita

a indicar que los encausados guardaron silencio al respecto, esto es, no se realizó una valoración positiva o negativa respecto de dicha información a efecto de establecer su incidencia en el patrimonio de la indicada sociedad conyugal.

DÉCIMO TERCERO: PRONUNCIAMIENTO RESPECTO AL PATRIMONIO DEL ENCAUSADO DON JUAN CARLOS CHACÓN DE VETTORI

13.1.- Que, revisada la valoración de la Sala Penal Superior en mayoría en este extremo de la sentencia recurrida, se establece la existencia de un desbalance en el patrimonio del encausado Juan Carlos Chacón De Vettori en el período de imputación -proveniente del patrimonio presuntamente ilícito del excluido don Walter Gaspar Chacón Málaga-, sustentado en el examen de depósitos que aparecen registrados en sus cuentas personales no justificados en ingresos propios, pero primordial y concretamente, en base al cuestionamiento realizado a sus ingresos personales generados en la operatividad de la empresa MEC ASOCIADOS Sociedad Anónima (MECSA), a la titularidad del capital social en bienes muebles que habría aportado para la constitución de la referida empresa (vehículo marca Toyota, de placa de rodaje número KO- seis mil setecientos noventa y cinco, modelo Corolla, año mil novecientos noventa y cuatro), el usufructo personal del inmueble de titularidad de la empresa MECSA, sito en avenida Tacna número quinientos cinco, departamento doscientos dos – San Miguel -Lima (pese a que se menciona que el socio don Eduardo Egúsquiza Escobedo utiliza el departamento doscientos uno del referido inmueble de propiedad también de la empresa mencionada), a la disposición del capital de la empresa MECSA en la adquisición del terreno ubicado en Cieneguilla, manzana cinco, lote diez, a la apariencia jurídica de socios de la empresa (indicándose que por las funciones que tenía el encausado, sería el único titular de la mencionada persona jurídica, mientras que sus socios don Roger Alex Mejía Carranza y Eduardo Egúsquiza Escobedo serían trabajadores de la misma); sin embargo, debe indicarse, que dichas valoraciones no resultan objetivas si se tiene en consideración que en el juicio oral no se recabaron los libros contables de la empresa «MEC ASOCIADOS Sociedad Anónima» correspondientes al período de imputación, a efecto de que dicha información sea evaluada en una pericia de oficio que determinara con precisión y sustento técnico el movimiento económico de la referida empresa y si los activos y pasivos de la misma son susceptibles de ser considerados en su totalidad o no como patrimonio personal del encausado don Juan Carlos Chacón De Vettori.

DÉCIMO CUARTO: CONCLUSIONES RESPECTO A LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA ACTUADA Y OFRECIDA EN AUTOS, POR PARTE DE LA SALA PENAL SUPERIOR QUE EMITIÓ LA SENTENCIA RECURRIDA

14.1.- Estando a lo anotado precedentemente, se advierte en la sentencia en mayoría recurrida, que se ha incurrido en omisiones, imprecisiones y valoración subjetiva respecto a determinados documentos y argumentos de defensa justificatorios del patrimonio que alegan haber obtenido lícitamente los encausados recurrentes en el período de imputación, siendo la omisión más relevante, la referida a no precisar concretamente a cuanto ascenderían los montos reales de los supuestos desbalances patrimoniales de los procesados en el período de imputación (mil novecientos noventa –dos mil); de igual forma, no se advierte en la referida resolución judicial la aplicación de un método inductivo idóneo destinado a establecer de manera objetiva, en primer orden, si en el período materia de imputación se produjo o no un desbalance patrimonial ilícito con relación a los ingresos percibidos como funcionario público por el excluido Chacón Málaga, estableciendo montos concretos; y en segundo orden, cuales son los signos exteriores de incremento patrimonial no justificables razonablemente que habrían obtenido en el período de imputación los *extraneus* Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes a efecto de contribuir en la comisión del delito investigado, para lo cual también debe establecerse expresamente los montos de sus respectivos patrimonios; sin perjuicio de indicar que en el presente proceso penal no se ha realizado algunas diligencias que habrían conllevado a un mejor esclarecimiento de los hechos materia de la presente investigación.

14.2.- El inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales establece que la Corte Suprema declarará la nulidad «*Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la Ley Procesal Penal*», estableciéndose en su último párrafo, que «*La nulidad del proceso no surtirá más efectos que el retrotraer el procedimiento a la estación procesal en que se cometió o produjo el vicio, subsistiendo los elementos probatorios que de modo específico no fueron afectados. Declarada la nulidad del Juicio Oral, la audiencia será reabierta, a fin de que en dicho acto se subsanen los vicios u omisiones que la motivaron, o que en su caso, se complementen o amplíen las pruebas y diligencias que correspondan*».

14.3.- Que, si bien este Supremo Tribunal no es ajeno a las múltiples jurisprudencias del Tribunal Constitucional respecto al plazo razonable

que debe observarse para la solución de una controversia penal puesta en conocimiento de los Órganos Jurisdiccionales, también lo es, que un debido proceso penal exige encontrar un equilibrio entre garantía y eficiencia, pero también dar una respuesta a la sociedad y/o a la víctima, evitándose así la impunidad, **en consecuencia resulta congruente en el presente caso, proceder conforme al criterio establecido en un caso análogo donde ha transcurrido un plazo considerable sin que se haya resuelto la situación jurídica de los imputados, como lo es el caso del expediente AV. Veintisiete - dos mil tres.**

DÉCIMO QUINTO: NECESIDAD DE PRECISIÓN DEL ALCANCE MATERIA DE LOS CARGOS

Sin perjuicio de lo señalado en el acápite anterior, es necesario establecer de modo claro si el enriquecimiento atribuido a los cómplices tuvo como fuente la actividad funcional del servidor público ahora excluido Chacón Málaga y si aquél presunto enriquecimiento se produjo durante el tiempo de desempeño funcional de aquél (es decir si es coetáneo o posterior para demostrar los efectos).

DÉCIMO SEXTO: EVITACIÓN DE PERSECUCIÓN PENAL MÚLTIPLE

De otro lado, no resulta razonable absolver al acusado (cualquiera que fuere) por una carga fáctica concreta y al mismo tiempo volver a procesar por los mismos hechos, como se propone en el voto discordante en la Sala Superior Penal; tal situación generaría un caso de persecución múltiple proscrita por el derecho penal (*ne bis in idem*), debiendo establecerse con claridad los marcos de imputación y en el caso de tener que corregirse razonablemente, se deberá aplicar el sentido del artículo doscientos sesenta y tres del Código de Procedimientos Penales o en su caso el artículo doscientos ochenta y cinco-A del indicado cuerpo de leyes, en cuanto fueran pertinentes.

DÉCIMO SÉPTIMO: RESPECTO A CUESTIONAMIENTOS PROCESALES

De otro lado, estando a la decisión adoptada en el presente caso, carece de objeto de emitir pronunciamiento respecto a los agravios expuestos por las defensas técnicas de los encausados recurrentes en cuanto a las cuestiones procesales materia de recurso de nulidad.

DÉCIMO OCTAVO: DILIGENCIAS QUE SE DEBERÁN REALIZAR EN EL NUEVO JUZGAMIENTO

18.1.- En consecuencia, de conformidad con la norma procesal contenida en el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, corresponde en el presente caso declarar nula

la sentencia recurrida y ordenarse la realización de nuevo Juicio Oral por parte de un Colegiado Penal Superior distinto al que emitió la sentencia recurrida, quien deberá actuar con celo y celeridad procesal en el ejercicio de sus funciones, dada la decisión producida, para cuyo efecto deberá tenerse en cuenta lo anotado en los considerandos precedentes referido a las omisiones y falta de objetivad advertidas en la valoración de documentos y alegatos de defensa sustentatorios del patrimonio de los encausados; así como actuarse excepcionalmente las siguientes diligencias:

i) La realización de una pericia contable respecto a los hechos investigados que determine en primer lugar, la existencia o no de desbalance en el patrimonio del excluido Chacón Málaga respecto a sus ingresos como funcionario público en el período de imputación - mil novecientos noventa al dos mil- (debido a que en la pericia de oficio primigenia y su ampliatoria obrante en autos, el período de examen abarcó sólo desde mil novecientos noventa y dos al dos mil y no se tuvo en cuenta la totalidad de la información obrante en autos respecto a la presunta justificación del patrimonio de los encausados investigados); y en segundo orden, la existencia o no de desbalance en el patrimonio de los *extraneus* doña Aurora Isabel De Vettori Rojas, don Luis Miguel Portal Barrantes, doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori y don Juan Carlos Chacón De Vettori (en este último caso se deberá tener en cuenta información contable de la empresa MECSA Asociados Sociedad Anónima), en el período materia de imputación;

ii) Se reciba las testimoniales de: Roger Alex Mejía Carranza y Eduardo Egúsquiza Escobedo (socios del encausado Juan Carlos Chacón De Vettori en la empresa MECSA ASOCIADOS Sociedad Anónima); y, las demás diligencias de resulten estrictamente necesarias para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación.

DÉCIMO NOVENO: RESPECTO A LA MEDIDA COERCITIVA IMPUESTA A LOS ENCAUSADOS RECURRENTES

Estando a lo expuesto, cabe precisar que el auto de procesamiento de quince de mayo de dos mil dos (obrante en los folios dieciocho mil cuatrocientos cuarenta y tres a dieciocho mil cuatrocientos cuarenta y ocho) dictó mandato de comparecencia sujeta a reglas de conducta a los encausados doña **AURORA ISABEL DE VETTORI ROJAS DE CHACÓN**, don **JUAN CARLOS CHACÓN DE VETTORI** Y don **LUIS MIGUEL PORTAL BARRANTES**, por tanto al haberse declarado la nulidad del proceso, los aludidos procesados deberán

retomar la condición jurídica que ostentaban antes de la emisión de la impugnada.

VIGÉSIMO: RESPECTO A LA CONTUMAZ EN EL JUICIO

A la contumaz doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, se le reservó el juzgamiento; se debe lograr por tanto su comparecencia en el nuevo juicio oral por unidad de procesamiento.

DECISIÓN

Por ello, administrando justicia a nombre del Pueblo, los integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal, acordamos:

I.- **DECLARAR NO HABER NULIDAD** en el auto de catorce de diciembre de dos mil nueve -obrante en los folios ciento dos mil ciento ochenta y cuatro y ciento dos mil ciento ochenta y cinco- que declaró improcedente su solicitud de la parte civil sobre inejecutabilidad del fallo emitido por el Tribunal Constitucional, de diecinueve de octubre de dos mil nueve -obrante a fojas ciento dos mil ciento setenta y uno a ciento dos mil ciento setenta y siete- en el extremo que declaró fundada en parte la demanda de habeas corpus a favor del encausado don Walter Gaspar Segundo Chacón Málaga (por haberse acreditado la vulneración del derecho al plazo razonable, disponiendo que la Sala Penal emplazada lo excluya del presente proceso penal).

II.- **DECLARAR NULA** la sentencia de nueve de febrero de dos mil diez -obrante en los folios ciento dos mil seiscientos diecinueve a ciento tres mil cincuenta y siete- aclarada mediante resolución de folio ciento tres mil ciento sesenta y cinco de diez de febrero de dos mil diez, que por mayoría declaró:

i) **INFUNDADA** la oposición formulada por la defensa técnica de la procesada doña Aurora Isabel De Vettori de Chacón a la incorporación de las copias certificadas de los expedientes remitidos por la SUNAT - Tribunal Fiscal, que corren como anexos del expediente principal;

ii) **FUNDADA** la solicitud del Procurador Público Ad-Hoc del Estado en la sesión doscientos veintinueve de diecisiete de noviembre de dos mil ocho, sobre suspensión del plazo de prescripción de la acción desde el auto emitido en sesión ciento treinta y tres de diecinueve de marzo de dos mil siete, de folios ochenta y nueve mil cuatrocientos noventa y nueve a ochenta y nueve mil quinientos dos, que declaró reo contumaz a la acusada doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori;

iii) **FUNDADA** la oposición planteada por el señor Fiscal Superior en la sesión doscientos sesenta, de nueve de junio de dos mil siete de folios cien mil ochocientos cuarenta y uno y siguiente, respecto de la visualización del DVD ofrecido por la defensa de la acusada doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, en la sesión doscientos veintiuno.

iv) **INFUNDADA** la oposición formulada por la defensa de la acusada doña Aurora Isabel De Vettori de Chacón, en la sesión doscientos cincuenta y dos, de veintiuno de abril de dos mil nueve, respecto a la oralización de piezas solicitadas por el Ministerio Público y la Procuraduría, referidas al «*Rubro préstamos Walter Reátegui Lazo*» y rubro «*Préstamos Banco Wiese*», «*rubro préstamos a Empresas*», rubro «*Apoyo familiar*» del expediente de Fiscalización de la SUNAT;

v) **INFUNDADA** la oposición planteada contra la actuación de la prueba de oficio, formulada por la defensa de los acusados doña Aurora Isabel De Vettori de Chacón, doña Cecilia Isabel Chacón De Vettori, don Juan Carlos Chacón De Vettori y don Luis Miguel Portal Barrantes, de folios cien mil ochocientos cincuenta y cuatro, cien mil ochocientos setenta y dos a cien mil ochocientos setenta y seis.

vi) **IMPROCEDENTE** lo solicitado por la defensa de los procesados, referido a que el señor Fiscal Superior proceda a reformular o readecuar su acusación escrita a fin de determinar la situación jurídica de los acusados.

vii) **CONDENÓ POR MAYORIA** a doña Aurora Isabel De Vettori Rojas de Chacón, Juan Carlos Chacón De Vettori y Luis Miguel Portal Barrantes, como cómplices secundarios del delito contra la administración pública -corrupción de funcionarios-, en el tipo de **enriquecimiento ilícito**, en agravio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de prueba de tres años; inhabilitación por el término de tres años, conforme al inciso dos del artículo treinta y seis del Código Penal; **FIJÓ** en dos millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar los condenados en forma solidaria a favor del Estado.

viii) **RESERVÓ** el proceso respecto de la acusada Cecilia Isabel Chacón De Vettori, al haber sido declarado reo contumaz.

ix) **DISPUSO** el decomiso de los bienes en relación a los condenados, dejando a salvo el derecho de la Procuraduría Pública del Estado, solicitar la nulidad de las transferencias de bienes que se hubieren producido, con el objeto de recuperar el patrimonio del Estado, por la ilícita conducta de

los acusados e inicie las acciones civiles contra el excluido del proceso don Walter Chacón Málaga, con el propósito de resarcir el daño ocasionado.

III.- MANDAR la realización de un nuevo Juicio oral por un Colegiado Penal Superior distinto al que emitió la sentencia recurrida, quienes con celo y celeridad procesal en el ejercicio de sus funciones deberán proceder conforme a lo anotado en la parte considerativa de la presente Ejecutoria.

IV.- RECOMENDAR que la Sala Superior competente desarrolle con prioridad el enjuiciamiento y emita pronunciamiento el fallo correspondiente, conforme a lo expuesto en el décimo sexto fundamento jurídico de la presente Ejecutoria Suprema. Intervienen los señores Jueces Supremos Príncipe Trujillo y Morales Parraguez, por licencia del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo e impedimento del señor Juez Supremo Villa Stein, respectivamente.

SS.

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

PRÍNCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

2. **Resolución Modelo para Retiro de Acusación por Enriquecimiento Ilícito -Imposibilidad de construir probatoriamente dado que en la investigación preliminar no se recabó la información necesaria y la averiguación del hecho imputado se limitó sólo a una investigación formal. «Caso Magistrado».**

EXPEDIENTE N° 18 - 2004 - LIMA

Lima, siete de enero de dos mil once.-

AUTOS y VISTOS; el proceso penal seguido contra el acusado Luis **Arturo Castro Reyes** por delito contra la Administración Pública -enriquecimiento ilícito- en agravio del Estado, interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo.

CONSIDERANDO

I. IMPUTACIÓN

PRIMERO. Que según la acusación escrita de fojas dos mil doscientos siete, se imputa al encausado Luis **Arturo Castro Reyes,** Juez Superior de Lima Norte, haberse enriquecido ilícitamente en los siguientes periodos:

A. De mil novecientos noventa a mil novecientos noventa y cuatro evidencia un desbalance patrimonial ascendente a doscientos ocho mil doce dólares americanos.

B. De mil novecientos noventa y cinco a mil novecientos noventa y siete evidencia un desbalance patrimonial ascendente a doscientos cuarenta y nueve mil cincuenta y dos dólares americanos.

C. De mil novecientos noventa y tres a dos mil uno evidencia un desbalance patrimonial ascendente a ciento doce mil novecientos sesenta y cinco dólares americanos con setenta y cinco centavos de dólar.

Asimismo, se le incrimina haber adquirido un terreno ubicado en la calle Campanillas, manzana «J-uno», lote uno, de la urbanización «Las Casuarinas Sur», un departamento ubicado en la calle Larrabure y Unanue número doscientos treinta y uno, interior número ochocientos siete, distrito de Jesús María, una camioneta marca «Toyota Corolla» de placa de rodaje «TO- 3226» y otro automóvil de la misma marca de placa de rodaje AIQ-234, que no estarían justificados con sus ingresos lícitos.

II. DEL RETIRÓ DE LA ACUSACIÓN

SEGUNDO. Que el Fiscal Supremo en la audiencia del veintinueve de diciembre de dos mil diez, retiró la acusación de conformidad con el artículo doscientos setenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales porque consideró que en los debates orales no se demostró que existió un incremento patrimonial injustificado del imputado Luis Arturo Castro Reyes, en tanto se constató que en la investigación preliminar no se recabó la información necesaria y la averiguación del hecho imputado se limitó sólo a una investigación formal. Agrega que en el plenario se analizó los informes financieros de la Fiscalía de la Nación y se determinó una serie de errores, entre otros, la omisión de considerar los ingresos de la cónyuge del imputado o los que percibió por la venta de vehículos. Por tanto, afirma que no existen elementos de prueba idóneos para sustentar la acusación oral.

III. FUNDAMENTOS

TERCERO. La conducta del imputado Luis Arturo Castro Reyes fue tipificada como delito de enriquecimiento ilícito, previsto en el artículo cuatrocientos uno del digo Penal. Al respecto debe hacerse algunas precisiones conceptuales del tipo penal y de la prueba:

A. Se trata de un tipo penal comisivo y subsidiario, pues la acción típica consiste en enriquecerse ilícitamente de manera injustificada

por razón del cargo y la conducta se estructura siempre que no constituya otro delito.

B. La norma sanciona al funcionario o servidor público que se enriquece ilícitamente durante el ejercicio de su cargo –se exige éste nexo causal– en tanto se descubre un aumento notoriamente desproporcionado de su patrimonio y/o gasto económico personal –en consideración a su declaración jurada de bienes y rentas rendida al tomar posesión del cargo– en comparación a los ingresos que 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 –según la descripción típica primigenia–.

C. El Ministerio Público tiene que acreditar esa desproporción patrimonial o incremento patrimonial injustificado que no puede explicarse a partir de las actividades conocidas del sujeto activo calificado del delito –cumpliendo con la carga de la prueba que le corresponde–, y el imputado probara, si lo estima conveniente, el origen lícito de sus bienes, sin que ello signifique la inversión de la carga de la prueba, sino el ejercicio del derecho de defensa, pues es el único que puede acreditar la licitud del origen de sus bienes cuando estos son ajenos a los ingresos percibidos en su actividad pública regular. La acreditación que le corresponde al Fiscal se forjará a través de los diversos medios probatorios, como las pericias contables, informes financieros u otros.

D. Es de enfatizar que las conclusiones de los dictámenes periciales –ya sea oficial o de parte– no vinculan de manera absoluta al Tribunal, en tanto, se trata de opiniones de técnicos en la materia. En ese sentido, existe libertad en el juzgador para la apreciación de la pericia y las conclusiones se extraerán de la valoración conjunta que se obtenga de todo el material probatorio, de la capacidad de raciocinio de los peritos, la congruencia y sustento fáctico de las conclusiones, la calidad de sus fundamentaciones o motivaciones y su firmeza o posición oscilante al sostenerlo. Aceptar *prima facie* y sin análisis las conclusiones de los peritos, sería admitir que estos deciden la causa.

CUARTO. Que, en el presente caso, la imputación se basó en el **Informe Financiero de la Fiscalía de la Nación y Ampliatorio** de fojas ochocientos cuarenta y ocho y mil ciento sesenta y nueve, respectivamente, que determinó que en el patrimonio del citado imputado existió un desbalance patrimonial de aproximadamente ciento doce mil novecientos sesenta y cinco dólares con setenta y cinco centavos de dólar, en el periodo comprendido de mil novecientos

noventa y tres a dos mil uno, no obstante cuando fue ratificado en sede sumarial a fojas dos mil catorce afirmaron los peritos que no tuvieron toda la información necesaria y sólo revisaron los documentos que obraban en autos, tampoco verificaron la situación financiera del imputado antes de asumir el cargo de Magistrado del Poder Judicial, solicitaron información a Registros Públicos y a la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, pero no fueron atendidos y el monto que clocaron por concepto de desbalance patrimonial no es absoluto, sino un aproximado.

QUINTO. Que dichos informes fueron introducidos en la audiencia y el Tribunal citó al juicio oral a los especialistas que la emitieron como testigos de comprobación o calificados -se trata de testigos escogidos *post factum*-, para que sean sometidos a interrogatorio y contrainterrogatorio sobre la elaboración, contenido y el resultado que consignaron -y lo sustenten bajo los principios de contradicción, inmediación, oralidad y publicidad-, a la vez que se constituyó como medio de prueba incorporado por el interrogatorio al juicio oral. En ese sentido, acudieron a las sesiones de audiencia del tres y trece de diciembre de dos mil diez, de fojas dos mil seiscientos cuarenta y cuatro y dos mil seiscientos ochenta y tres, respectivamente e indicaron lo siguiente:

A. Uno de los factores para determinar los egresos que tenía el imputado fue el número de propiedades que tenía y el mantenimiento que involucraba los más de ocho vehículos que poseía, como era el gasto de combustible y los impuestos que se pagaba, pero no consideraron los posible ingresos que generaron los mismos porque el imputado no lo declaró y no existían recibos o contratos que lo avalen; que, no obstante no se descarta que los vehículos hayan sido alquilados para el servicio de taxi; en ese acto el **Tribunal** le pregunta a los especialistas financieros: ¿por *qué en el examen consignaron que el imputado tenía nueve vehículos y de cuatro de ellos no consignaron la marca?*, responden, que no figuraba esa información y según el oficio de la Superintendencia Nacional de Registro Vehicular ninguno de los automóviles había sido transferido al imputado Luis Arturo Castro Reyes; vuelve a preguntar el **Tribunal:** *¿si los vehículos no figuran en los documentos a nombre del encausado, porque los consideraron como de su propiedad?*, responden, por la declaración que éste brindo ante la Oficina del Control de la Magistratura; vuelve a preguntar el **Tribunal:** *¿consideraron los gastos de mantenimiento de esos vehículos y tomaron como cierta la afirmación del imputado -que los vehículos eran de su propiedad-, pero no le creen cuando dice que los alquilaba para el servicio de taxi?, ¿si ustedes afirman que trabajan con documentos y la*

Superintendencia Nacional de Registro Vehicular afirma que los vehículos no son del imputado, como lo consideraron de su propiedad e incluso le colocan gastos de mantenimiento?, y responden que no pueden contestar. Esta afirmación de los especialistas en el juicio oral para sustentar su informe financiero es frágil, incongruente y contradictoria, pues inicialmente aseveran que necesitan documentos para efectuar el análisis, no obstante emiten juicios con ausencia de los mismos, así como también se evidencia respuestas lacónicas, en tanto se estructuran sin explicar el por qué.

B. Durante los meses de septiembre a diciembre de mil novecientos noventa y tres estimaron que el imputado gasto por concepto de alimentación, vestido, salud, estudios, recreación, mantenimiento de inmuebles, guardianía, servicio doméstico; impuestos, arbitrios, servicios de luz y agua, teléfono, mantenimiento de vehículos y gastos de combustible, doce mil dólares, a pesar de que no había documentos contables que lo sustenten; en ese acto el **Tribunal** pregunta: *¿bajo qué criterios estimaron que en mil novecientos noventa y tres se consignó un gasto de doce mil dólares por tres meses, en mil novecientos noventa y cuatro se subió* a dos *mil quinientos dólares mensuales, y en mil novecientos noventa y cinco se elevó a tres mil dólares?*, responden, solo son estimaciones porque no habían documentos; vuelve a preguntar el **Tribunal:** *¿de dónde estimaron que en alimentación el imputado gastaba setecientos dólares mensuales o quinientos soles semanales hace quince años, si sólo se trataba de una pareja y una niña?*, responden, son estimaciones, pues nunca tuvieron documentos para el cálculo de ese monto; señala el **Tribunal**: ustedes consignaron dos mil dólares por gastos del servicio de agua y teléfono por cuatro meses, pero el imputado no vivía en todas las propiedades que tenía y desde su punto de vista no producían renta *¿si sólo vive en una de ellas y no en las demás, como es posible que tenga que consumir agua y luz* en todas *las propiedades?*, responden, son estimados. Nuevamente los especialistas financieros realizan una afirmación débil -sin documentos que lo respalde- y no fueron categóricos para sustentarlo en el juicio oral, donde incluso incurrieron en vacilaciones y confusiones -apreciado a través del principio de inmediación-. **C.** Existió carencia de documentos en relación a las declaraciones juradas presentadas ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, pues sólo tuvieron a la vista la que correspondió a los años de mil novecientos noventa a mil novecientos noventa y dos. Sin embargo, los especialistas financieros no apreciaron las declaraciones juradas de pago de impuestos de la esposa del acusado, señora Shirle Concepción Sánchez Álvarez -que formaba parte de la masa patrimonial que conformaba con el acusado Luis Arturo Castro

Reyes–, remitidas por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, de fojas dos mil sesenta y ocho a dos mil ciento dos, correspondiente a los años de mil novecientos noventa y cuatro, mil novecientos noventa y ocho, mil novecientos noventa y nueve y dos mil, donde se dejó constancia que por concepto de arriendo y subarriendo percibió veintitrés mil ochocientos cincuenta y un nuevos soles, cuarenta y ocho mil ochocientos ochenta y seis nuevos soles, cincuenta y cuatro mil trescientos catorce nuevos soles, ochenta y un mil seiscientos ochenta y dos nuevos soles, y por concepto de ejercicio individual setenta y nueve mil veintitrés nuevos soles, setenta mil seiscientos cincuenta y un nuevos soles y cincuenta y cuatro mil doscientos cincuenta y cuatro nuevos soles –que hacen un total de cuatrocientos doce mil seiscientos sesenta y un nuevos soles–. Los documentos remitidos por la entidad del Estado –y que no tuvieron a la vista cuando emitieron el informe– enervan los resultados y conclusiones de los especialistas financieros y no es necesario que se practique una pericia contable para determinar el valor de las mismas, en tanto contienen cantidades ciertas y exactas determinadas por un organismo del Estado.

«En el rubro de mantenimiento e impuesto predial de los inmuebles consideraron los gastos que tenía el imputado de los inmuebles ubicados en «La Campiña», lote diecisiete, Monterrico, valorizado en cien mil dólares, en la calle Larrabure y Unanue número doscientos treinta y uno, interior ochocientos siete, distrito de Jesús María, valorizado en quince mil dólares, en la avenida Valdelomar número setecientos cincuenta y uno, interior cuatro, valorizado en cuatro mil quinientos dólares, en la calle Comercio número trescientos, interior cuatro, condominio Cerro Azul, valorizado en diez mil dólares, en la calle número ciento cincuenta y nueve, urbanización San Germán, valorizado en treinta mil dólares, el terreno de playa Pampa Lobos, en Cañete, valorizado el doce mil dólares, el terreno en Cañete valorizado en cinco mil dólares», pero no consideraron la renta que generaron esos inmuebles y de la tienda ubicada en el jirón Andahuaylas, en el Cercado de Lima porque no existían recibos ni declaraciones, y nunca visitaron los inmuebles para verificar si se encontraban alquilados o para tomar la versión de los posibles inquilinos. Sin embargo, a fojas mil ciento sesenta y cuatro el imputado presentó un contrato de alquiler que celebró el veintitrés de enero de mil novecientos noventa y tres con Alejandro Morzan Corzano y Judith Espadín Narvasta (como arrendatarios) sobre el inmueble ubicado en la calle Larrabure y Unanue número doscientos treinta y uno,

departamento ochocientos siete, distrito de Jesús María, por el monto de ciento cincuenta dólares mensuales, asimismo, presentó los contratos de fojas quinientos treinta y siete, quinientos treinta y ocho, quinientos cuarenta, quinientos cuarenta y siete, quinientos cuarenta y ocho y quinientos cincuenta del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres, veintiocho de marzo de mil novecientos noventa y cuatro, siete de abril de mil novecientos noventa y cuatro, veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro y veintisiete de agosto de mil novecientos noventa y seis, respectivamente, celebrado entre su esposa Shirle Concepción Sánchez Álvarez como arrendadora y Germán Pablo Arotoma, Esther Paredes Malasquez, Marina Paula Figueroa Rondan, Paola Jannett Alvarado Figueroa –esta aseveró en sede sumarial a fojas mil setecientos cuatro que le alquiló tres stands al imputado y su esposa–, como arrendatarios, sobre el inmueble ubicado en el jirón Andahuaylas numero seiscientos veintisiete, Cercado de Lima, por el monto de trescientos, cuatrocientos, cien, cien, ochenta y trescientos sesenta dólares mensuales. Las afirmaciones de los especialistas no son exactas, pues los documentos presentados por el imputado Luis Arturo Castro Reyes –y que no tuvieron a la vista cuando emitieron los informes– enervan los resultados y conclusiones de los especialistas financieros. No se consideró como ingresos los que correspondían al negocio de cafetería y de la casa de cambios que tenía la esposa del procesado porque no existían documentos que demuestren esas actividades. Sin embargo, a fojas dos mil cuatrocientos once el imputado Luis Arturo Castro Reyes presentó copia de la licencia Municipal de apertura del doce de noviembre de mil novecientos noventa y uno, para que funcione la casa de cambio «Paraíso» Sociedad Anónima –documento que no tuvieron a la vista los especialistas financieros cuando emitieron el informe–. Afirman que iniciaron el examen considerando que el imputado Luis Arturo Castro Reyes no tenía nada cuando inició sus actividades como Magistrado; que esta afirmación es irrazonable e ilógica, pues no es posible sostener de forma fehaciente y sin sustento documental que el imputado no poseía nada antes de asumir la función pública, *máxime* si éste adjuntó los siguientes documentos: la copia de la minuta de compra venta de fojas mil setecientos sesenta y tres, del veinte de junio de mil novecientos noventa y tres, sobre la compra que realizó del bien inmueble ubicado en la avenida Abraham Valdelomar número setecientos cincuenta y uno, departamento uno del distrito de Pueblo Libre, por la suma de nueve mil dólares, copias de los contratos de compra venta de fojas quinientos tres y quinientos

siete, del siete de noviembre de mil novecientos noventa y dos y treinta de abril de mil novecientos noventa y tres, respectivamente, sobre la transferencia que realizó del vehículo «Volkswagen» de placa de rodaje HT-3392 y «Toyota» Corolla de placa de rodaje BO- 3884, por tres mil y cinco mil quinientos dólares, respectivamente, contrato privado de compra venta de fojas mil ciento cuarenta y dos, del treinta de enero de mil novecientos noventa y tres, sobre la adquisición del vehículo marca «Toyota» Corolla por cinco mil doscientos dólares, el documento de adjudicación de fojas mil noventa y tres, del trece de junio de mil novecientos noventa y uno, otorgado por la Comunidad Campesina de Cañete a favor del imputado Luis Arturo Castro Reyes y su esposa Shirle Concepción Sánchez Álvarez sobre el lote número ocho, manzana dieciocho, de la lotización Pampa Lobos, la factura de fojas mil ciento cuarenta y cuatro, del veintiuno de abril de mil novecientos noventa y tres, emitida por Toyota Pana Autos a favor del imputado Luis Arturo Castro Reyes por la venta del automóvil «Toyota» Tercel por el valor de veintiséis mil seiscientos ochenta y ocho nuevos soles, así como la solicitud de registro de escritura pública de compra venta de fojas mil sesenta y uno, del veinte de enero de mil novecientos noventa y dos, sobre los departamentos ubicados en la avenida Valdelomar número setecientos cincuenta y uno, departamentos uno y cuatro, del distrito de Pueblo Libre que adquirió su esposa Shirle Concepción Sánchez Álvarez por nueve mil dólares, el contrato privado de compra venta de fojas mil setenta y nueve, del tres de setiembre de mil novecientos noventa y tres, sobre la adquisición por su esposa Shirle Concepción Sánchez Álvarez del terreno ubicado en la calle Comercio número trescientos, distrito de Cerro Azul, Provincia de Cañete por dos mil quinientos nuevos soles y copia del contrato de compra venta de fojas mil ciento treinta y dos, del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y dos, sobre la transacción del vehículo Volkswagen» de placa de rodaje EQ-6000, por cuatro mil quinientos dólares. Esos documentos invalidan la afirmación de los especialistas financieros en éste extremo -quienes no los tuvieron en cuenta cuando emitieron el informe-.

G. Tampoco se estimó la afirmación del imputado y la pericia oficial que consideró que éste poseía sesenta y cinco mil dólares en efectivo porque no existía evidencia de ello.

SEXTO. Que al ser examinados los especialistas en el juicio oral no fueron categóricos y coherentes en sus respuestas con los resultados a los que arribaron en sus informes financieros, variando sus decisiones

en algunos casos y ofreciendo una explicación deficiente en otros en cuanto a las conclusiones que emitieron -lo que no coadyuvó a dar claridad, sino generó confusión-, así como también omitieron la valoración de varios documentos importantes que se presentaron después que emitieron sus informes.

En ese sentido, no se advierte de las respuestas que brindaron al Tribunal en el plenario una concatenación lógica y fuerza convincente de los argumentos expuestos -lo que le restó credibilidad a los informes que emitieron-. Por consiguiente, el examen que se realizó a los especialistas financieros en el juicio oral -declaración que constituye un medio de prueba que se actuó en la audiencia- enervó las conclusiones que emitieron en los informes financieros preliminares, y desde esa perspectiva, se carece de pruebas racionales que acrediten que se perpetró el hecho que dio motivo a la formación de la causa -el conocimiento cierto o probable acerca de los extremos tácticos de la imputación delictiva tiene que estar acreditado con prueba-. En ese sentido, por razones de prueba no se puede afirmar de forma categórica i que exista un aumento desproporcionado en el patrimonio del imputado Luis Arturo Castro Reyes que constituya delito de enriquecimiento ilícito, *máxime* si el citado encausado presentó prueba para justificar el origen lícito de sus bienes.

SÉTIMO. Que, por consiguiente, debe estimarse fundado él retiró de la acusación del representante del Ministerio Público y archivarse el proceso.

DECISIÓN

POR ESTOS FUNDAMENTOS:

I. Dieron por **RETIRADA LA ACUSACIÓN** de fojas dos mil doscientos siete, del veintidós de diciembre de dos mil ocho; en el proceso seguido contra Luis **Arturo Castro Reyes** por delito contra la Administración Pública -enriquecimiento ilícito- en agravio del Estado.

II. ORDENARON el archivo definitivo de la causa y dispusieron la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve.

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

III
Negociación incompatible

1. La consumación del delito no exige desmedro patrimonial

1.1. No opera la duplicidad del plazo de prescripción

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3593- 2010

CAJAMARCA

Lima, uno de julio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el procesado EDILBERTO HERNÁN VERGARA SORIANO, contra la sentencia de fojas setecientos treinta y dos, del cinco de agosto de dos mil diez, que lo condenó por el delito contra la Administración Pública, en su figura de negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de dos años, sujeto a reglas de conducta; e inhabilitación para el ejercicio de la función, cargo o comisión desempeñados y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el periodo de un año, fijando en tres mil nuevos soles el monto que deberá abonar a favor del agraviado por concepto de reparación civil; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** Que el citado encausado, al fundamentar su recurso a fojas setecientos cincuenta y uno, contra la recurrida, cuestiona lo siguiente: **a).** que el Colegiado Superior no ha tenido en cuenta que la Ejecutoria Suprema anterior, identificó como pendiente de esclarecimiento en un nuevo juzgamiento el hecho de si el inmueble donde se fabricaron los módulos educativos sería de propiedad del encausado; empero, realizado aquél, lo único que se han actuado son las declaraciones de los acusados, no habiéndose obtenido datos o hechos nuevos que comprometan al procesado EDILBERTO HERNÁN VERGARA SORIANO; **b).** que, al contrario, por la versión de sus co-encausados lo que se ha establecido es que si bien en el proceso de adjudicación, llevado a cabo por la Comisión que presidió el antes mencionado, se produjeron

algunas irregularidades, éstas fueron de carácter eminentemente administrativo, lo que dio lugar a una sanción de esa misma naturaleza contra el acusado, las que son penalmente atípicas, siendo que al fundamentarse los cargos imputados en aquellas, se ha vulnerado el principio del «non bis in idem»; **c).** que el representante del Ministerio Público formuló su requisitoria oral por imperio de la ley, más no porque haya considerado acreditada la comisión del delito imputado; **d).** que sobre la atribución al encausado de ser dueño del inmueble del Jirón Silva Santisteban, donde la empresa «Frances» elaboró parte de los módulos, y que allí funcionaba la persona jurídica «Roma» de la cual había sido su Gerente, y que, por tanto, aquella sólo sería fachada de esta última; al respecto, aclara que la constitución de hipoteca sobre dicho bien, la hizo el procesado simulando ser el propietario cuando realmente no lo era, puesto que su titularidad aún aparecía inscrita en Registros Públicos; en tanto que darle sentido inculpatorio al no cambio de dicha dirección domiciliaria en su Documento Nacional de Identidad, constituye un argumento pueril pues la mayoría de ciudadanos no realiza ese tipo de trámite; **e).** que la no ponderación de la venta que hizo el encausado del referido inmueble [Jirón Silva Santisteban], a un tercero en oportunidad muy anterior al procedimiento administrativo de otorgamiento de la buena pro, para la construcción de los módulos importa vaciar de validez un acto jurídico con plenos efectos traslativos de propiedad, más aún si se considera que la ausencia de inscripción registral no condiciona en absoluto la eficacia de dicho contrato; **f).** que en el caso de autos, no se produjo perjuicio alguno al Estado, ni tampoco hubo beneficio indebido. La empresa ganadora fue retribuida por su trabajo recibido sin cuestionamiento alguno; **Segundo: Imputación Fiscal.-** Que según la acusación de fojas seiscientos treinta y siete, se imputa a **EDILBERTO HERNÁN VERGARA SORIANO** (Ex Gerente Regional de Promoción e Inversiones del CTAR - Cajamarca), ARTIDORO NEYRA ÁLVAREZ (Ex Gerente Regional de Administración del CTAR - Cajamarca), y FERNANDO SAENZ HORNA (Ex Gerente Regional de Operaciones del CTAR - Cajamarca) en sus calidades de Presidente, Secretario y Miembro, respectivamente, del Comité de Procesos de Adjudicación Directa – Adquisición de Módulos – Mobiliario Escolar del CTAR Cajamarca, haber facilitado la adjudicación y celebración del contrato con la empresa ganadora, denominada Servicios Generales «Frances» por la suma de ochenta y dos mil trescientos nuevos soles [el mismo que fue celebrado el **veintidós de febrero de dos mil dos**, según instrumental de fojas sesenta y dos]; **Tercero: Análisis.-** Que antes de ingresar al examen de los cuestionamientos de fondo formulados por el recurrente (ver agravios

a que se contrae el Primer Considerando de la presente Ejecutoria), conforme lo tiene establecido el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez /CJ- ciento dieciséis, su fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, «... 6. la institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable. 7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución...»; **Cuarto:** Que a efectos de determinar si en el caso de autos la potestad persecutora del Estado se encuentra o no vigente, corresponde remitirnos a la norma penal relativa al ilícito imputado -negociación incompatible con el cargo-, previsto en el artículo trescientos noventa y siete, en su formulación vigente al momento de los hechos [anterior a su modificatoria por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro]; la que reprimía dicha conducta con una pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años. Luego, considerando, que la prescripción extraordinaria, conforme al artículo ochenta y tres, último párrafo, del Código Penal es equivalente al plazo de la prescripción ordinaria (pena máxima) más su mitad, en el caso del citado ilícito opera a los siete años y medio. En consecuencia, confrontada la data de los hechos imputados [febrero del dos mil dos] con el plazo prescriptorio antes precisado, es evidente que, efectivamente, a la fecha que se emitió la sentencia recurrida [cinco de agosto de dos mil diez], la acción penal se encontraba prescrita; la que, por tanto, es menester anular por haber sido expedida cuando el plazo de vigencia de la acción penal correspondiente a dicho ilícito ya se encontraba vencido; debiendo significarse, a mayor abundamiento, que en el caso de este ilícito penal no opera la duplicidad del plazo de prescripción, dado que, a la luz de la diferenciación a que se contrae el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez/ CJ- ciento dieciséis, dicho delito si bien está comprendido dentro de los delitos Contra la Administración Pública cometidos por funcionarios públicos; empero, la afectación que irroga se circunscribe al correcto funcionamiento de aquella, no entrañando su injusto, en estricto, un contenido patrimonial, no cumpliéndose, por ende, la exigencia del último párrafo del artículo ochenta del Código acotado; Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fojas

setecientos treinta y dos, del cinco de agosto de dos mil diez, que condenó a EDILBERTO HERNÁN VERGARA SORIANO por el delito contra la Administración Pública en su figura de negociación incompatible, en agravio del Estado; a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de dos años, sujeto a reglas de conducta; e inhabilitación para el ejercicio de la función, cargo o comisión desempeñados y para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público por el periodo de un año, fijando en tres mil nuevos soles el monto que deberá abonar a favor del agraviado por concepto de reparación civil; En consecuencia, declararon: **PRESCRITA** de oficio la acción penal incoada contra el referido encausado por dicho ilícito penal en agravio del antes mencionado; **MANDARON:** ARCHIVAR definitivamente el proceso en este extremo; **DISPUSIERON:** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia del referido delito; con lo demás que contiene y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

2. El delito de negociación incompatible como delito de infracción de deber

2.1. Acreditación probatoria del delito

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3156-2011 - Lima

Lima, once de julio de dos mil doce.

VISTOS; el **recurso de nulidad** interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia condenatoria de fecha trece de julio de dos mil cuatro, de fojas seis mil seiscientos tres; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo RODRÍGUEZ TINEO; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, **el representante del Ministerio Público,** fundamentó su recurso de nulidad a fojas seis mil seiscientos treinta y nueve, alegando: **i)** que, existen pruebas suficientes que acreditan la comisión del delito y la responsabilidad penal de los acusados; el propio Jorge Luis Castañeda Heredia ha reconocido su función de administrar los fondos del CSJM y los pagos que se

efectuaban; el testigo, Presidente del CSJM Carlos Meza Angosto, afirma que los fondos eran administrados por Jorge Luis Castañeda Heredia y el Director Ejecutivo Julio César Camogliano Pazos y era requisito indispensable que las Órdenes de Pago debían tener cuatro firmas incluyendo la de él, pero las emitidas para pagar a la empresa ANCONA EIRL Ltda. por supuesto fotocopiado no tiene firma del Tesorero ni del Contador; **ii)** que, no se realizó gastos extras en los viajes de comisión al Cuzco y Arequipa, a la Comisión sólo le correspondía sus viáticos; agrega que existía una comisión encargada de la compra de víveres, que era supervisada por el Jefe de la OGA Castañeda Heredia. Sostiene, que este acusado dispuso para sí los fondos para pagos en efectivo y del fondo para caja chica, aparentando con boletas de venta compras para rancho del personal del CSJM, pero las boletas no coinciden con los víveres y son de lugares alejados a la sede institucional; la comisión encargada no realizó las compras, sino el testigo Pompeyo Alarcón Amaya, pero éste no reconoce las boletas sustentadas por Castañeda Heredia; éste por su viaje al Cuzco y Arequipa, rindió cuenta por tres mil ciento sesenta y tres nuevos soles con noventa y nueve céntimos y cuatro mil ochocientos noventa y ocho nuevos soles con cincuenta y dos céntimos respectivamente, pero los integrantes de la comisión señalan no haber realizado dichos gastos y no fueron al lugar turístico «*Cañón del Colca*», como ha sustentado; el sentenciado propietario de la empresa Guicha S.A.C., Guillermo Chapilliquen Amaya, al acogerse a Conclusión Anticipada, señala haber otorgado de favor los comprobantes de pago que sustentan los gastos por ocho mil quinientos cuarenta y cuatro nuevos soles con trece céntimos, tres mil seiscientos cuarenta y dos nuevos soles con sesenta y tres céntimos y ocho mil cuatrocientos seis nuevos soles con cuarenta y seis céntimos que a cambio recibió dinero para pago de impuestos; **iii)** que, los Oficiales afirman no haberse dictado los cursos y los titulares de las empresas indican no haber contado con autorización del Sector Educación para otorgar certificados; el titular de KOSMOS SERVICE E.I.R.L., dice que su empresa no dictó el curso denominado «Planeamiento Estratégico», solamente firmó el contrato y otorgó facturas, que al respecto Camogliano Pazos, después de transcurrido cuarenta días de su cancelación recién regularizó las órdenes y solicitudes de pago, pero ésta no tiene la firma del Tesorero ni del Contador del CSJM; extrañamente al proveedor Ancona EIRL Ltda. se le canceló ocho mil setecientos cincuenta nuevos soles el doce de octubre, pero la Solicitud de Pago tiene fecha posterior el veintidós de noviembre de dos mil dos; además de acuerdo a lo manifestado por el titular de dicha empresa Oscar Armando Robles Moreno, se

dedica a la venta de accesorios para equipos de cómputos y no a fotocopiado; no se ha tomado en cuenta las conclusiones del dictamen pericial obrante a fojas tres mil ochocientos cincuenta y cinco y el extremo referido a las compras de víveres. **Segundo:** Que, fluye de la acusación fiscal obrante a fojas cinco mil ochocientos cuarenta y ocho, y dictámenes complementarios cinco mil ochocientos sesenta y tres, cinco mil ochocientos setenta, cinco mil ochocientos noventa y seis y cinco mil ochocientos noventa y nueve, así como la acusación fiscal unificada de fojas cinco mil novecientos veinticinco, que **los funcionarios del Consejo Supremo de Justicia Militar -CSJM-, Jorge Luis Castañeda Heredia -Jefe de la Oficina General de Administración** con función en Tesorería y ejecución de Presupuesto- y a **Julio César Camogliano Pazos -Director Ejecutivo-, la comisión de peculado doloso y negociación incompatible con el cargo**; y, a **Oscar Armando Robles Moreno -propietario de la empresa ANCONA EIRL Ltda.-**, complicidad en negociación incompatible; dado que, el primero, en los meses de febrero/mayo de dos mil dos, se habría apoderado de fondos públicos, de Caja Chica, disponiendo la adquisición irregular, semanalmente de productos alimenticios -abarrotes en general-, para rancho del personal del CSJM. Asimismo, ilegalmente habría utilizado en actividades ajenas, lo entregado, que oscilaba entre cuatro y cinco mil nuevos soles, en sus viajes de inspección a las Zonas Judiciales realizados al Cuzco entre el ocho al doce de febrero de dos mil dos y Arequipa entre el veintiséis de abril de dos mil dos al uno de mayo de dos mil dos, pese a la entrega de sus respectivos viáticos. Igualmente, en el período del veinte de agosto de dos mil dos al veintitrés de setiembre de dos mil dos, de haberse apoderado para sí y a favor del ya sentenciado Guillermo Chapilliquén Amaya obrante a fojas seis mil doscientos cincuenta y uno, propietario de la empresa GUICHA SAC, las sumas de ocho mil quinientos cuarenta y cuatro nuevos soles con tres céntimos, tres mil seiscientos cuarenta y dos nuevos soles con sesenta y tres céntimos y ocho mil cuatrocientos seis nuevos soles con cuarenta y seis céntimos, sustentando gastos por presunta adquisición de productos alimenticios para el CSJM. De igual manera haber sustentado gastos, mediante Comprobantes de Pago girados a las empresas: Cosmos Service EIRL, ATP Innovation Center SAC, Contratistas e Inversiones GEOS SAC, TAAS Tecnología Aplicada y Servicios SA, por montos entre once seiscientos nuevos soles a ochenta y dos mil ochocientos veinte nuevos soles con veintisiete céntimos, por supuesta capacitación al personal Militar Superior del CSJM. Finalmente, demostrando interés indebido y colaborando con Julio César Camogliano Pazos, habría dispuesto

pagos de ocho mil setecientos cincuenta nuevos soles y siete mil ochocientos setenta y un nuevos soles con noventa y nueve céntimos a la empresa ANCONA EIRL Ltda., de propiedad de Oscar Armando Robles Moreno, por el servicio de fotocopiado de expedientes del CSJM. El Director Ejecutivo Julio César Camogliano Pazos, habría generado la solicitud del supuesto dictado de cursos de capacitación al personal de Oficiales del CSJM, por sumas de once mil seiscientos nuevos soles a ochenta y dos mil ochocientos veinte nuevos soles, pagadas a las empresas, ATPP Innovation Center, GEOS SAC, Cosmos Service y, Tecnología Aplicada y Servicios S.A., además, se atribuye a Camogliano Pazos haber asumido interés indebido en la contratación de la empresa Inversores Ancona EIRL Ltda., para el fotocopiado de expedientes del CSJM, contando con la colaboración necesaria del jefe de la OGA Jorge Luis Castañeda Heredia y Oscar Armando Robles Moreno -Capitán de Fragata-, propietario este último de la citada empresa ANCONA EIRL, quien contribuyó con los funcionarios públicos en el interés indebido, suministrando fotocopiado de expedientes y a cambio los funcionarios públicos con anticipación al servicio, mucho antes de la Orden de Pago, transgrediendo Normas Administrativas cancelaron dicho servicio. **Tercero:** Que, el delito de peculado previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, tipifica: «*El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, [...]*»; así como el delito de Negociación Incompatible con el Ejercicio de la Función Pública, regulado en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal, en el momento de los hechos, se tipifica cuando «*El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo*»; delitos considerados como delitos de infracción de deber, pues, junto al ámbito de los deberes negativos, *neminem laedere*, es decir, de los deberes de no lesionar a otras personas mediante la configuración de la organización propia, existen deberes positivos para la mejora de la situación de otras personas o para la realización de instituciones estatales, se trata de deberes de establecer un mundo en común - al menos parcialmente - con un beneficiario; es necesaria una expectativa de que las instituciones elementales funcionen ordenadamente. Esta expectativa tiene un contenido positivo, es decir, que las instituciones están en armonía con las esferas de organización de los individuos singulares. Estos deberes y expectativas, en cuanto que deberes y expectativas de contenido positivo y específico, tienen como

presupuesto, necesariamente, un autor que desempeñe un rol especial, es decir, están referidos a los titulares de un *status* especial. [JAKOBS, Günther, *Estudios de Derecho penal*, Peñaranda/Suárez/Cancio (trads.), Madrid, 1997, p. 363]. **Cuarto**: Que, establecido lo anterior, es menester destacar que la libre apreciación razonada de la prueba, que es el sustento del artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, reconoce al Juez la potestad de otorgar él mismo el valor correspondiente a las pruebas, sin directivas legales que lo predeterminen. Desde esta perspectiva es de afirmar que el derecho a la presunción de inocencia exige sobre el particular que las pruebas de cargo, que justifiquen una condena, además deben ser suficientes. El canon de suficiencia de la prueba – de la idoneidad de la prueba de cargo para fundamentar la incriminación del imputado –, sobre la apreciación lógica realizada por el Juez, en casos particularmente sensibles referidos a las declaraciones de los coimputados y de los agraviados – en los que por la posición especial de dichos sujetos en el proceso, por su relación con el objeto del proceso: el hecho punible–, debe cumplirse a partir de la configuración razonable de determinadas reglas o criterios de valoración, que es del caso anunciar para asegurar la vigencia de las garantías de un proceso penal constitucionalmente configurado. Se trata, en suma, de criterios que permitan trasladar las exigencias de racionalidad a la ponderación de la prueba por el órgano jurisdiccional en un caso concreto. **Quinto:** Que, en nuestro análisis a los delitos contra la Administración Pública en lo concerniente al aspecto probatorio de los hechos punibles *sub examine*, se evidencia que el Colegiado Superior no ha cumplido con las exigencias de una adecuada motivación, así tenemos que pese a sostenerse que los hechos instruidos se adecuan a los tipos penales de peculado y negociación incompatible, el juicio de subsunción y adecuación es escaso y deficiente, fundando su decisión en supuestos y sin precisión de la prueba que la sustenta, más aún, si existen pruebas suficientes que acreditan la comisión del delito y la responsabilidad penal de los acusados; así se advierte que en autos obra medios de prueba suficientes de la comisión de tales injustos, peculado y negociación incompatible; así como la responsabilidad penal de los mencionados acusados; así, se tiene: **i)** El Dictamen Pericial N° 21-2006-DIRCOCOR-PNP/DIVAMP-DICF de fojas tres mil ochocientos cincuenta y cinco, de fecha veinte de abril de dos mil seis, evacuado por los Contadores Públicos Colegiados Luis Mejía Fuentes y Carlos Núñez Espíritu, debidamente ratificados a fojas seis mil trescientos sesenta y siete, con relación al manejo económico de los fondos del CSJM en la gestión del ex Presidente Contralmirante AP ® Carlos

Enrique Mesa Angosto en los años dos mil y dos mil cuatro; a) En relación a las compras semanales de verduras, carnes y abarrotes en general aparentemente para uso personal y compras a la «Distribuidora Darío Huashuayo» sin especificar el tipo de producto; en el Ítem B. de fojas tres mil ochocientos sesenta, afirman que de las Rendiciones de Cuenta del fondo para pagos en efectivo (FPPE), así como, fondos para Caja Chica (FPCCH), presentados por la Oficina General de Administración del CSJM (OGA), han determinado que existen Comprobantes de Pago (Boletas de Venta, Facturas, Ticket) por la compra de verduras, productos cárnicos (res, pescado), abarrotes en general, en las tiendas Metro, Santa Isabel, Wong, Minka, Mercado Municipal de Lince etc., conforme se aprecia a fojas tres mil novecientos nueve y siguientes, que no tiene autorización alguna (memorando, Acta de Conformidad, NEA, etc.), como normalmente cuentan los demás gastos; transgrediendo el Procedimiento establecido en las Normas Generales de Tesorería NGT cinco, seis y siete de la Resolución Directoral N° cero veintiséis-ochenta -EF/siete.quince de fecha seis de mayo de mil novecientos ochenta, que establece que los gastos deben ser urgentes, no Programables; asimismo, existen compras a la «Distribuidora Darío Huashuayo» conforme se puede apreciar del cuadro de fojas tres mil ochocientos cincuenta y siete, «por consumo» por el importe de dos mil quinientos veintinueve nuevos soles, cuando el giro principal de la empresa es la venta de licores. De lo cual se evidencian elementos de juicio suficiente del injusto de apropiación ilegal de fondos públicos y la presunta autoría de los funcionarios públicos procesados, dado que, se ha transgredido el Procedimiento de Normas Generales de Tesorería, que ordena que los gastos deben ser urgentes y no programables; asimismo, dichas compras no cuentan con la autorización correspondiente, sustentada en la utilización necesaria de dichos productos para el servicios en la Administración Pública; no se encuentra acreditada la conformidad de ingreso de los productos de abarrotes en general que se adquirieron; de igual forma, lo adquirido «por consumo», ilegalmente se sustenta con comprobantes de la empresa «Distribuidora Darío Huashuayo», cuyo giro es la venta de licores; b) En cuanto al interés indebido en provecho propio o de tercero, en la contratación del servicio de fotocopiado de expedientes de «Traición a la patria», efectuado por Inversiones ANCONA EIRL; en el Ítem D., obrante a fojas tres mil ochocientos sesenta los peritos afirman, que se demuestra inconsistencia y poca veracidad en el servicio realizado, dado que, de la Orden de Pago número doscientos treinta y siete de fojas cuatro mil ochenta y seis a favor de Inversiones ANCONA EIRL por un monto de ocho mil

setecientos cincuenta nuevos soles, se aprecia cancelado con el cheque N° cero cero ocho dos dos siete siete siete siete siete, de fecha once de octubre de dos mil dos; sin embargo, la solicitud de pago N° cuatrocientos dos-cero dos de dicha factura lo efectuaron el veinticinco de noviembre de dos mil dos, después de cuarenta días de haberse cancelado el servicio. Igualmente, con Orden de Pago número ciento noventa y cuatro obrante a fojas cuatro mil ciento noventa y cinco mediante cheque sin fecha N° cero cero ocho dos dos siete siete uno cuatro, se canceló el dieciséis de setiembre de dos mil dos la suma de siete mil ochocientos setenta y un nuevos soles con noventa nueve céntimos, por el fotocopiado de ciento doce mil cuatrocientos cincuenta y siete hojas de papel bond; pero, la solicitud de pago número trescientos treinta y uno- cero dos del Director Ejecutivo obrante a fojas cuatro mil ciento noventa y ocho, tiene fecha uno de octubre de dos mil dos, después de quince días de haberse cancelado; asimismo, que el Cuadro Comparativo por servicio de fotocopiado de expediente de fojas cuatro mil doscientos dos tiene fecha trece de setiembre de dos mil dos, un mes después de haber internado, según Acta de Conformidad, situación que demuestra poca veracidad de la transacción. **Sexto**: Que, de lo antes detallado se verificaría elementos de juicio de la comisión del delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo y la autoría de los funcionarios públicos encausados, dado que tales pagos se realizaron con anterioridad a la autorización y en esa perspectiva, se evidencia el interés indebido de los funcionarios públicos en la realización de dicha transacción, transgrediendo con tal propósito Normas de Tesorería, para lo cual contando con la colaboración necesaria del procesado Oscar Armando Robles Moreno, propietario de la Empresa Distribuidora Ancona EIRL Ltda. **a)** Respecto al apoderamiento indebido de caudales públicos para sí, o a favor de Guillermo Chapilliquén Amaya propietario de la Empresa GUICHA SAC, en el período del veinte de agosto de dos mil dos al veintitrés de setiembre de dos mil dos, el monto de ocho mil quinientos cuarenta y cuatro nuevos soles con tres céntimos, tres mil seiscientos cuarenta y dos nuevos soles y sesenta y tres céntimos y ocho mil cuatrocientos seis nuevos soles con cuarenta y seis céntimos, mediante sustentación de gastos por presunta adquisición de productos alimenticios de dicha empresa para el CSJM. De la propia declaración del citado acusado Chapilliquén Amaya, audiencia pública se acogió a la Conclusión Anticipada, quien señala que en la condición de propietario de la empresa GUICHA S.A.C., a pedido de personas del CSJM entregó facturas por unas ventas que nunca se realizaron, por suma

aproximada de veinte mil nuevos soles, de lo cual le dieron el diecinueve por ciento por concepto de IGV y el diez por ciento por comisión, con tal fin, acudió al Banco de la Nación agencia del Aeropuerto, acompañado de los señores y el Cajero de su tienda Edgar Yampierre Roque Herrera, cobró dos cheques y entregó luego el dinero conforme a lo acordado; versión, que se corrobora con la declaración policial, actuada con el Fiscal Provincial obrante a fojas cuatro mil setecientos cuarenta y cuatro y ante el juzgado a fojas cinco mil quinientos cuarenta y siete del citado Edgar Yampierre Roque Herrera, quien afirma haber acompañado al Banco a su tío Chapilliquén Amaya a cobrar unos cheques producto de la supuesta venta al CSJM. Constituyendo elementos de prueba suficiente de la comisión de peculado doloso de ambos funcionarios públicos acusados, conforme a la función que cumplían. **Sétimo**: Que, descrita la prueba de cargo y valorándola íntegramente conllevan a concluir que desvirtúan la presunción de inocencia de los acusados Jorge Luis Castañeda Heredia y Julio César Camogliano Pazos, generando plena convicción que dichos funcionarios del CSJM -Jefe de la Oficina General de Administración, con función en Tesorería y ejecución de Presupuesto-, así como -Director Ejecutivo-, respectivamente, en coordinación dolosa se habrían apoderado ilegalmente, de cualquier forma, para sí o para otro, de caudales o efectos cuya administración o custodia le estaban confiados por razón de su cargo; apropiándose de fondos de la Caja Chica, en los meses de febrero a mayo de dos mil dos, disponiendo la adquisición irregular, semanalmente de productos alimenticios -abarrotes en general-, para el rancho del personal del CSJM., transgrediendo el Procedimiento de Normas Generales de Tesorería, que ordena, que los gastos deben ser urgentes y no programables, además parte de las compras sustentadas con boletas de venta «por consumo», de la Distribuidora Darío Huashuayo, cuyo giro principal es la venta de licores. Asimismo, los agentes Jorge Luis Castañeda Heredia y Julio César Camogliano Pazos, en forma directa o indirecta, se habrían interesado en provecho propio o de tercero por cualquier contrato u operación en que intervinieron por razón de su cargo; esto es, se habrían interesado indebidamente en la contratación de la empresa Inversiones ANCONA EIRL Ltda. de propiedad del acusado Oscar Armando Robles Moreno -Capitán de Fragata-, que efectuó el servicio de fotocopiado de expedientes de «Traición a la patria», transgrediendo con ese propósito Normas de Tesorería, pagándose los cheques por ocho mil setecientos cincuenta nuevos soles y siete mil ochocientos setenta y un nuevos soles con noventa y nueve céntimos, con anticipación a sus respectivas autorizaciones de pago.

De la misma forma, se habrían apoderado ilegalmente de fondos del Estado contando con la colaboración del ya sentenciado Guillermo Chapilliquén Amaya propietario de la Empresa GUICHA SAC, en el período del veinte de agosto de dos mil dos al veintitrés de setiembre de dos mil dos, el monto de ocho mil quinientos cuarenta y cuatro nuevos soles con tres céntimos, tres mil seiscientos cuarenta y dos nuevos soles con sesenta y tres céntimos y ocho mil cuatrocientos seis nuevos soles con cuarenta y seis céntimos, mediante sustentación de gastos por una supuesta adquisición de productos alimenticios de dicha empresa para el CSJM. **Octavo:** Que, en consecuencia, de los medios de prueba evaluados, se encontraría plenamente acreditada la comisión del delito de peculado doloso y negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo, así como la responsabilidad penal de los acusados Jorge Luis Castañeda Heredia y Julio César Camogliano Pazos; igualmente, la complicidad primaria del delito de negociación incompatible o aprovecho indebido del cargo del acusado Oscar Armando Robles Moreno; en esa perspectiva, no habiéndose compulsado debidamente tales medios probatorios, se ha incurrido en la causal prevista en el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, debiendo, por ende, llevarse a cabo nuevo juzgamiento por otra Sala. OCTAVO: Que, respecto de los gastos referidos a la sustentación de los viáticos asignados a los directivos del CSJM, específicamente, entregados a Jorge Luis Castañeda Heredia, en los viajes de inspección a las Zonas Judiciales del Cuzco entre el ocho y doce de febrero de dos mil dos y Arequipa entre el veintiséis de abril y el uno de mayo de dos mil dos, que realizó con el Presidente del CSJM Carlos Enrique Mesa Angosto, conforme al Dictamen Pericial N° veintiuno-dos mil seis-DIRCOCOR-PNP/DIVAMP-DICF, del ítem C. obrante a fojas tres mil ochocientos cincuenta y ocho y el literal D. de las Conclusiones obrante a fojas tres mil ochocientos setenta y dos, se infiere haberse constatado de la documentación proporcionada por la OGA-CSJM, efectuando gastos de representación de cuatro mil ochocientos noventa y ocho nuevos soles con cincuenta y dos céntimos en la ciudad de Arequipa el veintiséis de abril de dos mil dos, sustentado con boletas y comprobantes obrantes a fojas cuatro mil ciento sesenta y dos; asimismo, en el viaje a la ciudad del Cuzco entre el ocho y el doce de febrero de dos mil dos, el Presidente del CSJM y su comitiva efectuó gastos por la suma de tres mil ciento sesenta y tres nuevos soles con cincuenta y ocho céntimos, que se encuentran justificados con los Comprobantes de Pago de fojas cuatro mil ciento setenta y tres. En esa perspectiva, concluye que tales Gastos de representación han sido gastados en alojamiento y consumo, de

acuerdo a las Directivas establecidas para dicho período; por tanto no representan apropiación de bienes en su provecho o de terceros. **Noveno**: Que, asimismo, respecto de la apropiación de fondos público mediante Comprobantes de Pago girados a las empresas: Cosmos Service EIRL, ATP Innovation Center SAC, Contratistas e Inversiones GEOS SAC, TAAS Tecnología *Aplicada* y Servicios SA, por montos entre once mil seiscientos a ochenta y dos ochocientos veinte nuevos soles con veintisiete céntimos, por concepto de capacitación al personal Militar Superior del CSJM; si bien es cierto, que del análisis y sus Conclusiones, literal E. obrante a fojas tres mil ochocientos sesenta y uno, fluye que tales pagos por concepto de Capacitación al Personal Militar Superior del Consejo Supremo de Justicia Militar, se cancelaron pese a que las Órdenes de Pago, no se encontraban firmados por el Tesorero José Falla Guerra ni por el Contador Víctor Vivanco Seminario; también es verdad que, de acuerdo a la documentación adjunta a la Pericia obrante a fojas cuatro mil doscientos veintinueve, se advierte que los gastos por tales servicios se encuentran sustentados con los Requerimientos de servicio, emanados de la Presidencia del CSJM quien incluso suscribió los Acuerdos de Servicios con dichas empresas, asimismo se evidencia el desarrollo de los cursos con las respectivas Relaciones de Asistencia de los Oficiales participantes a dichos cursos, desvirtuando con ello la incriminación en este extremo en su contra. Por estos fundamentos: declararon **NULA** la sentencia de fecha trece de junio de dos mil once, obrante a fojas seis mil seiscientos tres que **absolvió** a Jorge Luis Castañeda Heredia -autor-, y Julio César Camogliano Pazos -cómplice primario-, del delito de peculado doloso; y a Julio Cesar Camogliano Pazos como autor, Jorge Luis Castañeda Heredia y Oscar Armando Robles Moreno como cómplices primarios, de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, -negociación incompatible-, en agravio del Estado; **Ordenaron**: se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior en atención a los considerandos de la presente Ejecutoria Suprema; y los devolvieron.

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

3. **Descripción típica**

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 832-2010 - Piura

Lima, diecisiete de mayo de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia de fojas quinientos setenta y cinco, de fecha veinte de enero de dos mil diez; de conformidad, en parte, con lo opinado por el Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor el representante del Ministerio Público en su escrito de fundamentación de agravios de fojas quinientos noventa y dos alega que: **i).-** en relación a la falsificación de documentos se practicó otra pericia grafotécnica sin mediar fundamento atendible, en tal sentido, la nueva pericia deviene en inválida; máxime, si la primera pericia ha sido explicada; y **ii).-** respecto a la inducción a error a funcionario público, afirma que no versa en estricto sentido sobre el acto de falsificación, sino por no haber dado cuenta de la solicitud de desafectación de vehículo con la finalidad de posibilitar su entrega ilegal, conducta que se vincula con el mecanismo empleado, es decir, el delito consecuente de falsificación de firmas del juez Mendoza Puescas. **Segundo:** Que, conforme trasciende de la Acusación Fiscal de fojas cuatrocientos treinta y tres, ante el Primer Juzgado Penal de Talara a cargo del doctor Mario Mendoza Puescas, se tramitó la instrucción número doscientos noventa y cuatro – dos mil seis, juzgado ante el cual, el representante del Ministerio Público en la investigación precitada, pone a disposición dos vehículos, entre los cuales destacan el de placa de rodaje RID – cuatrocientos dieciséis. Encontrándose dicho expediente a cargo del abogado Roberto Neptalí Solano Sandoval, en calidad de Secretario Judicial, mediante una resolución simulada de fecha veintiuno de diciembre de dos mil seis y oficio número cuatro mil ciento treinta y siete – dos mil cinco- uno JPT, se ordenó la desafectación y entrega del referido vehículo a Manuel Gerardo Ruiz Zelada, habiéndose determinado que dichos documentos no fueron formulados y suscritos por el magistrado de la causa, sino por el precitado procesado, quien aprovechándose indebidamente de su cargo y por medio fraudulento indujo a error al titular del Juzgado, no dando cuenta de todos los actuados de la precitada instrucción, procediendo a falsificar la resolución y el oficio en mención conforme a los resultados de la Pericia Grafotécnica número ciento seis – dos mil siete/OFICRI-PNP de fecha veintiocho

de junio del dos mil siete. **Tercero:** Que, respecto al delito de negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, debemos relievar que la descripción típica de este delito se configura cuando un funcionario o servidor público, aprovechando de su cargo, se interesa directa o indirectamente en forma simulada en cualquier contrato u operación similar en que es parte el Estado. El acto material del sujeto activo, se concretiza en que se interese en cualquier contrato que interviene en función de su cargo, esto es, en el marco de la contratación pública, en que el Estado contrata servicios, bienes, obras u adjudicaciones en la que intervienen terceros, y el funcionario se interesa en dichos contratos u operaciones. En el presente caso no se trata de ningún contrato u operación semejante que el Estado haya celebrado, pues el sujeto agente, está actuando en el ámbito de la administración de justicia, como servidor judicial, cuya imputación central es haber falsificado la firma del Juez en la resolución y oficio en que se dispone la entrega de un vehículo que estaba incautado en proceso judicial, supuesto de hecho que es ajeno a la actividad contractual que realiza el Estado; por lo que, los hechos descritos no configuran los elementos típicos del delito anotado. **Cuarto:** Que, en relación al delito de fraude procesal, la imputación radica en haber inducido a error al Juez de la causa, al no darle cuenta de la solicitud de desafectación, y así obtener una resolución contraria a ley, señalando que la única y exclusiva persona que estaba facultada para devolver el bien era el magistrado de la causa; sin embargo, al igual que en el tipo penal anterior, nos encontramos con una inadecuada tipificación de los hechos, pues resulta contradictorio que por un lado se impute al encausado Roberto Neptalí Solano Sandoval haber inducido a error al Juez de la causa para obtener una resolución contraria a derecho - lo que significaría que la firma de los documentos si le corresponden al juez -, y por el otro lado se señale que el precitado encausado en calidad de secretario falsificó la firma del juez en la resolución y el oficio en que se entregaba el vehículo; de esta forma, ambos supuestos de hecho son excluyentes, en efecto, si indujo a error al juez para que firme la resolución ya no cabe sostener que el secretario falsificó la firma del juez y el oficio respectivo; por lo tanto, no resulta atendible la tipificación de los hechos bajo el delito en cuestión. **Quinto:** Que, respecto al delito contra la Fe Pública, en su modalidad de falsificación de documentos, es de relievar que como consecuencia de la denuncia, a nivel preliminar se evacuó la pericia grafotécnica de fojas ciento ochenta y siete, suscrita por los peritos Martín Espinoza Vidal y Carlos Córdova Ramírez, en la que se concluyó que la firma del juez, presentaba características de ser

«falsificadas»; por su parte, el encausado Solano Sandoval, negó haber falsificado las firmas del juez, indicando que se elaboró el proyecto de resolución y oficio, y que fueron firmados por el magistrado. Ante ello, el Titular de la Acción Penal en su dictamen acusatorio, a fojas cuatrocientos cuarenta y cinco, solicitó que se practiqué una nueva pericia grafotécnica para determinar si en efecto la firma que aparecían en las instrumentales anotadas, para tal efecto en la audiencia de fecha dieciséis de octubre del dos mil nueve, cuyas actas se insertan de fojas cuatrocientos setenta y cinco y siguientes, se ordenó la designación de dos peritos, quienes emitieron su dictamen de fojas quinientos quince, en el cual concluyeron que: «*La firma ejecutada con bolígrafo de tinta de tonalidad cromática negro en uno (01) RESOLUCIÓN de fecha «21DIC06) correspondiente a la instrucción No. 294-2006 sec. Roberto Solano Sandoval cuyo tenor inicial dice:...»AUTOS Y VISTO estando a la solicitud de la Empresa Valkam Servicios Generales S.A.C de fojas ciento cuarenta y siete al escrito que antecede...» proviene del puño gráfico de persona quien suscribió los documentos de comparación con firmas completas a nombre de Mario A. Mendoza Puescas, son sus grafismos (...) La signatura abreviada estampada en el Of. Nº 4137 de fecha «2WIC06», es una firma AUTÉNTICA, es decir que corresponde al puño escribiente de Mario A. Mendoza Puescas, con características de excesiva celeridad y trazada diferente ubicación del papel receptor al momento de escribir.*»(ver fojas quinientos diecinueve). **Sexto:** Que, por otro lado, la defensa del precitado encausado presentó el dictamen pericial de parte de fojas cuatrocientos cincuenta y seis, en el que se concluyó que las firmas estampadas en la resolución de folios ciento noventa y oficio de fojas ciento noventa y uno, «*presenta* características gráficas de no haber sido estructuradas por el puño *gráfico de «Roberto Neptalí Solano Sandoval»*. En conclusión, los medios probatorios no generan certeza que las firmas del Juez Mendoza Puescas fueron falsificadas, consecuentemente frente a la duda razonable que se desprende de las pericias actuadas tanto a nivel preliminar y en Juicio oral, es de aplicación el principio constitucional del *in dubio pro reo*. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veinte de enero de dos mil diez, obrante a fojas quinientos setenta y cinco, que absolvió a Roberto Neptalí Solano Sandoval por la comisión del delito contra la Administración Pública en la modalidad de corrupción de funcionario - negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo; contra la Administración Pública - delitos contra la función jurisdiccional en la modalidad de fraude procesal o inducción a error por medio fraudulento y por el delito

contra la Fe Pública en la modalidad de falsificación de documentos públicos, en agravio del Estado y de Mario Mendoza Puescas, con lo demás que contiene sobre el particular, y los devolvieron.-

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
JVS/jnv

4. **Prescripción**

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1491-2010
Ica
Lima, veintisiete de abril de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos contra la sentencia de fojas dieciocho mil quinientos setenta y cinco, del uno de febrero de dos mil diez, que: I. CONDENÓ a: **ORESTES LEONCIO GONZÁLES TIPACTI [Casos 3,4,5 y 6]** por el delito contra la Administración Pública – delito cometido por funcionarios públicos **-peculado doloso-** contra la Administración Pública - delito cometido por funcionarios públicos – corrupción de funcionarios en la modalidad de **negociación incompatible-; GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA [Casos 3,4,5,6 y 8]** por el delito contra la Administración Pública – delitos cometidos por funcionarios públicos **–concusión - colusión desleal** y **peculado doloso-;-** corrupción de funcionarios en la modalidad de **negociación incompatible, usurpación de autoridad** y por delito contra la Fe Pública **-falsificación de documentos privados-; VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO [Casos 3 y 4]** contra la Administración Pública – delito cometido por funcionarios públicos **-peculado doloso - concusión-;** contra la Administración Pública –delito cometido por funcionarios públicos en la modalidad de **negociación incompatible**; y contra la Fe Pública **- falsificación de documentos privados -; ALEJANDRO MARTIN SOLARI LOZA [Caso 8]; MIGUEL ANGEL APOLAYA YATACO [Caso 8]** y **MARCELINO VÍCTOR VIDAL ALIAGA [Caso 8]** por el delito contra la Administración Pública – corrupción de

funcionarios en la modalidad de **negociación incompatible;** **IMPONIÉNDOLES:** a cada uno de los procesados **CUATRO AÑOS** de pena privativa de libertad suspendida por el periodo de prueba de DOS AÑOS; e **INHABILITACIÓN** a todos los encausados antes mencionados por el periodo de **UN AÑO;** fijándoseles la cantidad de **VEINTE MIL NUEVOS** por concepto de reparación civil que deberán cancelar en forma solidaria todos los procesados condenados a favor del Estado representado por la Municipalidad Provincial de Chincha, suma que harán efectivo con el producto de su trabajo a falta de bienes patrimoniales; y **II. ABSOLVIÓ** a los procesados **JOSE ALBERTO NAVARRO GRAU [Casos 3,4,5 y 6]** por el delito contra la Administración Pública - delito cometido por funcionarios públicos - **peculado doloso-** y por delito contra la Administración Pública- corrupción de funcionarios en la modalidad de **negociación incompatible;** a los procesados **JUAN VÍCTOR MAGALLANES CASTILLA [Caso 4], CARLOS ALBERTO MUNAYCO CHUMPITAZ [Casos 4 y 5], MARCELINO ROBERTO AGUILAR HIDALGO [Caso 8], LUIS ALBERTO TAY SARAVIA [Caso 3], LUIS ALBERTO NEYRA IBARRA [Caso 4], PEDRO ALBERTO LINARES BUSTAMANTE [Casos 3 y 5], RICARDO MÁXIMO HUAYTE AROCA [Caso 3], y HENRY PAÚL HUAYTE TORRES [Caso 3],** por el delito contra el Patrimonio - **estafa** -; a los procesados **PEDRO ALEJANDRO PACHAS LÉVANO [Caso 3]y FRANCISCO PACHAS MATÍAS [Caso 3]** por delito contra la administración pública -delito cometido por funcionarios públicos- **peculado doloso** y **concusión** -; delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios públicos en la modalidad de **negociación incompatible;** a **JUAN ERNESTO MUNAYCO TASAYCO [Casos 4 y 8]** por delito contra la Administración Pública - **concusión - colusión -;** por delito contra la Fe Pública - **falsedad genérica -** y por delito contra el Patrimonio - **estafa -;** y el procesado **GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA [Casos 3,4,5,6 y 8]** por delito de **ejercicio ilegal de la profesión; todos en agravio del Estado, representado por la Municipalidad Provincial de Chincha;** promovidos por: La Fiscalía y la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Ica, Sub Sede Chincha - Pisco, en el extremo de todas las absoluciones, lo mismo que en el monto de la reparación civil fijada para los condenados; así como por los acusados **VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO [Casos 3 y 4], MIGUEL ANGEL APOLAYA YATACO** y **ALEJANDRO MARTÍN SOLARI LOZA [Caso 8],** en la condena dictada contra cada uno de ellos; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad en parte

con el Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** La señora Fiscal Suprema, al fundamentar su recurso a fojas dieciocho mil setecientos cincuenta, formula los agravios siguientes: **I. Respecto al absuelto JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU: a).** que la recurrida ha omitido evaluar las diligencias y pruebas de la instrucción, habiéndose limitado a glosar lo actuados durante el juicio oral, seleccionando sólo lo favorable al procesado JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU, sin analizar las graves contradicciones que existen en las declaraciones instructivas de los encausados GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA, ORESTES LEONCIO GONZÁLES TIPACTI y VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO; **b).** que la sentencia ha mencionado que el tesorero VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO incurrió en error de codificación, sin embargo, durante el juicio oral, quedó plenamente aclarado que dicho error fue sólo respecto al código de presupuesto, que no tiene relevancia con el hecho de que se giró cheques a nombre de funcionarios de la Municipalidad, y que los comprobantes salgan a nombre de los contratistas, habiéndose omitido al respecto el testimonio de Leoncio Ricardo Loo Angulo, encargado de la Oficina de Planificación y Presupuesto, así como lo explicado por los peritos contables, y el auditor de la Contraloría; **c)** que la recurrida ha repetido el argumento del acusado JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU de que él no giraba los cheques, que sólo los firmaba, habiéndose también omitido evaluar las declaraciones del tesorero VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO, cuando precisa que era el Alcalde quien le decía a qué persona tenía que girar el cheque, existiendo una relación de subordinación entre ambos, por lo que resulta insostenible que el Superior Colegiado se haya limitado a aceptar la versión del primero de los mencionados; y es que cómo puede un magistrado aceptar que el Alcalde sólo firme cheques, sin tener la obligación de evaluar la documentación que se le presenta a la vista, exigiendo que eso le corresponde a otro funcionario, cuando se ha tratado de más de ciento cuarenta cheques, cuyos comprobantes estuvieron a nombre de personas diferentes de las que figuraban en dichos títulos valores; **d)** que se señala en la sentencia que los cheques eran para planillas, dando por cierta la versión del encausado JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU, sin evaluar que los propios peritos de parte, cambiaron su versión en el juicio oral, y dijeron que no todos los cheques eran para planillas, sino sólo una parte; **e).** que la recurrida es contradictoria, ya que ha condenado a un grupo de procesados que están vinculados al Alcalde, habiendo actuado todos en forma conjunta, como una organización, para obtener provecho ilícito, en perjuicio de la entidad agraviada; **f).** la sentencia ha omitido valorar la versión completa de lo declarado por el procesado ALEJANDRO MARTÍN

SOLARI LOZA quien expresó en forma enfática y reiterada que en la Alcaldía se escogía a los contratistas, y que él, como miembro del Comité de Adjudicaciones, sólo regularizaba lo que ya había sido seleccionado por la Alcaldía, versión que mantuvo en la diligencia de confrontación; **g).** que existe incongruencia entre la recurrida y la sentencia que emitió el mismo Colegiado con fecha veintiocho de setiembre del dos mil nueve, mediante la cual se condenó a tres procesados (MARTÍN MUNAYCO SARAVIA, HÉCTOR ENZINO NAPA y HÉCTOR ALBERTO NAPA ÁVALOS) por delito de estafa. En efecto, en esta última se concluyó que existieron múltiples facturas a nombre de dichos sentenciados que no correspondían a ningún servicio, sin embargo, el pago de todas estas facturas fue autorizado por el procesado JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU; **II. En relación a los demás absueltos:** Que los procesados JUAN VÍCTOR MAGALLANES CASTILLA, CARLOS ALBERTO MUNAYCO CHUMPITAZ, MARCELINO ROBERTO AGUILAR HIDALGO, LUIS ALBERTO TAY SARAVIA, LUIS ALBERTO NEYRA IBARRA, PEDRO ALBERTO LINARES BUSTAMANTE, RICARDO MÁXIMO HUAYTE AROCA, HENRY PAUL HUAYTE TORRES, PEDRO ALEJANDRO PACHAS LÉVANO, FRANCISCO PACHAS MATÍAS y JUAN ERNESTO MUNAYCO TASAYCO han sido absueltos indebidamente; **III. En lo atinente a la Reparación Civil,** indica que el monto de la reparación civil fijado en veinte mil nuevos soles que deberán abonar los sentenciados en forma solidaria resulta exiguo teniendo en cuenta el grave perjuicio económico sufrido por la entidad agraviada; **Segundo:** La Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Ica, Sub Sede Chincha – Pisco, al fundamentar a fojas dieciocho mil setecientos setenta y tres su impugnación, cuestiona lo siguiente: **I. Respecto a «irregularidades de la recurrida»: i].** que ALEJANDRO MARTÍN SOLARI LOZA indica que el Alcalde, JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU, lo designó en mil novecientos noventa y seis Director Municipal hasta el dieciséis de julio de dicho año, siendo que la función que cumplía se iniciaba en la Oficina del Alcalde, donde éste tomaba las decisiones y asignaba las funciones, en forma verbal o por escrito, precisando que era el Alcalde quien primero firmaba el cheque, y posteriormente pasaba a la Oficina del primero de los mencionados; **ii].** que ORESTES LEONCIO GONZÁLES TIPACTI ha señalado que cuando estuvo a cargo del Comité de Adjudicaciones, él se dio cuenta que los cheques eran girados a nombre de funcionarios de la Municipalidad en vez de proveedores y/o contratistas, con lo que se acredita que no solo se giraba cheques para el pago de planillas; **iii].** que VICTOR QUISPE SOTELO ha revelado que respecto a la forma y modo cómo se giraban los cheques para pago de planillas y proveedores

a nombre de funcionarios de la Municipalidad era porque así lo había dispuesto la superioridad, que en el talón de cheque se puso a un proveedor, pero éste se giraba a nombre de un funcionario; siendo que para efectuar los pagos se coordinaba con el Alcalde; **iv**]. que NAVARRO GRAU ha revelado que él firmó los cheques pero que no los autorizó ni los giró, en total contradicción a lo que dice el tesorero VICTOR HUGO QUISPE SOTELO y GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA quienes declararon que era el Alcalde el que ordenaba los pagos y después de eso se giraban los cheques; no justificándose que se le absuelva bajo el argumento que todos los cheques que este último firmó, a nombre de funcionarios y empleados de la Municipalidad, hayan sido, todos y cada uno de ellos, para el pago de planillas, y pese a que toda la documentación que sustentaba el giro de dichos cheques estaba a nombre de proveedores; **v**]. que se pretende responsabilizar únicamente al Director Municipal ORESTES LEONCIO GONZÁLES TIPACTI sin considerar que éste no firmaba sólo los cheques, sino que lo hacía conjuntamente con el Alcalde, por lo que a ambos le cabe responsabilidad, máxime si se encuentra probado que en la mayoría de los casos, el cheque era firmado primero por el Alcalde, limitándose los demás funcionarios a firmar al lado de la rúbrica del primero; **vi**]. que, asimismo, se pretende responsabilizar al Comité de Adjudicaciones por el otorgamiento de la buena pro a diversas empresas de manera irregular, obviando considerar que en muchos casos los contratos ya estaban firmados por el Alcalde, sin que haya culminado el proceso de selección de proveedores, limitándose ellos a darle visos de legalidad a un proceso evidentemente fraudulento; **II. En cuanto a la Reparación Civil:** Que el monto fijado por dicho concepto ascendente a veinte mil nuevos soles constituye una suma irrisoria, por lo que de acuerdo al artículo noventa y dos del Código Penal, en concordancia con el artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales, la Parte Civil solicita la suma de un millón de nuevos soles, estando a que el perjuicio sufrido por el Estado supera dicho monto, tal y como así lo ha determinado el Informe Especial de Contraloría número cero sesenta y tres – dos mil dos; **Tercero**: De otro lado, el acusado **VICTOR HUGO QUISPE SOTELO** al sustentar a fojas dieciocho mil setecientos noventa y uno su recurso impugnatorio, precisa: **a**). que se la ha condenado por los delitos de negociación incompatible con el cargo y falsificación de documentos privados, cuya acción penal correspondiente, a la fecha, se encuentra prescrita; no resultando de aplicación para estos casos la duplicidad de dicho plazo; **b**). que la sentencia dictada en su contra transgrede el principio del *ne bis in idem*, atendiendo a que el recurrente ha sido sancionado en la vía administrativa con la medida de destitución mediante Resolución de

Alcaldía número dos mil cincuenta y nueve – dos mil tres; **c).** que la sentencia impugnada no precisa los elementos de prueba que fundamentan su condena por los ilícitos de peculado doloso y concusión; **Cuarto:** El encausado **MIGUEL ANGEL APOLAYA YATACO,** a fojas dieciocho mil ochocientos doce, cuestiona a la recurrida que no se tomó en cuenta los medios probatorios propuestos por su defensa, como la pericia grafotécnica del documento que se presentó como prueba de cargo en su contra, y respecto del cual niega haberlo firmado; **Quinto:** El acusado **ALEJANDRO MARTÍN SOLARI ESPINOZA,** a fojas dieciocho mil ochocientos setecientos seis, objeta que contra su persona sólo existe una acusación globalizada y no individualizada, pretendiéndose que por su actuación como ex – Director de la Municipalidad Provincial de Chincha, tenga que asumir responsabilidades administrativas y penales más allá de las propias limitaciones del ejercicio de su cargo, enmarcado dentro de los alcances de la Ley de Municipalidades; **Sexto: Imputación Fiscal.-** Según la acusación de fojas dieciséis mil treinta y seis, resulta de autos que la Contraloría General de la República emitió el Informe Especial número cero sesenta y tres – dos mil dos – CG/LR, en el cual se estableció que en el **periodo de mil novecientos noventa seis a dos mil uno,** se perpetraron diversos delitos en agravio del Estado Peruano, representado por la Municipalidad Provincial de Chincha, a saber: **I). «CASO 3».- Gastos por Adquisiciones de bienes y servicios sin acreditar la prestación por la suma de S/. 1'258,376.70.- a].** Que el acusado JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU, ha girado múltiples cheques, los cuales están registrados en el Libro de Bancos de la Municipalidad y se emitían comprobantes de pago a nombre de los proveedores, siendo el caso que cuando la Contraloría solicitó a los bancos Wiese y de la Nación los cheques, se descubrió que fueron girados a favor y cobrados por funcionarios de la Municipalidad en forma indebida (GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA, VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO, FRANCISCO PACHAS MATÍAS) y no por los proveedores (PEDRO ALBERTO LINARES BUSTAMANTE de «Servicios Generales», Felix Monge Grimaldi de «Transporte Don Jorge EIRL», MARTÍN MUNAYCO SARAVIA de Repuestos Automotrices «El Progreso EIRL», RICARDO MÁXIMO HUAYTE AROCA de «Servicios y Repuestos Eléctricos Richard», HENRY PAÚL HUAYTE TORRES de «Servicios Generales», y Héctor Napa Quispe de «H y L Representaciones y Servicios»); siendo los cargos el haberse apropiado del dinero, y propiciado que terceros obtengan provechos en perjuicio de la entidad agraviada, tratándose de una modalidad delictiva que se repite en los **Casos cuatro, cinco, seis y ocho** existiendo delito continuado, una sola

intención delictiva, así como un *modus operandi;* **b].** Que los múltiples cheques girados en forma indebida por JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU a favor de funcionarios de la Municipalidad agraviada, fueron materia de comprobantes de pago, redactados por el Tesorero de la Municipalidad VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO, y se consideró en los comprobantes servicios de proveedores, los cuales no cumplían los requisitos establecidos por la Ley de Adquisiciones y Contrataciones del Estado, y al realizar verificaciones la Contraloría detectó que había empresas inexistentes, de lo que se infiere que los comprobantes de pago fueron elaborados para apropiarse del dinero materia de los cheques, en colusión con los contratistas, siendo el monto de los múltiples cheques girados, por supuestas adquisiciones de bienes y servicios a diversos proveedores por un monto de un millón doscientos cincuenta y ocho mil trescientos setenta y seis nuevos soles con setenta céntimos; **c].** Se indica en el Informe de la Contraloría General de la República, que de la revisión de los formatos denominados «comprobantes de pago», proporcionados por la Unidad de Contabilidad de la Municipalidad, durante el **periodo dos mil,** se estableció supuestas adquisiciones de bienes y servicios, por un monto total de un millón doscientos cincuenta y ocho mil trescientos setenta y seis soles con setenta céntimos a diversos proveedores y contratistas, no habiéndose acreditado la prestación de servicios ni el ingreso físico de los bienes al almacén de la Municipalidad, lo que se desprende de los domicilios comerciales que obran en las facturas de los contratistas y proveedores, correspondiendo las direcciones a viviendas familiares, o en su defecto, no existen, habiéndose realizado las verificaciones con el personal policial respectivo; **d].** La imputación alcanza a los procesados ORESTES LEONCIO GONZÁLES TIPACTI, quien se desempeñó como Director Municipal, y, además, como Presidente del Comité de Adquisiciones y Adjudicaciones de la Municipalidad Provincial de Chincha, por los **casos tres, cuatro, cinco y seis;** así como a GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA quien se desempeñó como Jefe de la División de Estudios y Obras por hechos vinculados a los **casos tres, cuatro, cinco, seis y ocho;** lo mismo que a PEDRO ALEJANDRO PACHAS LÉVANO, Jefe del pool de maquinarias y FRANCISCO PACHAS MATÍAS, Contador de la Municipalidad por hechos vinculados al **caso tres; II). «CASO 4».- Irregularidades en la ejecución del Centro Cultural Chincha.- a].** Que el monto total del dinero cobrado en forma indebida, por terceras personas y funcionarios de la Municipalidad, es por doscientos ochenta mil novecientos sesenta y ocho soles con veintiún céntimos, ya que en las etapas I y IV los contratistas ganadores de la buena pro fueron Demóstenes Ramírez Janampa y JEM EIRL, quienes cobraron algunos

cheques, pero otros fueron girados y cobrados en forma indebida por JUAN MUNAYCO TASAYCO a quien no le correspondía cobrar por dichas etapas de la obra. En la IV etapa figura un cheque cobrado por William Mesías Mejía por diez mil nuevos soles y que JUAN MUNAYCO TASAYCO cobró cheques por un monto de doscientos siete mil seiscientos nuevos soles. Asimismo, en el Informe Especial de Contraloría puede verse la lista de cheques cobrados en la I Etapa del Centro Cultural Chincha por JUAN MUNAYCO TASAYCO por diferentes montos, GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA por mil nuevos soles y a William Mesías Mejía se le emitió un cheque por diez mil nuevos soles. Se indica, además, que todas las facturas llevan la firma y sello del procesado JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU; sin embargo, autorizó cheques a nombre de personas distintas de las que figuran en los comprobantes de pago por un monto de doscientos ochenta mil novecientos sesenta y ocho nuevos soles con veintiún céntimos, habiendo sido suscritos los cheques, tanto por este último como por ORESTES LEONCIO GONZÁLES TIPACTI; **b]**. De otra parte, se les imputa al antes mencionado, José Luis Evangelista Fuentes y GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA haber sido miembros del Comité de Adjudicaciones, quienes no habrían cumplido con sus funciones de supervisar que las obras se realicen de acuerdo a las normas técnicas y administrativas, habiendo permitido que se cometan diversas irregularidades en las obras; **c]**. Por otro lado, se atribuye al procesado LUIS ALBERTO NEYRA IBARRA la comisión del delito de Estafa, indicándose en la denuncia realizada por la Contraloría General de la República que dicha persona se desempeñó como Ingeniero y fue contratado por la Municipalidad Provincial de Chincha para supervisar la obra «Centro Cultural Chincha», siendo su función velar porque la misma se ejecute de acuerdo al Expediente Técnico, así como visar las valorizaciones presentadas por el contratista a cargo de la obra, indicándose por parte de la Contraloría que no cumplió con visar las valorizaciones de obras, y las facturas que se adjuntan a los comprobantes de pago, no cuentan con las visaciones para sustentar el pago respectivo, a pesar de lo cual el co-procesado GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA pagó por dicho servicio. **d]**. Asimismo, entre las irregularidades que se mencionan en la denuncia fiscal se indica que no hay cheques cobrados por JUAN VÍCTOR MAGALLANES CASTILLA sino más bien fueron girados y cobrados a favor de JUAN ERNESTO MUNAYCO TASAYCO (propietario de JMT SRL) y VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO (Tesorero de la Municipalidad), habiéndose favorecido en forma indebida a la empresa JMT representada por JUAN ERNESTO MUNAYCO TASAYCO realizándose pagos por un millón cero treinta y dos mil

cero cuarenta y cuatro nuevos soles con ochenta y seis céntimos en provecho de este último. Además, se habrían producido irregularidades en la III etapa de la obra, la cual fue encargada en el **año dos mil** a Contratistas Generales de JUAN VÍCTOR MAGALLANES CASTILLA y Demóstenes Ramírez Janampa, siendo el caso que dichos proveedores no reunían las condiciones del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado; **e]**. Se incluye a CARLOS ALBERTO MUNAYCO CHUMPITAZ por los hechos concernientes a los **casos cuatro y cinco** (simulación de buena pro); quien ha referido que JUAN MUNAYCO es su padre, con quien formó la empresa JEM EIRL, que no estaba inscrita en CONSUCODE, la que se formó para participar en la cuarta etapa de Centro Cultural Chincha; **III). «CASO 5».- Pagos hasta por la suma de S/. 49,380.35 a un solo proveedor para que ejecute las ampliaciones de una misma calle.- a]**. Se advierte de la denuncia fiscal que en el ejercicio del periodo de **mil novecientos noventa y nueve y dos mil**, se emitieron diversos comprobantes de pago por parte de la Municipalidad Provincial de Chincha, que, sumados, significan cuarenta y nueve mil trescientos ochenta nuevos soles con treinta y cinco céntimos, todos referidos a la ejecución de obras de ampliación de una misma calle, José Olaya, ubicada en el distrito de Chincha Alta; **b]**. que del estudio de la documentación sustentatoria se tiene la existencia de diversos memorándum, suscrito por el Alcalde JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU, solicitando al Director Municipal se emitan las Órdenes del Servicio a nombre del proveedor Servicios Generales - la que no poseía licencia de funcionamiento, ni fue ubicado el domicilio - de PEDRO ALBERTO LINARES BUSTAMANTE (maestro constructor) con el único propósito de darle visos de legalidad al proceso de selección, cuya modalidad utilizada fue la de Adjudicación Directa, el cual estuvo a cargo del Comité de Adjudicaciones conformado por los funcionarios y servidores de la Municipalidad, los encausados ORESTES LEONCIO GONZALES TIPACTI, GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA y José Luis Evangelista Fuentes, este hecho se agrava dado que dichas obras fueron realizadas sin contar con el expediente técnico debidamente estructurado; **c]**. que para simular el otorgamiento de la buena pro, aparte del postor ganador Servicios Generales de PEDRO ALBERTO LINARES BUSTAMANTE presentaron sus propuestas para la ejecución de estas obras de ampliación en la Calle José Olaya, Constructora RAM SRL y Constructora JEM EIRL, esta última representada por CARLOS ALBERTO MUNAYCO CHUMPITAZ; **IV). «CASO 6».- Pagos adelantados por dos obras inexistentes y cheques cobrados por funcionarios de la Municipalidad y Terceros.- a]**. Se hace referencia a dos obras inexistentes: (i) la canalización de cincuenta

metros de acequia Pilpa, en la cual los pagos se realizaron sin que exista el requerimiento de servicio y el proceso de selección; y (ii) la obra de ensanche de quinientos metros de diversas calles de Chincha, respecto de la cual sólo existe el contrato; **b]**. En este caso, se aprecia de autos que hubo cheques que fueron cobrados por VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO, William Antonio Mesías Mejía -Encargado de Caja Chica- imputándoseles a éstos, así como al Alcalde JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU y a ORESTES LEONCIO GONZÁLES TIPACTI haber autorizado el cobro de cheques a terceras personas, distintas al supuesto contratista; **c]**. Que al ser entrevistado JUAN VÍCTOR MAGALLANES CASTILLA supuesto propietario de CONTRATISTAS GENERALES, negó haber recibido invitación para participar en las obras antes mencionadas, no habiendo participado como persona jurídica, sino, sólo como persona natural, negando haber ejecutado dichas obras; refiriendo que JUAN MUNAYCO TASAYCO le pidió que le entregue los cheques, cuya secretaria ponía los sellos de la referida empresa en las facturas; **d]**. De otro lado, se le imputa a GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA que, en su calidad de encargado de la Oficina de Estudios y Obras Municipales, haber asumido funciones distintas a las de su cargo, habiendo otorgado buena pro para la ejecución de las obras señaladas, sin conocimiento ni consentimiento del Comité de Adjudicaciones. **e]**. Asimismo, se le atribuye al mismo procesado haber ejercido la profesión de Ingeniería Civil, sin estar habilitado, habiendo firmado las hojas del Expediente Técnico; **V). «CASO 8».- Irregularidades en el Proceso de Selección y Adjudicación de la buena pro de diversas Obras realizadas por la Municipalidad Provincial de Chincha.- [V.a.]**: Obras objeto de cuestionamiento: **A). Construcción del Puente Peatonal Panamericana Sur kilómetro ciento noventa y ocho y medio y ensanchamiento vía y señalización del Puente Peatonal Panamericana Sur kilómetro ciento noventa y ocho y medio por cincuenta y nueve mil ochocientos setenta y cuatro nuevos soles y veintiún mil seiscientos cuarenta y cinco nuevos soles con diecinueve céntimos.-** Se le imputa a Roberto Aguilar Hidalgo, representante de la Empresa V y R Servicios Generales la comisión del delito de Estafa, habiéndose producido irregularidades tales como que el contrato se firmó primero, y dos meses después, se simuló la buena pro, presentándose a tres postores, habiendo recibido, además, pagos adelantados; **B). Remodelación de la Plaza de Armas: a]** Que resulta de autos que el procesado José Alberto Navarro Grau celebró contrato en abril de **mil novecientos noventa y siete** con la empresa JMT SRL, representada por JUAN MUNAYCO TASAYCO, para la remodelación de la Plaza de Armas de Chincha, por un monto de ciento setenta y

tres mil ochocientos sesenta y ocho mil nuevos soles con cero tres céntimos, indicándose que se han producido irregularidades en dicho contrato, tales como que el mismo no fue visado por la Unidad de Abastecimiento y Asesoría Legal, siendo que el contrato sobre la primera etapa se celebró antes de aprobarse el expediente técnico. **b].** Si bien éste tiene fecha abril de mil novecientos noventa y siete, sin embargo, fue aprobado un mes después por Resolución de Alcaldía número seiscientos cincuenta y seis - noventa y siete -A/MOCH del quince de mayo de mil novecientos noventa y siete. **c].** Se les atribuye además a los funcionarios de la Municipalidad y al contratista haber avalado otras irregularidades, tales como que el presupuesto del postor ganador, fechado el **catorce de marzo de mil novecientos noventa y siete,** tiene sello y firma del Alcalde, frente a lo cual, Contraloría indicó que este último tenía el presupuesto en su poder, antes de la firma de dicho contrato, lo que denota favorecimiento ilegal a dicha empresa; **d].** Que la Municipalidad otorgó adelantos por un monto de sesenta y un mil quinientos setenta y tres nuevos soles, sin carta fianza. Los pagos fueron realizados veinticinco días antes del simulado otorgamiento de buena pro de fecha veintitrés de mayo de **mil novecientos noventa y siete,** siendo que el Comité de Adjudicación dio como ganadora a dicha empresa un mes después de haberse suscrito el contrato con ésta, la que no contaba con licencia de funcionamiento; **e].** Que en cuanto a la remodelación de la II Etapa de la Plaza de Armas, el Alcalde JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU celebró el contrato por un monto de ciento noventa un mil novecientos treinta y ocho nuevos soles con sesenta y nueve céntimos. El contrato no fue visado por Abastecimiento ni Asesoría Legal. Fue suscrito antes de aprobarse el expediente técnico y hubo procedimiento de adjudicación simulado; **C). Asfaltado de la Carretera Alto Larán.** Existen irregularidades, habiéndose llevado a cabo dicha obra por la empresa JMT SRL representada por JUAN MUNAYCO TASAYCO, habiendo sido el costo cincuenta mil novecientos setenta y seis nuevos soles, siendo la fecha del contrato tres de mayo de **mil novecientos noventa y seis,** el cual no cuenta con visación de Asesoría Legal. Con fecha seis del mismo mes y año, se simuló la buena pro, tres días después de haber firmado el contrato. El Presupuesto del ganador lleva firma y sello del Alcalde a manera de recepción, el mismo día de la celebración del contrato. Asimismo, obra memorándum del veintisiete de abril de mil novecientos noventa y seis, con el cual el Alcalde solicitó al Director Municipal Orden de Servicios en coordinación con el departamento de obras. Posteriormente se emitió la Orden de Servicios número ochenta y nueve, de mayo de mil novecientos noventa y seis, infiriéndose que la empresa fue aceptada

por el Alcalde antes de la buena pro, habiendo sido favorecida dicha empresa; **D). Obra Av. Luis Massaro, entre Jirones Grau y Junín:** Se produjeron irregularidades similares. La suscripción del contrato fue cuarenta días antes de aprobarse el expediente técnico, simulándose, posteriormente, el otorgamiento de la buena pro. El Alcalde celebró contrato el treinta y uno de mayo de **mil novecientos noventa y seis** con la empresa Constructora JMT SRL, representada por el procesado JUAN MUNAYCO TASAYCO, para la ejecución de la obra Avenida Luis Massaro, siendo el costo once mil novecientos quince nuevos soles con ochenta y tres céntimos, contrato que no fue visado por Asesoría Legal, celebrándose antes de aprobarse el expediente técnico, lo que se hizo cuarenta días después por Resolución de Alcaldía número mil sesenta y siete - noventa y seis, del diez de julio de **mil novecientos noventa y seis**. El tres de junio del mismo año, se simuló el proceso de selección y el acta de buena pro el once del mismo mes y año, otorgándose ésta a la empresa JMT SRL (contrato suscrito once días antes), de lo que se infiere que tanto los funcionarios de la Municipalidad y el contratista JUAN ERNESTO MUNAYCO TASAYCO estaban coludidos para que este último resultara favorecido; **E). Desadoquinamiento y Adoquinamiento de la Calle Jorge Chávez, entre la Av. Alva Maurtua y Calle Maurtua:** Se le imputa además al procesado JUAN ERNESTO MUNAYCO TASAYCO, representante de Cosntructora JMT SR Ltda haber participado en los trabajos de Desadoquinamiento y Adoquinamiento de la Calle Jorge Chávez entre Avenida Alva Maúrtua y Calle Maúrtua, en la cual se habrían producido irregularidades tales como que el expediente técnico fue aprobado treinta y dos días después de la suscripción de contrato y del otorgamiento de la buena pro, adelantándose el pago sin carta fianza y sin documentación sustentatoria, extendiéndose la Orden de Servicio número ciento cuarenta y nueve - noventa y seis, sin contar con Expediente Técnico, el que fue aprobado el diez de julio de **mil novecientos noventa y seis** por Resolución de Alcaldía mil sesenta y siete - noventa y seis; efectuándose un adelanto de dinero veintidós días antes de la buena y de la firma del contrato con el comprobante número cero cero cero ochocientos cincuenta y tres del quince de mayo del mismo año, por doce mil doscientos sesenta y siete nuevos soles con veinte céntimos, lo que demuestra simulación del otorgamiento de la buena pro; **F). Desadoquinamiento y Adoquinamiento en el Jr. Pisco:** Se le atribuye, además, al procesado LUIS ALBERTO TAY SARAVIA, haber participado como contratista en el Desadoquinamiento y Adoquinamiento en el Jirón Pisco, en la cual se han producido irregularidades, tales como el hecho de que el proceso de otorgamiento

de buena pro se realizó cincuenta y ocho días antes de la aprobación del expediente técnico, se canceló la obra antes de aprobarse el expediente técnico, siendo que el trece de mayo de mil novecientos noventa y seis le otorgó la buena pro a dicho contratista y ese mismo día se suscribió el contrato por el Alcalde siendo el costo cuarenta y seis mil doscientos cincuenta y un nuevos soles con noventa céntimos. De otra parte, hubo solicitud del Alcalde con memorándum s/n del dos de mayo de mil novecientos noventa y seis, dirigido al Director Municipal indicando que se realice la obra y se le emita orden de servicio número cero veintitrés - noventa y seis, del quince del mismo mes y año; apreciándose que el expediente técnico se aprobó después de cincuenta y ocho días de haberse suscrito el contrato por Resolución de Alcaldía número mil sesenta y siete - noventa y seis-A/MPCH del diez de julio de **mil novecientos noventa y seis**, cancelándose al contratista el monto total contratado antes de aprobarse el expediente técnico con los comprobantes números cero cero ochocientos cincuenta y dos (del diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y seis), cero cero mil ochenta (del diez y diecinueve de junio del mismo año), expidiéndose factura cero cero cero cero cero seis del nueve de **julio de mil novecientos noventa y seis** por cuarenta y seis mil doscientos cincuenta y cinco nuevos soles con setenta y seis céntimos; **[V.b.]:** Otros imputados en relación a tales hechos: La acusación añade - ver fojas dieciséis mil ciento veintinueve y siguiente- que los procesados **ALEJANDRO MARTÍN SOLARI LOZA** y **MIGUEL ANGEL APOLAYA YATACO** fueron miembros del Comité de Recepción y Adjudicación de Obras hasta el **treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y seis**, juntamente con GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA habiendo participado en las irregularidades cometidas por el Comité de Adquisiciones en el proceso de selección y adjudicación de las obras precisadas en el presente acápite; **Sétimo: Hipótesis de la Fiscalía.-** Reseñados precedentemente los hechos incriminados, la imputación fiscal, en síntesis, es que JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU, en concierto con sus co - procesados, también funcionarios de la entidad agraviada, y contando, además, con la participación de terceros particulares, se habrían aprovechado de caudales públicos de la Municipalidad desplegando para tal efecto acciones diversas, reflejadas en irregularidades y simulaciones alrededor de las contrataciones; elección de las empresas contratadas; así como de los pagos que se efectuaban, para lo cual habría girado cheques a nombre de proveedores, empero, cobrados por sus co-procesados; que, bajo su dirección, ejercían función pública en dicha Municipalidad; **Octavo: De las conclusiones de la Sentencia impugnada respecto a los procesados José Alberto**

Navarro Grau y Víctor Hugo Sotelo Quispe.- Desestimando la tesis de la Fiscalía, la recurrida, después de analizar la situación jurídica de cada uno de dichos procesados, ha concluido que la responsabilidad es exclusiva y excluyente del procesado Víctor Hugo Sotelo Quispe por haber dicho funcionario, como Tesorero, inducido a error a su co-procesado NAVARRO GRAU, quien ha actuado sin propósito doloso alguno. Así, se tiene: **I). Conclusión respecto a la Condena dictada contra Víctor Hugo Sotelo Quispe.-** A fojas dieciocho mil seiscientos ochenta y nueve, la recurrida, señala: «*...analizando y compulsadas las pruebas se tiene que el procesado [VÍCTOR HUGO SOTELO QUISPE] efectivamente en sus funciones ha caído en diversas irregularidades, ya que como Tesorero él era quien desembolsaba dinero o entregaba los cheques ya con el nombre del titular al Alcalde o al Director Municipal para que firmara, a sabiendas que estaba mal lo que estaba haciendo, que era una conducta irregular, **conduciendo en error a su co-procesado NAVARRO GRAU, al llevarle documentos para que sean firmados**, conociendo que no contenían los comprobantes de pago, requerimientos y PECOSAS...*»; **II). Conclusión respecto a la Absolución dictada a favor del procesado José Alberto Navarro Grau.-** De otra parte, a fojas dieciocho mil seiscientos setenta, la impugnada, indica: «*se le imputa al **procesado** [JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU] que en autos existen «diversos cheques firmados por su persona que fueron girados y cobrados por funcionarios de la Municipalidad de Chincha» y que giró dichos cheques, o mejor dicho, pagó por obras que no contaban con expediente técnico, (....) que incluso no existían otorgando la buena pro de dichas obras, sin que los contratistas cumplieran con los requisitos de ley. Al respecto, es pertinente indicar que en atención a las funciones legalmente atribuidas al **Alcalde Provincial** (...) la función directa de revisar y analizar la diversa documentación presentada por los proveedores o contratistas, correspondía a las diversas áreas, diferentes a la Alcaldía, llámese Área de Abastecimiento, Área de Obras; es decir, se cumplía con el trámite interno, siendo el Jefe de las diversas áreas el encargado de cumplir con sus funciones asignadas, y una vez visada la documentación o el informe de las respectivas áreas, el procesado cumplía con sus respectivas funciones, entre ellas, firmar los cheques. [...] Asimismo, si bien es cierto que en autos existen diversos cheques girados y cobrados a nombre de los funcionarios, debemos tener en cuenta lo señalado por el propio procesado **NAVARRO GRAU** [en cuanto a que]* «ha firmado diversos cheques a nombre de dichos funcionarios para el pago de planillas, ya que su persona sólo se encargaba de firmar y el encargado de girarlos era el Tesorero de la Municipalidad agraviada»...» (ver fojas dieciocho mil seiscientos ochenta y uno y siguiente); **Noveno: De las actuaciones probatorias no valoradas por la recurrida que se oponen**

a sus conclusiones anteriores.- A la conclusión precedente se opone, entre otros, los elementos de cargo siguientes: **a). La Declaración Instructiva del CONDENADO ORESTES LEONCIO GONZÁLES TIPACTI** [Director Municipal y Presidente del Comité de Adquisiciones y Adjudicaciones], de cuya declaración de fojas diez mil ciento catorce, trasciende que dicho encausado, sobre el giro de cheques, indicó: «*todos los cheques que firmo conjuntamente con el ex Alcalde Navarro Grau (...) fue con autorización expresa del ex Alcalde quien le decía que sólo podía firmar cheques el deponente cuando él lo autorizaba*» –ver fojas diez mil ciento quince-; añadiendo que dicho acusado le dijo «*que las obras de la Municipalidad de Chincha las manejaba políticamente*» –ver fojas diez mil ciento quince vuelta-. Más aún, preguntado respecto a la designación de las empresas contratistas que hicieron obras para la Municipalidad Provincial de Chincha, manifestó: «*éstos lo hizo directamente el ex Alcalde Navarro Grau con el Jefe de Estudio y obra Gustavo Barahona Espinoza*» –ver fojas diez mil ciento quince vuelta-. En ese mismo sentido, interrogado si cuando ejerció el cargo de Director Municipal, observó algún tipo de irregularidad en la contratación de las empresas que realizaron obras a la Municipalidad de Chincha, dijo: «*en una oportunidad el deponente le observó al ex Alcalde Navarro Grau la construcción del Centro Cultural de Chincha y éste le dijo que no se preocupara y no tuviera temor por cuanto esta obra contaba con la documentación correspondiente y que estaba a la vista de todos físicamente construida, diciéndole: «si tiene algún temor allí está la puerta*» –ver fojas diez mil ciento dieciséis-. Asimismo, preguntado, bajo qué criterios se escogía a las empresas contratistas y a los proveedores, dijo: «*quien escogía el proveedor era el ex alcalde José Navarro Grau, y en relación a las empresas contratistas, se hacía por indicación del ex alcalde*» –ver fojas diez mil ciento dieciséis y vuelta-; **b). La Declaración Instructiva del CONDENADO GUSTAVO BARAHONA ESPINOZA** [Jefe de la División de Estudios y Obras Municipales], de cuya declaración de fojas nueve mil ochocientos setenta y seis, se tiene: Preguntado si tenía conocimiento que para poder contratar con entidades que manejaban fondos públicos, los contratistas o proveedores de algún tipo de servicios tenían obligatoriamente que estar inscritos en el CONSUCODE, dijo: «*que (...) le hizo saber verbalmente al ex Alcalde, su co-procesado José Alberto Navarro Grau que las empresas contratistas no estaban inscritas en CONSUCODE y pese a ello ordenó que la Municipalidad contratara con éstos, dándole órdenes verbales al deponente para que no ponga ningún impedimento en la contratación de dichas empresas*» –ver fojas nueve mil ochocientos setenta y seis-. Que, incidiéndose en quién era el funcionario encargado de seleccionar y autorizar la contratación de las empresas contratistas no inscritas en (...)

CONSUCODE, precisó: «*que (...) el ex Alcalde y co-procesado José Alberto Navarro Grau y el propio instruyente escogieron a las empresas contratistas no inscritas en el CONSUCODE*»–ver fojas nueve mil ochocientos setenta y seis-. En la continuación de su declaración instructiva de fojas nueve mil novecientos trece, interrogado en relación a la obra del Centro Cultural de Chincha, puntualizó que «*el señor Alcalde José Alberto Navarro Grau les dio tres nombres de las empresas para invitarlas, una de ellas, Contratistas Generales de Víctor Magallanes Castillo*», refiriendo asimismo que «*el ex Alcalde José Alberto Navarro Grau le dijo personalmente al deponente que quien debía realizar la obra era Juan Munayco Tasayco pero sin figurar, apareciendo la empresa Contratistas Generales de Víctor Magallanes (...), precisando que el Alcalde le dijo que (...) JMT no podía figurar en la obra de la tercera etapa del Centro Cultural de Chincha, ya que dicha empresa había realizado la obra de la segunda etapa*» (sic) –ver fojas nueve mil novecientos catorce-. Incluso, preguntado sobre quien ordenaba el pago a los contratistas, dijo: «*quien daba las órdenes para el pago de los contratistas era el citado ex Alcalde*» –ver fojas nueve mil novecientos catorce y vuelta-; agregando: «*fue el Ex Alcalde José Navarro Grau quien ordenó que fraccionara dicha obra en cuatro etapas*». Finalmente, preguntado respecto a quien coordinaba la programación, ejecución, contratación y modalidad de cada obra pública, dijo: «*todo se coordinaba con el ex Alcalde José Navarro Grau*» –ver fojas nueve mil novecientos diecisiete-; **c). La Declaración Instructiva de VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO** [Tesorero], de cuya declaración de fojas nueve mil quinientos veintitrés, trasciende haber referido que para girar cheques tanto por obra como por servicios, «*recibía órdenes directas del Alcalde José Alberto Navarro Grau*» –ver fojas nueve mil quinientos veinticuatro vuelta-. Asimismo, preguntado sobre los cheques girados a favor de Juan Munayco Tasayco, dijo: «*en todos los casos, para realizar pagos, el Ingiero Grau me llamaba a su Despacho para girar cheques a quien él decía, y una vez que me entrevistaba con él, giraba los cheques que él me decía*» –ver fojas nueve mil quinientos veinticuatro vuelta-, quien, a su vez, luego, los firmaba. Más aún, preguntado sobre los cheques girados a favor de William Mesías Mejía y Alberto Munayco Rojas, dijo: «*todo esto fue ordenado por el señor Alcalde (...) esta decisión la tomaba exclusivamente el señor Alcalde (...) dejando claro en este acto que el Señor Alcalde tomaba esta decisión (...) en calidad de subordinado obedecía* « –ver fojas nueve mil quinientos treinta y cinco-. Asimismo, preguntado sobre los comprobantes de pago relacionadas a la obra Centro Cultural Chincha, manifestó: «*estos pagos fueron ordenados directamente por el ex Alcalde de Chincha, ingeniero José Navarro Grau, señalando que la mecánica fue realizada por el Alcalde (...) y en mi calidad de trabajador obedecía órdenes...*» –ver

fojas nueve mil quinientos veinticinco vuelta-; añadiendo: «*todo el manejo económico lo realizaba el ingeniero José Navarro Grau (...) y directamente todo lo que es obra con el señor Gustavo Barahona Espinoza, con quien coordinaba todas las obras, sin distinción*» –ver fojas nueve mil quinientos veintiséis-; e, incluso, agrega: «*que el señor Alcalde era la persona que pagaba directamente a los proveedores en su despacho con producto de la caja chica que él entregaba (...) pero como era el Alcalde acataba sus órdenes*» –ver fojas nueve mil quinientos veintisiete vuelta-; **Décimo: De las conclusiones de la recurrida a favor de los procesados Pedro Alejandro Pachas Lévano y Francisco Pachas Matías .- I).** Las conclusiones a las que la recurrida arriba en el caso de cada uno de ellos son las siguientes: **i]** «*...el procesado [PEDRO ALEJANDRO] PACHAS LÉVANO [Jefe del pool de maquinarias] en ningún momento ha estado coludido con los funcionarios de la Municipalidad, ni se ha apropiado de dinero del Estado, y más aún, que si no cobraba los cheques no podría cumplir con sus funciones, siendo una de ellas «el pago de planillas de los obreros», y más bien, al no haberlo hecho estaría contraviniendo las normas, dando lugar a que se paralice servicios elementales a la población...*» –ver fojas dieciocho mil seiscientos sesenta y siete- ; **ii]** «*...el procesado [FRANCISCO PACHAS MATÍAS] [Contador] (...) no tenía la capacidad de decisión para la contratación de los proveedores, ni tampoco para el otorgamiento de la buena pro, cumpliendo simplemente una labor técnica...*» –ver fojas dieciocho mil seiscientos sesenta y ocho-; **II).** Sobre la base de la hipótesis acusatoria antes puntualizada (actuación del procesado JOSÉ ALBERTO NAVARRO GRAU en presunto concierto con los demás co-procesados, entre ellos, PEDRO ALEJANDRO PACHAS LÉVANO, FRANCISCO PACHAS MATÍAS y JUAN ERNESTO MUNAYCO TASAYCO), el análisis que demanda el pronunciamiento de fondo sobre la responsabilidad o no de éstos, no puede centrarse en contemplar las actuaciones de cada uno de ellos, desde un plano estrictamente formal, sino desde la perspectiva de si en el despliegue de cada uno de ellos subyace o no un acoplamiento a la resolución criminal presunta que los regía; dilucidación que, conforme se desprende las conclusiones glosadas en el acápite precedente, no ha cumplido con efectuar la recurrida; **III).** Más aún, siendo el caso que ambos acusados aparecen cobrando cheques cuyos comprobantes se registran a nombre de otras personas [en el caso del primero: ver fojas catorce mil doscientos treinta y siete, catorce mil doscientos cuarenta y uno, catorce mil doscientos cuarenta y cinco, y catorce mil doscientos cuarenta y seis; y en el caso del segundo: ver fojas seis mil setecientos cuarenta y seis mil setecientos cuarenta y uno], la recurrida, evidencia una notoria incongruencia en el análisis de dicho tópico, dado que cuando analizó

la situación jurídica de VICTOR HUGO SOTELO QUISPE - Tesorero, y encargado de dichos pagos - concluyó que existieron *«diversas irregularidades en el desembolso del dinero y entrega de los cheques»* [ver fojas dieciocho mil seiscientos ochenta y nueve]; empero, cuando absolvió a los antes citados precisó que en ese desfase entre quienes cobraron los cheques y quienes aparecían los comprobantes hubo «error de codificación» [ver fojas dieciocho mil seiscientos sesenta y ocho]; **Décimo Primero: De la conclusión en el caso del procesado Juan Ernesto Munayco Tasayco.- I).** A fojas dieciocho mil seiscientos sesenta y nueve la recurrida ha concluido lo siguiente: *«...no se ha probado que esta persona [JUAN ERNESTO MUNAYCO TASAICO] haya sido favorecida en forma indebida con dinero de la obra «Centro Cultural Chincha» ya que participó y ganó como postor en la construcción antes aludida. También debe tenerse presente que este procesado concurrió a la Municipalidad como postor o contratista...»* –ver fojas dieciocho mil seiscientos sesenta y nueve-; **II).** Dicha conclusión, pone de manifiesto que el análisis de la recurrida respecto de dicho encausado no ha abordado todos los hechos que se le imputa, tal y como ocurre con los relativos al «Caso 8», habiendo al respecto soslayado, entre otras, las consideraciones siguientes: [Respecto de la remodelación de la plaza de armas de chincha –Primera Etapa]: que el contrato de locación de servicios de fecha «abril de mil novecientos noventa y siete» (sic), celebrado entre JOSÉ NAVARRO GRAU y CONTRATISTA J.M.T. SRL -ver fojas siete mil seiscientos quince- se suscribió antes de emitirse la Resolución de Alcaldía del quince de mayo de mil novecientos noventa y siete –número seiscientos cincuenta y seis – noventa y siete A/MPCH- que aprobó el expediente técnico de la referida obra -ver fojas siete mil quinientos noventa y ocho-; e, incluso, mucho antes del otorgamiento de la buena pro, cuya Acta es de fecha veintitrés de mayo -ver fojas siete mil seiscientos veinticinco vuelta-; pese a lo cual hubieron adelantos de pago desde el mes de abril -ver fojas siete mil seiscientos treinta y uno a fojas siete mil seiscientos treinta y cuatro- [Respecto de la remodelación de la II Etapa de la plaza de armas de chincha]: que el contrato de locación de servicios de fecha «julio de mil novecientos noventa y siete» (sic), celebrado entre JOSÉ NAVARRO GRAU y CONTRATISTA J.M.T. SRL -ver fojas siete mil seiscientos treinta y seis- se suscribió antes del otorgamiento de la buena pro, cuya Acta es de de fecha cuatro de setiembre de mil novecientos noventa y siete -ver fojas siete mil seiscientos sesenta y ocho-; no obstante lo cual hubieron adelantos de pago desde el mes de setiembre -ver fojas siete mil seiscientos setenta y seis y siguiente- [Respecto del asfaltado de la carretera Alto Larán]: que el contrato de locación de servicios de mano de obra del tres de mayo de mil novecientos noventa y seis,

celebrado entre JOSÉ NAVARRO GRAU y CONTRATISTA J.M.T. SRL -ver fojas siete mil seiscientos setenta y cinco- es posterior al memorándum emitido por el procesado JOSÉ NAVARRO GRAU con fecha veintisiete de abril de mil novecientos noventa y seis -ver fojas siete mil seiscientos ochenta y siete-, a través del cual, requería al Director Municipal emitir la Orden de Servicio, a nombre de la precitada empresa, por cincuenta mil novecientos setenta y seis nuevos soles; [Respecto de la Obra Av. Luis MASSARO]: que el contrato de locación de servicios de mano de obra del treinta y uno de mayo de mil novecientos noventa y seis, celebrado entre JOSÉ NAVARRO GRAU y CONTRATISTA J.M.T. SRL -ver fojas siete mil seiscientos ochenta y nueve- se suscribió antes del otorgamiento de la buena pro, cuya Acta es de de fecha once de junio de mil novecientos noventa y siete -ver fojas siete mil setecientos veintiuno- y de la Resolución de Alcaldía -número mil sesenta y siete - noventa y seis A/MPCH – del diez de julio de dicho año que aprobó el expediente técnico de dicha obra; **Décimo Segundo:** Que, en consecuencia, es evidente que la recurrida, apareja conclusiones contradictorias entre sí, y ha omitido valorar elementos de cargo que conllevarían, eventualmente a conclusiones diferentes a las que ha arribado; todo lo cual, revela una motivación defectuosa, que supone un vicio insubsanable y que, por lo mismo, de conformidad con el artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, corresponde invalidarse; **Décimo Tercero: Respecto a la condena contra los procesados Alejandro Martín Solari Loza y Miguel Ángel Apolaya Yataco por delito de Negociación Incompatible** *-COMO ÚNICO DELITO OBJETO DE SANCIÓN PENAL CONTRA ÉSTOS-* **I).** Conforme lo tiene establecido el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez /CJ- ciento dieciséis, su fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, «... 6. la institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable. 7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución...»; **III).** Según se precisó en el **Sexto Considerando, acápite «V.b»**, los *«procesados ALEJANDRO MARTÍN SOLARI LOZA y MIGUEL ÁNGEL APOLAYA YATACO fueron miembros del Comité de Recepción y Adjudicación de Obras [las que se precisan en el «Caso 8»] hasta el treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y seis, habiendo*

participado en las irregularidades cometidas por el Comité de Adquisiciones en el proceso de selección y adjudicación de las obras precisadas»; **II).** Fijado precedentemente el referente temporal a que se contrae la imputación fiscal formulada contra los antes mencionados, este Supremo Colegiado advierte que la sentencia -ver fojas dieciocho mil seiscientos noventa y tres- en manifiesta contravención al principio de irretroactividad de una norma penal más gravosa, han aplicado al caso de autos el artículo trescientos noventa y nueve del Código Penal (que prevé una pena de cuatro a seis años), pese a que la imputación se remonta al año mil novecientos noventa y seis, esto es, cuando el delito de negociación incompatible aún no estaba recogido en dicho dispositivo (tal como lo está en la actualidad, conforme a la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco del seis de octubre del dos mil cuatro), sino que estaba previsto en el artículo trescientos noventa y siete del aludido Código, que establecía una pena no menor de dos ni mayor de cinco años, debiendo ser este dispositivo el que, por imperio del principio de legalidad, corresponde aplicar al presente caso. Consiguientemente, confrontando la data de los hechos (año mil novecientos noventa y seis) con el plazo extraordinario de prescripción para dicho ilícito penal de **siete años y medio** (equivalente a la pena máxima antes indicada más su mitad, conforme al artículo ochenta y tres del Código Penal), se constata que a la fecha en que se emitió la sentencia materia de grado (uno de febrero del dos mil diez) dicho plazo se encontraba vencido; **Décimo Cuarto: Respecto a los imputados a quienes se les incriminó -*ÚNICAMENTE*- delito de Estafa.-** Igual situación acontece en relación a este último delito, el que conforme al artículo ciento noventa y seis, se sanciona con una pena no menor de uno ni mayor de seis años, siendo su plazo de prescripción extraordinaria de **nueve años** (equivalente a la pena máxima antes indicada más su mitad). Así, considerando que dicho ilícito penal es transversal a los Casos «3», «4», «5» y «8», remitiéndonos al marco temporal de los hechos que dan contenidos a éstos **(Ver Considerando Sexto, acápites «I», «II», «III» y «V»)**, se aprecia que ninguno de ellos tiene una data que rebase el año dos mil, razón por la que a la fecha de expedición de la sentencia materia de grado (uno de febrero del dos mil diez), también la acción penal correspondiente a dicho ilícito se encontraba prescrita; debiendo declararse así en relación a JUAN VÍCTOR MAGALLANES CASTILLA, CARLOS ALBERTO MUNAYCO CHUMPITAZ, MARCELINO ROBERTO AGUILAR HIDALGO, LUIS ALBERTO TAY SARAVIA, LUIS ALBERTO NEYRA IBARRA, PEDRO ALBERTO LINARES BUSTAMANTE, RICARDO MÁXIMO HUAYTE AROCA y HENRY PAÚL HUAYTE TORRES; **Décimo Segundo: Respecto a la Reparación**

Civil.- Acorde al artículo noventa y tres del Código Penal, según el cual la reparación civil, independientemente de la indemnización de daños y perjuicios, comprende la restitución del bien; por tanto, siendo que en el caso de autos uno de los delitos objeto de condena es el de peculado doloso; en tal sentido, corresponde integrar en este extremo la devolución de lo indebidamente apropiado; **Décimo Quinto:** Finalmente: **I).** En relación a los Otrosí Digo (Primero, Tercero y Cuarto) a que se contrae el recurso de nulidad de la Fiscalía -ver fojas dieciocho mil setecientos sesenta y cinco y siguiente- referidos a peticiones en torno a responsabilidades disciplinarias de magistrados intervinientes en el trámite del presente proceso, no correspondiéndose con lo que es de competencia de este Supremo Colegiado y del recurso promovido, los mismos deben formularse en la instancia pertinente; y **II).** Respecto al Otrosí Digo a que se contre el recurso de la Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Ica, Sub Sede Chincha - Pisco, debe estarse a la parte agraviada que se precisa en el auto de enjuiciamiento de fojas dieciséis mil doscientos treinta y ocho; Por estos fundamentos, declararon: **I). HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dieciocho mil quinientos setenta y cinco, del uno de febrero de dos mil diez, en el extremo que ABSOLVIÓ: a los procesados **JUAN VÍCTOR MAGALLANES CASTILLA, CARLOS ALBERTO MUNAYCO CHUMPITAZ, MARCELINO ROBERTO AGUILAR HIDALGO, LUIS ALBERTO TAY SARAVIA, LUIS ALBERTO NEYRA IBARRA, PEDRO ALBERTO LINARES BUSTAMANTE, RICARDO MÁXIMO HUAYTE AROCA y HENRY PAÚL HUAYTE,** por el delito contra el Patrimonio - **estafa** - en agravio del Estado representado por la Municipalidad Provincial de Chincha; REFORMÁNDOLA, declararon PRESCRITA de oficio la acción penal incoada contra los citados procesados por el delito y agraviado antes precisados; **II). HABER NULIDAD** en la recurrida en el extremo que CONDENÓ: a **ALEJANDRO MARTIN SOLARI LOZA; MIGUEL ANGEL APOLAYA YATACO y MARCELINO VÍCTOR VIDAL ALIAGA** por delitos cometido por funcionario público, en la modalidad de **negociación incompatible** en agravio del Estado representado por la Municipalidad Provincial de Chincha; REFORMÁNDOLA, declararon PRESCRITA de oficio la acción penal incoada contra los citados procesados por el delito y agraviado antes precisados; **III). NULA** en el extremo que ABSOLVIÓ: a **JOSE ALBERTO NAVARRO GRAU** por el delito contra la Administración Pública - delito cometido por funcionarios públicos - **peculado doloso**- y por delito contra la Administración Pública- corrupción de funcionarios en la modalidad de **negociación incompatible,** en agravio del Estado representado por

la Municipalidad Provincial de Chincha; **IV). NULA** la misma sentencia en el extremo que CONDENÓ: a **VÍCTOR HUGO QUISPE SOTELO** por delito contra la Administración Pública – delitos cometido por funcionarios públicos - **peculado doloso y concusión**-; contra la Administración Pública – delitos cometido por funcionarios públicos en la modalidad de **negociación incompatible**; y por delito contra la Fe Pública – **falsificación de documentos privados** - en agravio del Estado, representado por la Municipalidad Provincial de Chincha; **V). NULA** en el extremo que ABSOLVIÓ: a **PEDRO ALEJANDRO PACHAS LÉVANO, FRANCISCO PACHAS MATÍAS** por el delito contra la administración pública – delito cometido por funcionarios públicos - **peculado doloso y concusión**-; y **JUAN ERNESTO MUNAYCO TASAYCO** por el delito contra la administración pública - **concusión** - y por el delito contra la fe pública - **falsedad genérica** - en agravio del Estado, representado por la Municipalidad Provincial de Chincha. En consecuencia, **MANDARON:** que se lleve a cabo nuevo juicio oral por otra Sala Superior, debiendo tenerse en cuenta lo puntualizado en la parte considerativa de la presente Ejecutoria, sin perjuicio de actuarse la actividad probatoria que se estime pertinente para el mejor esclarecimiento de los hechos; **VI). INTEGRARON** en el extremo de la reparación civil fijada en el monto de veinte mil nuevos soles, la devolución de lo indebidamente apropiado por parte de los condenados; y **VII). NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene, y es materia del presente recurso; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

5. **Prescripción**

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 739-2010 - Ucayali

Lima, veinticuatro de mayo del dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad contra la sentencia de fojas tres mil trescientos noventa y ocho, del trece de enero de dos mil diez, que: **I). Absolvió** a: VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, ROBIN EDHAR NAJAR GUEVARA, CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA,

MARTHA GARCÍA PAREDES, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ e IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - PECULADO - ; **II). Absolvió** a: ISAAC HUAMÁN PÉREZ, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios en la modalidad de NEGOCIACION INCOMPATIBLE; **III. Absolvió** a: MARTHA GARCÍA PAREDES, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO e ISAAC HUAMÁN PÉREZ, de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Fe Pública - FALSEDAD GENÉRICA -; y **IV. Condenó** a: CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA como autora de los delitos contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios en la modalidad de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE - y contra la Fe Pública - FALSEDAD GENÉRICA, a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años bajo el cumplimiento de reglas de conducta y al pago de cinco mil nuevos soles de reparación civil; todos en agravio del Estado - Consejo Transitorio de Administración Regional de Ucayali (actualmente Gobierno Regional de Ucayali); interpuestos por la Fiscalía y Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Gobierno Regional de Ucayali (PARTE CIVIL) en los extremos de la absolución de los citados encausados; y, en el caso de la última de las nombradas, además, en lo relativo al monto de la reparación civil; así como por la sentenciada CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA en lo atinente a la condena dictada en su contra; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad en parte con el Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO**: **Primero: Agravios de la Fiscalía:** El representante del Ministerio Público, a fojas tres mil cuatrocientos noventa y tres, indica que la comisión de los delitos investigados, así como la responsabilidad penal de los acusados se encuentra debidamente acreditada con el Informe Especial número cero ochenta y tres - dos mil dos . CG/LR «Examen Especial del Consejo Transitorio

de Administración Regional de Ucayali en el periodo de enero [del] dos mil a marzo del dos mil uno», realizado por la Contraloría General de la República, la cual constituye una prueba irrefutable; **Segundo: Agravios de la Parte Civil:** La Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales del Gobierno Regional de Ucayali, en su escrito de fojas tres mil cuatrocientos setenta y cuatro, señala: **I).** que la resolución cuestionada no ha realizado una idónea y prolija valoración de los medios de prueba que se ofrecieron al momento de interponer la denuncia, así como las incorporadas durante la secuela del proceso, evidenciándose suficientemente elementos de juicio que configuran la comisión de los injustos penales investigados, así como la responsabilidad penal de todos los acusados; **II).** que la reparación civil impuesta a la sentenciada CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA ascendente al monto de cinco mil nuevos soles, es muy ínfimo, teniendo en cuenta el perjuicio causado al Estado, solicitando en tal sentido que éste sea elevado; **Tercero: Agravios de la Condenada CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA:** La sentenciada, en su escrito de fojas tres mil cuatrocientos ochenta y dos, respecto a la condena dictada en su contra por los delitos de negociación incompatible y falsedad genérica [por irregularidades en el proceso de selección y contratación para la producción de un documental de la Región Ucayali sin haberse recibido la prestación del servicio, ocasionando perjuicio económico al CTAR UCAYALI por cincuenta y un mil novecientos sesenta y ocho nuevos soles] formula los siguientes agravios: **a).** que el delito de negociación incompatible con el cargo es de naturaleza dolosa, siendo que en su caso no existe prueba de ninguna clase que acredite que la citada procesada se haya interesado, indebidamente, es decir, en contra del ejercicio de su función, en la suscripción de los contratos cuestionados, y menos se ha probado que haya beneficiado a un tercero o que ella se haya aprovechado de su cargo funcional en provecho propio; **b).** que no se ha probado en ninguna forma ni en la instrucción ni en el juicio oral que el proceso cuestionado haya sido simulado, en todo caso ¿cuál de los actos se simuló, el contrato o el proceso de selección? La sentencia le ha dado prueba plena a una constatación actuada a nivel de investigación preliminar, es decir, a la prueba pre – constituida, y no ha adoptado ninguna medida en el extremo de la falsedad genérica para probar que los documentos que dieron lugar al proceso de selección – que no estuvo a cargo de la procesada – sean falsos, pues no se ha actuado ninguna prueba en ese sentido; **Cuarto: Hechos Imputados.-** Según la acusación de fojas mil setecientos cincuenta, los hechos imputados son: **I). «CASO 3».- «En el año mil novecientos noventa y nueve y primer semestre del año dos mil**

uno, la administración del CTAR-Ucayali, autorizó pagos irregulares de incentivos a la productividad a ex secretarios técnicos, así como a servidores que no cumplieron con la condición de laborar la jornada adicional por un monto total ascendente a ochenta y cinco mil quinientos treinta y cinco nuevos soles, el que se divide en: **a). Pagos irregulares de incentivos a la productividad de ex secretarios técnicos (nivel F - seis) por un importe de nueve mil seiscientos nuevos soles** *[ACUSADOS: CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA, VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y ROBIN EDHAR NÁJAR GUEVARA por el delito de PECULADO]* Mediante Oficio número ciento cincuenta y uno – noventa y nueve CTAR UCAYALI/P-ST del veintisiete de abril de mil novecientos noventa y nueve, el procesado VICENTE RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, en su condición de ex secretario técnico, remitió a la Dirección Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas la nómina actualizada de las PEAs , incluyendo de manera irregular al nivel F-seis (secretarios técnicos) - teniendo como sustento una copia simple de un fax proveniente del CTAR La Libertad, con información modificada - pese a tener conocimiento que dicho beneficio sólo alcanzaba al nivel F-cinco, además de haberse fijado la suma de mil ciento veinte nuevos soles, el cual superaba la escala máxima establecida por el Ministerio de la Presidencia, y si bien esta propuesta fue planteada en los Consejos Transitorios de Administración de Huánuco, La Libertad y Arequipa; sin embargo, no fue aprobada por el Ministerio de la Presidencia, y, por ende, no era factible su aplicación, tal como se confirma con los Oficios número ciento setenta y ocho – dos mil uno -EF/ setenta y seis punto quince; cuatrocientos uno – dos mil uno - EF/ setenta y seis punto quince; y cuatrocientos cincuenta y uno – dos mil uno - EF/ setenta y seis punto quince del quince de febrero, nueve de abril y dos de mayo de dos mil uno, respectivamente; en los que se establece que tal beneficio no alcanza a los funcionarios de los niveles F-seis y F-siete, habiéndose ocasionado con ello un perjuicio económico al CTAR Ucayali por la suma de nueve mil seiscientos nuevos soles; **b). Pagos de incentivos por un total de setenta y cinco mil novecientos treinta y cinco nuevos soles a servidores que estuvieron de vacaciones y personal que no cumplió con la condición de laborar la jornada adicional** *[ACUSADA: CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA por el delito de PECULADO]:* Que al confrontarse las tarjetas de control de asistencia con las planillas y los comprobantes de pago - mediante los cuales se efectivizaron los incentivos a la productividad - al personal nombrado y contratado del CTAR Ucayali, en el periodo enero del dos mil a junio del dos mil

uno, se ha constatado que algunos servidores que se encontraban de vacaciones se les pagó irregularmente incentivos a la productividad por un importe de cuarenta y dos mil trescientos sesenta nuevos soles, sin haberse acreditado que este personal haya compensado las horas no laboradas; asimismo, en los meses de abril y junio del dos mil uno, se ha autorizado pagos de incentivos a la productividad hasta por la suma de treinta y tres mil quinientos setenta y cinco nuevos soles a servidores que no cumplieron con la condición de laborar un mínimo de tres horas adicionales a la jornada oficial de siete horas con cuarenta y cinco minutos, situación que se originó por la negligencia de los funcionarios que elaboraron y autorizaron las planillas de incentivos, quienes, a pesar de tener conocimiento sobre las condiciones que debieron cumplir estos servidores para tener derecho al pago de los incentivos a la productividad, haciendo caso omiso, autorizaron los pagos en forma irregular con lo que permitieron que estas personas se beneficien indebidamente, causando un perjuicio económico; **II). «CASO 4».- «Irregularidades en el Proceso de Selección y Contratación para la producción de un documental de la Región Ucayali sin haberse recibido hasta la fecha la prestación del servicio ocasionando un perjuicio económico al CTAR UCAYALI por cincuenta y un mil novecientos sesenta y ocho** ***[ACUSADOS: CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA / ISAAC HUAMÁN PÉREZ E IVONNE RODRÍGUEZ MONTALBÁN (reo ausente) por los delitos de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE y FALSEDAD GENÉRICA]*** Que dicho proceso de selección careció de transparencia, moralidad y equidad al verificarse que no existe el cargo de recepción del Oficio Múltiple, cursado a la Compañía América Televisión, así como los cargos de invitación a otras empresas, ni los términos de referencia del proceso de selección correspondiente, que contemple las características del servicio a contratar y el valor referencial, que permita a la entidad agraviada comparar las propuestas técnicas y económicas de los postores, así como determinar la modalidad del proceso de selección y los plazos de los cuales debían sujetarse los postores para la presentación de sus propuestas y la adjudicación de la buena pro, tal como lo establece el artículo doce de la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta - Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado -. Que si bien se han hallado tres propuestas económicas de las empresas JVR Producciones SAC por sesenta y ocho mil nuevos soles; Compañía Peruana de Radiodifusión S.A América Televisión por cincuenta y dos mil nuevos soles; y Postvisión S.R.L. por veinte mil ochocientos dólares, recibidos por la Gerencia de Administración, de fechas doce de febrero, así como dos y seis de marzo del dos mil,

respectivamente; sin embargo, al realizarse las verificaciones del caso, se constató que las propuestas de las empresas Postvisión SRL y JVR Producciones SAC han sido obtenidas de manera irregular, con la finalidad de simular un proceso de selección, para favorecer indebidamente a la empresa América Televisión, con la que se suscribió el Contrato de Locación de Servicios número trescientos veintiocho del dos de mayo de dos mil, para realizar un documental sobre los usos y costumbres de las provincias de la Región Ucayali, no estableciéndose el vencimiento del plazo contractual; no obstante lo cual, ochenta seis días después, se suscribió el Contrato de Locación de Servicios número quinientos treinta y dos, de fecha veintisiete de julio del mismo año, cuyo objeto ya incluía el contrato anterior (documental sobre los usos y costumbres de las provincias de la Región Ucayali) por un monto de cincuenta y un mil ochocientos cuarenta nuevos soles, el mismo que no tiene antecedentes de haberse llevado un proceso de selección, por lo que ha sido suscrito de manera irregular para favorecer a la empresa contratista; habiendo el CTAR Ucayali pagado a la citada empresa televisora cuarenta y un mil seiscientos nuevos soles en lo que respecta al primer contrato y diez mil trescientos sesenta y ocho nuevos soles en relación al segundo, sin haberse transmitido el documental contratado; **III). «CASO 5».- «Irregularidades en los Viáticos otorgados a la Ex Presidenta Ejecutiva del CTAR UCAYALI, así como a funcionarios médicos y personal asistencial de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali por la suma de veintiún mil setecientos setenta y seis nuevos soles con veintiocho céntimos.** *[ACUSADOS: PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, WALTER RAMÓN LEVEAU BARTRA, MARTHA GARCÍA PAREDES, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ Y MARÍA ELISA MORY GONZALES VIA por los delitos de PECULADO y FALSEDAD GENÉRICA]* En este punto, precisa la acusación que en relación a la procesada Olga Zarela Ríos del Aguila [Ex - Presidenta Ejecutiva del CTAR UCAYALI], la acción penal se extinguió por muerte de la misma; en tanto que con relación a los antes mencionados, luego de la evaluación selectiva de viáticos y rendiciones de cuentas correspondientes al periodo dos mil, se comprobó que algunos funcionarios médicos y servidores asistenciales cobraron viáticos por un total de nueve mil novecientos cincuenta y dos nuevos soles para trasladarse, en comisión de servicios a diferentes localidades, fuera de la ciudad de Pucallpa, ocurriendo que al revisarse las tarjetas de control de asistencia, se ha evidenciado que dichos

funcionarios, en los días que presuntamente cumplían comisión de servicios, en realidad, se encontraban laborando en la entidad o con licencia por enfermedad o goce físico de vacaciones; debiendo considerarse, además, que estas fechas, en su mayoría, se trataban de días no laborables, como es sábado y domingo, y que las rendiciones de cuenta solo se sustentaron en declaraciones juradas, mas no mediante comprobantes de pago, no habiéndose tampoco acreditado los informes de las labores realizadas, tal y conforme lo establece la Directiva número cero cero nueve – noventa y nueve – CTAR - UCAYALI-P-ST-GRPPDI-SGDI sobre «Normas para el otorgamiento de pasajes, viáticos y asignaciones a los funcionarios y servidores en comisión de servicio dentro del territorio nacional del pliego cuatrocientos sesenta y dos – CTAR UCAYALI», por lo que estos servidores se apropiaron indebidamente de los fondos del Estado, causando un perjuicio económico al Estado por la suma de nueve mil novecientos cincuenta y dos nuevos soles, además de falsear la verdad en cuanto a viajes no realizados; **Quinto: Acción Penal prescrita en el caso de los delitos de Negociación Incompatible y Falsedad Genérica.- I).** Conforme lo tiene establecido el Acuerdo Plenario número uno – dos mil diez /CJ-ciento dieciséis, su fecha dieciséis de noviembre de dos mil diez, «... 6. la institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición del proceso en un plazo razonable. 7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución...»; **II).** Según se precisó en el acápite «III)». del Cuarto Considerando – «Caso 4»-, los hechos imputados relativos a presuntas irregularidades en el proceso de selección y contratación para la producción de un documental de la Región Ucayali, habrían acontecido en el año dos mil, atribuyéndoseles a los acusados CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA e ISAAC HUAMÁN PÉREZ (así como a la reo ausente Ivonne Rodríguez Montalbán) la atribución de dos delitos: negociación incompatible y falsedad genérica; **III).** Este Supremo Colegiado advierte que apartándose de la tipificación del auto de procesamiento – ver fojas sesenta y seis - tanto la acusación – ver fojas mil setecientos sesenta y ocho -, como la propia sentencia –ver fojas tres mil cuatrocientos once- en manifiesta contravención al principio de irretroactividad de una norma penal más gravosa, han aplicado al caso de autos el artículo

trescientos noventa y nueve del Código Penal (que prevé una pena de cuatro a seis años), pese a que los hechos imputados acontecieron durante el año dos mil, esto es, cuando el delito de negociación incompatible aún no estaba recogido en dicho dispositivo (tal como lo está en la actualidad, conforme a la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco del seis de octubre del dos mil cuatro), sino que estaba previsto en el artículo trescientos noventa y siete del aludido Código, que establecía una pena no menor de dos ni mayor de cinco años, debiendo ser este dispositivo el que, por imperio del principio de legalidad, corresponde aplicar al presente caso. Consiguientemente, confrontando la data de los hechos (año dos mil) con el plazo extraordinario de prescripción para dicho ilícito penal de siete años y medio (equivalente a la pena máxima antes indicada más su mitad), se constata que a la fecha en que se emitió la sentencia materia de grado (trece de enero del dos mil diez) dicho plazo se encontraba vencido. Igual situación acontece en lo atinente al delito contra la Fe Pública - falsedad genérica -, en cuyo caso, siendo el plazo extraordinario de prescripción de seis años, la acción penal había prescrito con mucha anterioridad al otro delito antes mencionado; **IV).** En el caso de este último delito (falsedad genérica) cabe señalar que es también objeto de imputación en el denominado «Caso 5» relativo al cobro indebido de viáticos por parte de personal asistencial de la Dirección Regional de Salud de Ucayali (los acusados PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, WALTER RAMÓN LEVEAU BARTRA, MARTHA GARCÍA PAREDES, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ Y MARÍA ELISA MORY GONZALES VIA). Teniendo en cuenta lo precisado en el Cuarto Considerando acápite «IV», estos hechos se remontan al año dos mil, por tanto, también en este caso su plazo extraordinario de prescripción de seis años ya estaba vencido a la fecha en que se emitió la recurrida; **Sexto: Análisis de Fondo respecto a las Imputaciones vigentes.- I). Del *thema probandum* en el delito de Peculado:** Las exigencias probatorias en cuanto a este ilícito evidentemente deben tener correspondencia con la descripción típica del mismo. Luego, según se desprende del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, el objeto de prueba en este delito pasa por determinar si el agente ha realizado o no - a favor de sí mismo o de terceras personas - una disposición indebida - esto es, sin sustento normativo alguno – de fondos públicos cuya administración, percepción o custodia, tiene a su cargo; **II). Imputación relativa a «Pagos irregulares de incentivos a la**

productividad de ex secretarios técnicos (nivel F - seis) por un importe de nueve mil seiscientos nuevos soles» [Caso «3.a»].- Fijado lo anterior, la dilucidación probatoria que compete en el caso de autos debe circunscribirse a determinar si la liberación de fondos para el pago de incentivos a los secretarios técnicos de nivel F-seis tenía respaldo legal o no. En los actuados se aprecian elementos de prueba que denotan una ausencia del mismo, tales como las declaraciones ofrecidas por los procesados VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ y CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA – fojas ciento noventa y dos y fojas dos mil novecientos ochenta y nueve, respectivamente - en las que, los antes mencionados, en todo momento, lejos de precisar dispositivo normativo alguno que haya autorizado el referido pago, hacen referencia más bien a una supuesta reunión en la que habrían tomado parte secretarios técnicos (parte interesada), gerentes de CTAR y otros para discutir dicho asunto. En ese orden de cosas, tanto el procesado VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, por su condición de Secretario Técnico de la CTAR - Ucayali, como CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA, por su condición de Gerente Regional de Administración de dicha entidad, tenían deberes de cautela frente a los fondos de la CTAR que correspondían a los niveles encumbrados que detentaban en la administración de ésta; máxime si se tiene en cuenta que el origen o punto de inicio de dicha disposición fue precisamente una lista de beneficiarios (incluido este último pese a su condición de F-cinco) remitida por el propio acusado VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ a la Dirección Nacional de Presupuesto Público del Ministerio de Economía y Finanzas; mientras que en el caso del procesado ROBIN EDHAR NÁJAR GUEVARA, habiendo sido también un beneficiario de dicho pago supuestamente indebido, su situación jurídica queda supeditada a las resultas de la dilucidación principal. No habiendo la recurrida observado en su valoración probatoria el *thema probandum* antes esbozado, la misma merece ser anulada; **III). Incriminación relacionada a «Pagos de incentivos por un total de setenta y cinco mil novecientos treinta y cinco nuevos soles a servidores que estuvieron de vacaciones y personal que no cumplió con la condición de laborar la jornada adicional» [Caso «3.b»].-** La misma anomalía se aprecia en relación a la otra imputación sobre el pago de incentivos a servidores que estuvieron de vacaciones, por lo que también esta imputación corresponde seguir la misma suerte que la anterior; **IV). Sobre «Irregularidades en los Viáticos otorgados a la Ex Presidenta Ejecutiva del CTAR UCAYALI, así como a funcionarios médicos y personal asistencial de la Dirección Regional Sectorial de Salud de Ucayali ...» [Caso «5].-** En lo atinente a esta

incriminación no resulta atendible la premisa de la Sentencia de que «ellos no tenían acceso a una disponibilidad de fondos públicos». Y es que, conforme es sabido, del *status* de funcionario público dimana una serie de efectos jurídicos establecidos en la ley. Así, el ámbito de sus deberes, atribuciones y derechos está circunscrito a los alcances de la normativa específica que los regula. Luego, lo relacionado a las asignaciones de tipo económico a las cuales tiene derecho a acceder un funcionario público se encuentran legalmente previstas a partir de una serie de disposiciones que derivan de la norma presupuestaria misma. Acorde a lo expuesto, el funcionario público sabe perfectamente qué asignaciones le corresponde percibir de libre disposición (remuneración) y cuáles las recibe para cubrir aspectos logísticos necesarios para el cumplimiento de su función. En tal sentido, los viáticos son asignaciones precisamente recibidas para una finalidad específica (cobertura de gastos transporte, alimentación y otros indispensables cuando el funcionario es comisionado fuera de su lugar de residencia). Este tipo de conocimiento, ciertamente, le es atribuible a los citados procesados por su nivel profesional superior; máxime si de las declaraciones prestadas por los procesados PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, MARTHA GARCIA PAREDES, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUÍZ y ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO en el acto oral (ver fojas tres mil cuatro; tres mil setenta y tres; tres mil noventa y tres; tres mil noventa y nueve; tres mil ciento cuenta y tres; tres mil ciento setenta y dos; tres mil ciento setenta y cinco; tres mil ciento ochenta y tres; y tres mil ciento ochenta y seis) se constata haber reconocido la no veracidad de las comisiones de servicios en las fechas consignadas; no habiéndose efectuado una debida apreciación de los hechos materia de acusación ni valorado adecuadamente las pruebas actuadas en el proceso, siendo necesario se declare nula la sentencia, de conformidad con el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, para que en un nuevo juicio oral sea esclarecida la imputación formulada contra los acusados antes mencionados; Por estos fundamentos: **I).** declararon NULA la sentencia recurrida de fojas tres mil trescientos noventa y ocho, del trece de enero del dos mil diez, en los extremos que: **1.1. absolvió** a: ISAAC HUAMÁN PÉREZ de la acusación en su contra por el delito contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios en la modalidad de NEGOCIACION INCOMPATIBLE; **1.2. absolvió** a: MARTHA GARCÍA PAREDES, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ,

ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ, IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO e ISAAC HUAMÁN PÉREZ de la acusación en su contra por el delito contra la Fe Pública - **FALSEDAD GENÉRICA -; y 1.3. condenó** a: CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA por los delitos contra la Administración Pública – Corrupción de Funcionarios en la modalidad de NEGOCIACION INCOMPATIBLE y contra la Fe Pública – FALSEDAD GENÉRICA– a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el término de dos años bajo el cumplimiento de reglas de conducta y al pago de cinco mil nuevos soles de reparación civil; todos en agravio del Estado – Consejo Transitorio de Administración Regional de Ucayali (actualmente Gobierno Regional de Ucayali); y, de oficio, declararon **EXTINGUIDA** la acción penal por prescripción en relación a dichos procesados por cada uno de los delitos antes precisados; DISPUSIERON, en consecuencia, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales que se hubieran generado por los referidos delitos en contra de los encausados precedentemente mencionados; archivándose en estos extremos; y **II).** declararon **NULA** la sentencia en el extremo que **absolvió** a: VICENTE ELMER RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, ROBIN EDHAR NAJAR GUEVARA, CARMEN ROSARIO ROJAS GARCÍA, MARTHA GARCÍA PAREDES, ANTONIA HINOSTROZA GÓMEZ, ARTURO RICHARD MATUTTI URBANO, MARÍA ELISA MORY GONZÁLES VÍA, WALTER ROMÁN LEVEAU BARTRA, JOSÉ ANTONIO MERCEDES GARAY, SONIA MARÍA SOTOMAYOR RUIZ, ZOILA EMMA FERNÁNDEZ ESCUDERO, PACÍFICO COSME TACANGA LÓPEZ e IRMA MARINA BARBARÁN PINEDO de los cargos en su contra por el delito contra la Administración Pública **–PECULADO–**, en agravio del Estado – Consejo Transitorio de Administración Regional de Ucayali (actualmente Gobierno Regional de Ucayali); **MANDARON** se realice nuevo juicio oral con otro Colegiado, teniéndose en cuenta la parte considerativa de la presente Ejecutoria Suprema; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

6. Insuficiencia probatoria de cargo

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2560-2010 - Puno

Lima, trece de julio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del procesado Roger Huacani Paye, contra **I)** la sentencia condenatoria de fecha cuatro de mayo de dos mil diez, de fojas mil ochocientos veintiséis; y, el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra **II)** la sentencia absolutoria de fecha diecinueve de enero de dos mil diez, de fojas mil seiscientos setenta y dos, interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: Primero:** Que, la defensa del procesado Huacani Paye en su recuso de nulidad de fojas mil ochocientos sesenta y siete, afirma que no se realizó el juicio oral de conformidad a lo establecido en el artículo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales, no se han valorado los medios probatorios y que sólo se ha tomado como base peritajes contables sin sustento legal. Por otro lado, cuestiona que los peritos no se hayan constituido a las obras para determinar el perjuicio económico y que, además debieron ser Ingenieros Civiles. Finalmente, en cuanto a la pena alega que debió ser menor en relación a la de sus co-sentenciados por haberse sometido a la confesión sincera. Por su parte el representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad de fojas mil setecientos noventa y dos, afirma que *i)*con relación al delito de falsedad genérica, delito por el cual fueron absueltos los procesados Sixto Yana Chaiña y Juan Alex Carpio Cabrera, no se ha tomado en cuenta el informe especial número cero cero cuatro guión dos mil siete guión CG/ORPU, y siendo prueba preconstituida, no se ha encontrado en ella las propuestas económicas contenidas en el sobre número cero veintitrés, ni que se haya evaluado la propuesta técnica. Agrega que el propósito de favorecer a un ganador se evidencia con la vulneración de procedimiento para un proceso de adjudicación directa; así pues, luego de tres años los procesados absueltos refirieron que se olvidaron firmar el Acta de Adjudicación lo cual es irrazonable y no creíble, siendo su participación el consagrar la falsedad del proceso simulado; asimismo, *ii)* Respecto al delito de negociación incompatible, caso del proceso de selección número cero cero uno guión dos mil cuatro guión ADMC/MDC, atribuido a los procesados Amador Jaime Cruz Mamani, Lucio Eloy Vilca Mita y Eleuterio Constantino Carcahusto Aleman, éstos han incurrido en irregularidades como no informar a PROMPYME y CONSUCODE sobre el proceso de selección, la no existencia de invitaciones a otros postores, empresas que se consignan

y que no habrían participado, la empresa ganadora fue dado de baja por la SUNAT y no constaba en el Registro Nacional de Contratistas. Finalmente, sobre el caso, número cero cero dos guión dos mil cuatro ADM/MDC, de igual manera, señala que se han incurrido en las mismas irregularidades señaladas. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal de fojas mil sesenta y tres, se le atribuye al procesado Roger Huacani Paye, que en condición de Alcalde y Presidente del Comité Especial en el Proceso de Adjudicación número cero cero dos guión dos mil tres guión MDC, para la *«elaboración del perfil y proyecto de electrificación rural de ocho comunidades de «Caracoto»*, por un monto de cuarenta y cinco mil nuevos soles, contrató irregularmente al consultor Francisco Javier Cahua Mena, quien elaboró el perfil del proyecto mencionado, cuando aún no se habían alcanzado las propuestas de otros consultores invitados al proceso de adjudicación ni se había otorgado la buena pro; habiéndose determinado que el proceso fue simulado con el fin de darle vistos de legalidad a la contratación. Asimismo, el Acta de entrega de buena pro del cinco de marzo de dos mil tres que corre a fojas ochenta y dos –el cual fuera remitido por el sentenciado Roger Huacani Paye mediante carta de fecha veinticuatro de junio del dos mil cuatro obrante a fojas sesenta y dos a la Contraloría–, no contaba con las firmas de las personas de Juan Alex Carpio Cabrera y Sixto Yana Chaiña, sin embargo, posteriormente mediante carta del quince de febrero de dos mil seis que corre a fojas ochenta y cuatro, se adjunta la misma Acta de Adjudicación de buena pro (fojas ciento ocho), conteniendo las firmas antes referidas de quienes tenían la condición de miembros del Comité Especial para el proceso de selección (véase Resolución de alcaldía de fojas ciento treinta y uno) y que no firmaron el Acta de Otorgamiento a favor del sentenciado Francisco Javier Cahua Mena, Juan Alex Carpio Cabrera y Sixto Yana Chaiña insertaron sus firmas en el acta luego de tres años, como consecuencia del requerimiento de la Comisión Auditora, a pesar de existir indicios de su participación en dicho acto. Por otro lado, se tiene el Informe número cero doce guión dos mi seis guión FJCM del sentenciado Francisco Javier Cahua Mena, en el cual refiere que el alcalde le propuso que le alcance todo lo necesario para el proceso de adjudicación; los sentenciados Juan Alex Carpio Cabrera y Sixto Yana Chaiña hicieron sus descargos del por qué no firmaron el acta en cuestión, precisando ambos que firmaron el acta en el año dos mil seis por requerimiento del alcalde. Asimismo, se advierte que según el calendario del proceso de selección, la fecha de apertura de sobres y adjudicación de la buena pro estaba programada para el cinco de marzo de dos mil tres, sin embargo, Roger Huacani Paye, el siete de febrero de dos mil tres, otorgó un adelanto al sentenciado Francisco Javier Cahua Mena para la elaboración del objeto de la licitación

por la suma de siete mil nuevos soles tal como se aprecia en el comprobante de pago número cero treinta y dos, documento que se encuentra visado por el encausado Huacani Paye y el tesorero Juan Santiago Mamani Silva, lo mismo ocurre con el comprobante de pago de fojas ciento cincuenta y uno, también como adelanto; además, en sesión de Concejo de fojas ciento veintitrés, el sentenciado informó que se había tomado como ingeniero proyectista para la electrificación a la persona de Javier Cahua. En este hecho participó el sentenciado Francisco Javier Cahua Mena, en calidad de cómplice primario, ya que dolosamente prestó auxilió al alcalde para la consumación del delito de negociación incompatible, puesto que se encargó de todo lo necesario para la licitación habiendo presentado las propuestas, las cartas de invitación, un modelo del cuadro comparativo donde obtenía la buena pro, se encargó que los otros postores firmen el acta de buena pro, conforme a lo referido en su Informe número doce guión dos mil seis guión FJCM. También el alcalde acusado ha cometido el delito de falsedad genérica, conjuntamente con Cahua Mena al simular el proceso de adjudicación. Asimismo, se imputa a Sixto Yana Chaiña y Juan Alex Carpio Cabrera el delito de falsedad genérica quienes simularon su participación en el acta de otorgamiento de la buena pro de fecha cinco de marzo de dos mil tres, con la finalidad de darle vistos de legalidad, lo cual se desprende de sus cartas de fojas ciento treinta y ocho y ciento veintiocho, respectivamente, corroborándose con el Informe número doce guión dos mil seis guión FJCM del sentenciado Francisco Javier Cahua Mena de fojas ciento cuarenta y ocho. Finalmente se imputa a Amador Jaime Cruz Mamani, Lucio Eloy Vilca Mita y Eleuterio Constantino Carcahusto Aleman, que en sus condiciones de presidente, primer y segundo miembro titular, respectivamente, del Comité Especial para el Proceso de Selección número cero cero uno guión dos mil cuatro guión ADMC/MDC de la obra «Rehabilitación de la trocha carrozable San Francisco Buenavista kilómetro veintinueve», indebidamente se han interesado en otorgar la buena pro el veintidós de junio de dos mil cuatro por un monto de cincuenta mil nuevos soles, a favor de la empresa ALWICC Contratista Generales S.R.L, a pesar que no se encontraba registrada en el Registro Nacional de Contratistas ni realizaba operaciones porque tenía baja de oficio según la SUNAT. Para lograr su cometido falsearon la verdad al simular en el proceso de adjudicación de menor cuantía la participación de dos empresas postoras (CRISFER Contratistas Generales y FRHUC Ingenieros Contratistas S.R.L), las cuales han manifestado que no participaron en el referido proceso de selección, hecho que tenía la finalidad de darle vistos de legalidad al otorgamiento de la buena pro y favorecer de esa forma a la empresa ALWICC Contratista Generales S.R.L, para tal efecto, además, elaboraron el Acta de reunión

del Comité Especial y el Acta de adjudicación de la buena pro a efectos de sustentar el indicado proceso. Contribuyó a ello la procesada Alice Rubela Quispe Mamani, Gerente General de ALWICC Contratista Generales S.R.L, ya que se prestó para simular el proceso de adjudicación, en el cual salió como ganadora. Igualmente, los tres procesados en sus condiciones de miembros del Comité Especial del Proceso de adjudicación de menor cuantía número cero cero uno guión dos mil cuatro guión ADMC/MDC para la obra «Rehabilitación de la Trocha Carrozable Caracoto-Pucará-Vizcachani», se interesaron indebidamente en otorgar la buena pro a favor de la empresa ALWICC Contratista Generales S.R.L, por el monto de cincuenta mil nuevos soles, mediante acta del catorce de julio de dos mil cuatro, a pesar que no se encontraba registrada en el Registro Nacional de Contratistas ni realizaba operaciones porque tenía baja de oficio según la SUNAT. De igual manera, falsearon la verdad, al simular en el proceso de adjudicación de menor cuantía la intervención de dos empresas postoras (Uranio Contratistas Generales S.R.L y CRISFER Contratistas Generales S.R.L), las cuales manifestaron que no participaron en el referido proceso de selección, más aún, respecto de la primera su denominación no existe en los registros de la SUNAT, estos hechos tenían la finalidad de dar legalidad al otorgamiento de la buena pro y favorecer de esa forma a la empresa ALWICC Contratista Generales S.R.L, para tal efecto, además, elaboraron el Acta de reunión del Comité Especial, el Acta de adjudicación de la buena pro a efectos de sustentar el indicado proceso. De la misma forma, contribuyó a ello la procesada Alice Rubela Quispe Mamani, Gerente General de ALWICC Contratista Generales S.R.L, ya que se prestó para simular el proceso de adjudicación y obtener la buena pro. **Tercero**: Que, con relación a la sentencia de fecha cuatro de mayo de dos mil diez, de fojas mil ochocientos veintiséis, según la acusación fiscal se le atribuye al procesado **Huacani Paye** la comisión del delito de negociación incompatible y falsedad genérica, tipificado en los artículos trescientos noventa y siete –vigente al momento de los hechos delictivos-, y cuatrocientos treinta y ocho, del Código Penal, que sancionan con una pena mínima no menor de cuatro ni mayor de cinco años de pena privativa de libertad, y no menor de dos años ni mayor de cuatro años, respectivamente; que, con relación al delito de negociación incompatible y falsead genérica; en atención al artículo ochenta del Código Penal, la prescripción de la acción penal extingue la posibilidad de persecución procesal del hecho imputado por el transcurso del tiempo, en uno de los casos, opera en un plazo igual al máximo de la pena fijada por ley para el delito, si es privativa de libertad, caso de la denominada prescripción ordinaria; sin embargo, cuando el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es interrumpido por actuaciones del

Ministerio Público u órgano judicial la acción penal prescribe de manera extraordinaria al cumplirse cronológicamente el plazo de prescripción ordinario más la adición de la mitad de dicho plazo, tal como lo dispone el párrafo in fine del artículo ochenta y tres del Código Sustantivo, en este sentido, dado que los hechos han sucedido: **i)** con relación al delito de negociación incompatible, **el siete de febrero de dos mil dos mil tres**, [fecha en la que el procesado Huacani Paye, otorgó un adelanto al sentenciado Francisco Javier Cahua Mena para la elaboración del objeto de la licitación por la suma de siete mil nuevos soles, conforme consta del comprobante de pago número treinta y dos, de fojas ciento diez]; asimismo, **ii)** con relación al delito de falsedad genérica, el **veinticuatro de junio de dos mil cuatro**, [toda vez que mediante carta de fojas sesenta y dos, remite a la Contraloría General de la República, el Acta de Entrega de la Buena Pro, de fecha cinco de marzo de dos mil tres, de fojas ochenta y dos], hace colegir que se necesitaría un plazo de siete años y medio y seis años, respectivamente, para la prescripción del ejercicio de la acción penal; lapso que hasta la actualidad se ha satisfecho en demasía, en consecuencia la acción penal ya se encuentra prescrita. **Cuarto**: Que, con relación a la sentencia de fecha diecinueve de enero de dos mil diez, de fojas mil seiscientos setenta y dos; de autos no ha quedado acreditada la responsabilidad penal de los procesados Sixto Yana Chaiña y Juan Alex Carpio Cabrea, por el delito de **falsedad genérica**; que, si bien a estos procesados se les atribuye este tipo penal en razón de haber simulado su participación al suscribir el Acta de Otorgamiento de la buena pro, de fecha cinco de marzo de dos mil tres, de fojas ciento ocho, referida a la «Elaboración del perfil y proyecto de electrificación rural de ocho comunidades de Caracoto», sin embargo, la suscripción de las firmas por parte de estos encausados con fecha posterior en la referida acta tuvo como única finalidad regularizar dicho procedimiento administrativo, más aún, cuando no se advierte que de dicha suscripción haya causado un daño patrimonial al Estado; por tanto, al no haberse enervado la presunción de inocencia que le asiste a cada justiciable lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra conforme a Ley. **Quinto**: Que, con relación al delito de negociación incompatible, de la revisión de autos no ha quedado acreditada la responsabilidad penal de los procesados Amador Jaime Cruz Mamani, Lucio Eloy Vilca Mita y Eleuterio Constantino Carcahusto Aleman, toda vez que en sus declaraciones instructivas de fojas ochocientos diecinueve, novecientos setenta y nueve y novecientos noventa y ocho, respectivamente, así como en sesión de audiencia de juicio oral obrante a fojas mil trescientos ochenta y ocho, mil cuatrocientos uno; mil cuatrocientos veintiséis y mil cuatrocientos diecinueve, respectivamente, afirman haber firmando documentos en el

año dos mil cinco y dos mil seis, ello en vía de regularización de las obras del dos mil cuatro, hecho que lo hicieron a pedido del Alcalde; más aún, cuando los procesados no participaron en los Procesos de Selección número cero cero uno guión dos mil cuatro -ADMC/MDC y cero cero dos guión dos mil cuatro ADMC/MDC de las obras «Rehabilitación de la Trocha Carrozable San Francisco Buenavista Km. veintinueve» y «Rehabilitación de la Trocha Carrozable Caracoto-Pucará-Vizcachani», sino que estos fueron simulados, entonces al no haber participado, no habrían configurado su comportamiento conforme a los elementos típicos del delito que se les imputa; por otro lado, si bien el sentenciado Huacani Paye afirmó en sesión de audiencia de fojas mil cuatrocientos cuatro, que es falso lo referido por Amador Jaime Cruz Mamani, esto estaría destinado a ser un argumento de defensa, pues coherentemente los acusados antes mencionados han sido uniformes en sus dichos, por tanto, al no haberse enervado la presunción de inocencia que le asiste a cada justiciable lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra conforme a Ley. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha cuatro de mayo de dos mil diez, de fojas mil ochocientos veintiséis, que condena al encausado Roger Huacani Paye por los delitos de falsedad genérica y negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Caracoto y el Estado, **REFORMANDOLA** declararon de oficio Fundada la excepción de prescripción de la acción penal a favor de Roger Huacani Paye, por los delitos y agraviados antes mencionados; **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de los citados ilícitos; así como el archivamiento definitivo del proceso; **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha diecinueve de enero de dos mil diez, de fojas mil seiscientos setenta y dos, que **absuelve** a Sixto Yana Chaiña y Juan Alex Carpio Cabrea, por el delito de falsedad genérica, en agravio de la Municipalidad Distrital de Caracoto y el Estado; y **absuelve** a Amador Jaime Cruz Mamani, Lucio Eloy Vilca Mita y Eleuterio Constantino Carcahusto Aleman, por el delito de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Distrital de Caracoto y el Estado; con lo demás que al respecto contiene, y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

7. Estándar probatorio para condenar

7.1. Concurso con otros delitos

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 4327-2009 - Ica

Lima, veinticinco de enero de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Antonio Quispe Prada contra la sentencia condenatoria de fecha quince de setiembre de dos mil nueve, obrante a fojas trescientos sesenta y ocho; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el encausado Antonio Quispe Prada en su recuro de nulidad fundamentado a fojas trescientos ochenta, señala que: *i)* La Sala no ha evaluado acertadamente la confesión del recurrente, pues no ha tenido en cuenta el informe pericial emitido por profesionales que han manifestado enfáticamente que no se han producido perjuicios al Municipio ni al Estado Peruano, por cuanto no ha existido salida de dinero para darle uso doloso, no habiéndose establecido en ningún momento que el autor se haya propiciado el soborno o que haya sido emplazado por otra persona a cometer este hecho; **ii)** que, en esta clase de delitos la ley sanciona el resultado del hecho, siendo para ello relevante que dicho resultado sea perjudicial al Estado, en este caso a la Municipalidad distrital de San Clemente; **iii)** que, en la instalación de la audiencia no se consideró el recurso número uno presentado por el encausado, en el que se solicito -como en la etapa de la instrucción- que se practique la pericia sobre los documentos que son materia de investigación y por los cuales la Sala Penal lo ha condenado, constituyendo este hecho un acto nulo, pues debió admitirlo a efecto de ser oralizado; **iv)** que, en ningún momento se ha probado que el encausado estuvo inmerso en los delitos por los cuales el Ministerio Público formula acusación en su contra, pues de las pruebas aportadas no existen suficientes elementos que justifiquen la emisión de una sentencia condenatoria, por lo que siendo así la Sala debió absolverlo de los ilícitos penales enunciados por el Ministerio Público. **Segundo:** Que, según la acusación fiscal obrante a fojas doscientos cuarenta y uno se atribuye al encausado Antonio Quispe Prada en calidad de *i)* cómplice del delito de **negociación incompatible**, y como *ii)* autor del delito de **cohecho activo**, en agravio de la Municipalidad Distrital de San Clemente, toda vez que el ya condenado Félix Falcón Salazar -Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Clemente-, contrató bajo interés con éste recurrente para la prestación de los *servicios de mantenimiento de las redes de desagüe y limpieza de los*

buzones de las calles del Distrito de San Clemente, acuerdo contractual que se realizó sin seguir las normas de contrataciones y adquisiciones, resultando perjudicada la entidad edil, toda vez que en el contrato el procesado recurrente se comprometía a darle en beneficio al ya sentenciado un pago del treinta por ciento de la suma que cobrara. Que, el representante del Ministerio Público también le atribuye al encausado Quispe Prada la comisión del delito de **peculado** en agravio de la entidad edil, en razón que éste encausado mediante un documento reconoció haber recibido de la entidad agraviada -representada por Falcón Salazar- la suma de mil cien nuevos soles en calidad de préstamo, al haber firmado un comprobante de pago en blanco como garantía de cumplimiento, sin embargo, en la documentación activa y pasiva de dicha Municipalidad no obra documento alguno que se haya cumplido con la devolución de la indicada cantidad; asimismo, por haber recibido en forma mensual la suma de quinientos nuevos soles como contribución o apoyo de la Municipalidad Distrital de San Clemente, para sufragar gastos de su gestión del Frente de Defensa del Distrito de San Clemente. **Tercero:** Que, con relación a la participación del procesado Quispe Prada a título de cómplice por el delito de peculado, (con relación a la apropiación de mil quinientos nuevos soles y quinientos nuevos soles) de autos ha quedado acreditada su responsabilidad penal; si bien éste procesado -en su manifestación policial de fojas treinta, en su declaración instructiva de fojas ciento cuarenta, y en sesión de audiencia de juicio oral obrante a fojas doscientos ochenta y cinco-, afirma que fue contratado por la Municipalidad agraviada para realizar los servicios de mantenimiento en redes de desagüe habiendo recibido la suma de mil cien nuevos soles por dicho concepto; que nunca recibió la suma de quinientos nuevos soles por parte del Alcalde de la Municipalidad de San Clemente para gastos de sus gestiones como Presidente del Frente de Defensa; que el catorce de octubre de dos mil dos, en el momento que fue contratado entregó dos papeles en blanco y un recibo de honorarios en blanco con la finalidad de regularizar posteriormente su contrato; sin embargo, en autos obra el Documento de Declaración de fojas diez suscrito por éste encausado, en donde consta que éste encausado declara haber recibido de la Municipalidad San Clemente, en calidad de préstamo la suma de mil cien nuevos soles para ser devuelto oportunamente, según acuerdo de parte y para lo cual entregó en blanco un comprobante de pago para cubrirlo en caso de incumplimiento con un eventual servicio en el manteniendo de la obra de Redes y Desagües y Limpieza de Buzones de las calles del Distrito de San Clemente, no existiendo en autos documento alguno que acredite que éste encausado haya devuelto dicha suma a la entidad edil; que,

por otro lado, si bien en autos obra el Recibo por Honorarios de fojas once, donde se acredita que éste recurrente cobro de la entidad agraviada la suma de mil ciento nuevos soles, tal suma es por concepto de del contrato celebrado con la Municipalidad agraviada, conforme consta del Contrato de Compromiso de fojas cincuenta, en donde se autoriza la emisión del comprobante de pago número cero doce quince y el cheque número cero ochenta setenta y nueve cero once, el mismo que se consigna en el referido Recibo por Honorarios, con lo que se acredita que la suma recibida en calidad de préstamo no ha sido devuelta; asimismo, si bien este procesado en sus declaraciones niega haber recibido la suma de quinientos nuevos soles como contribución de la Municipalidad agraviada para que sufrague los gastos que realiza en el Frente de Defensa, sin embargo, en el referido Documento de Declaración antes señalado, se advierte que este procesado deja constancia que mensualmente viene recibiendo de la Entidad agraviada la suma mil quinientos nuevos soles; si bien éste niega el contenido de dicho documento, sin embargo, reconoce su firma, lo que para este Tribunal considera como argumento de defensa para evadir su responsabilidad penal; en este sentido, sobre la base de este caudal probatorio se ha enervado la presunción de inocencia que le asiste a todo justiciable. **Cuarto**: Que, con relación a la autoría por el delito de cohecho activo, de la revisión de autos ha quedado acreditada su responsabilidad penal por este delito, si bien el recurrente en su declaraciones antes señaladas niega haber aceptado entregar alguna suma de dinero al ya sentenciado Félix Falcón -Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Clemente-, sin embargo, en autos obra el referido Contrato de Compromiso en donde el procesado Quispe Prada la cláusula quinta, se comprometió entregar al referido Alcalde y en calidad personal el treinta por ciento del importe total de cada contrato, ello en atención a la exclusividad del referido contrato; por tanto, si bien el procesado también niega el contenido de dicho contrato, empero, en sus declaraciones reconoce su firma y la consignación de su Documento Nacional de Identidad, en consecuencia lo alegado por el recurrente es argumento de defensa sin asidero legal. **Quinto**: Que, con relación al delito de negociación incompatible, si bien el recurrente en sus declaraciones y en sesión de audiencia de juicio oral obrante a fojas doscientos ochenta y cinco, afirma que pactó el trabajo con Nazario Palomino Bautista, Jefe de Obras de Mantenimiento, negando que haya tenido vinculación con el ya sentenciado Falcón Salazar -Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Clemente-, sin embargo, de la revisión de autos ha quedado acreditado que logró la contratación de brindar sus servicios a la entidad agraviada, con el acuerdo materializado en el Contrato ya señalado, donde se advierte que el Contratante es el

procesado Falcón Salazar, quien además suscribe su rúbrica y su número de Documento de Identidad, lo que acredita su participación en la suscripción del contrato en donde el ya sentenciado estaba interesado, más aún, cuando en el referido contrato se establece que dicha contratación se realiza sin la necesidad de selección ni concurso público, lo que acredita el interés por parte del ya sentenciado en contratar los servicios del encausado Quispe Prada, por tanto, se ha enervado la presunción de inocencia que le asiste a todo justiciable, en consecuencia y sobre la base del caudal probatorio y no de meras sindicaciones, lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra conforme a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha quince de setiembre de dos mil nueve, de fojas trescientos sesenta y ocho, que condena a Antonio Quispe Prada en calidad de cómplice primario por el delito contra la Administración Pública en sus modalidad de peculado y negociación incompatible, y como autor del delito de cohecho activo, en agravio de la Municipalidad Distrital de San Clemente, imponiéndole tres años de pena privativa de libertad, suspendida por dos años con el mismo período de prueba; con lo demás que al respecto contiene, y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Santa María Morillo y Chávez Zapater por vacaciones y licencia de los señores Jueces Supremos Villa Stein y Barrios Alvarado, respectivamente.-

SS.

RODRÍGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

CHAVES ZAPATER

SANTA MARÍA MORILLO

8. **Revisión de sentencia**

SALA PENAL PERMANENTE

Rev. de Sentencia N° 115-2009

Lima, cinco de abril de dos mil once.-

VISTOS; El recurso de revisión interpuesto por el sentenciado Reninger Ramírez Florindez, contra la sentencia de fecha veintiuno de diciembre de dos mil siete -fojas mil novecientos noventa y ocho-, que lo condenó por delito contra la Administración Pública - negociación incompatible con el cargo-, en agravio del Estado -GORUE-, a dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el término de un año, bajo reglas de conducta, interviniendo como ponente

el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad con el Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el sentenciado en el recurso de revisión–fojas uno- alega que durante el proceso que se le siguió el Tribunal Superior no tuvo a la vista la Resolución Gerencial Regional número cero cero veintinueve guión dos mil seis guión P guión GGR, de fecha quince de marzo de dos mil seis, mediante la cual se le sanciona por los mismos hechos por los que fue juzgado penalmente, constituyendo nuevo medio de prueba no conocido en el juicio aludido; como tampoco tuvo a la vista el expediente administrativo de contratación en donde consta las actuaciones realizadas por el Comité Especial, por lo que no se puede calificar su conducta como dolosa e intencional, más aún cuando sólo participó en una de las etapas del proceso de selección por ausencia del titular. **Segundo**: Que, la imputación contenida en la sentencia recurrida es que el sentenciado Reninger Ramirez Florindez en calidad de miembro del Comité Especial del Gobierno Regional de Ucayali fue responsable legalmente de la organización, ejecución y conducción del proceso de selección de adjudicación directa pública número cero cero tres guión dos mil dos guión CTAR guión Ucayali guión P guión ST guión GRA, para la adquisición de la unidad médica móvil, no cumpliendo a cabalidad el mandato de la resolución ejecutiva regional número cero cuatrocientos noventa y siete guión dos guión CTAR guión UCAYALI guión P, hechos perpetrados en el año dos mil dos. **Tercero**: El recurso de revisión, por su propia naturaleza excepcional, destinada a hacer primar el valor de justicia sobre la seguridad jurídica, procede cuando con posterioridad a la sentencia se acrediten hechos por medio de prueba no conocidas en el juicio, las mismas que sean capaces de establecer la inocencia del condenado; ello, según lo establecido en el *inciso quinto del* artículo trescientos sesenta y uno del Código de Procedimientos Penales. **Cuarto:** De autos se advierte que los argumentos esgrimidos por el sentenciado no constituyen motivos relevantes para realizar una revisión del presente caso; toda vez que, el recurrente presenta como nueva prueba la Resolución Gerencial Regional número cero cero veintinueve guión dos mil seis guión P guión GGR, de fecha quince de marzo de dos mil seis, de la cual se desprende que el encausado Ramírez Florindez recibió como sanción administrativa una amonestación escrita al haber actuado como miembro suplente en el Comité Especial, por ausencia del titular; sin embargo, en la propia resolución administrativa se señala «*(...) lo hace responsable solidario de las actuaciones que se hayan desarrollado durante su ejercicio como miembro de dicho Comité(...)*»; y, respecto al expediente administrativo de contratación, de autos se advierte el Informe Especial número ciento

tres guión dos mil cuatro guión CG /ZN, de fecha veinticinco de junio de dos mil cuatro, a fojas sesenta y siete, en donde se verifica la actuación de cada uno de los responsables de la organización, ejecución y conducción del proceso de selección de adjudicación directa pública en la adquisición de la unidad médica móvil del Gobierno Regional de Ucayali, los cuales han sido valorados oportunamente por el Tribunal Superior con los demás medios probatorios aportados y con los cuales se acreditó la participación y responsabilidad penal del sentenciado Ramírez Florindez; en tal sentido, este Supremo Tribunal considera que el presente recurso no se encuentra dentro de los parámetros establecidos en el artículo trescientos sesenta y uno del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos; declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de revisión interpuesto por el sentenciado Reninger Ramírez Florindez, contra la sentencia de fecha veintiuno de diciembre de dos mil siete -fojas mil novecientos noventa y ocho-, que lo condenó por delito contra la Administración Pública - negociación incompatible con el cargo-, en agravio del Estado -GORUE-, a dos años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el término de un año, bajo reglas de conducta; **MANDARON** se transcriba la presente Ejecutoria y se inserte al expediente solicitado copia certificada, y hecho se remita al Tribunal de origen; hágase saber a las partes y archívese. Interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por goce vacacional del señor Juez Supremo Villa Stein.-

SS.

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

IV
Colusión desleal

1. No acreditación de concertación ni defraudación

1.1. Insuficiencia probatoria de cargo

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1322-2010

Apurímac

Lima, veintiocho de abril de dos mil once.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la Procuradora Pública Anticorrupción Descentralizada de Apurímac contra la sentencia absolutoria de fojas cuatrocientos sesenta y dos, del veintidós de enero de dos mil diez; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; y CONSIDERANDO: **Primero:** Que, la Procuradora Pública Anticorrupción Descentralizada de Apurímac en su recurso de nulidad formalizado a fojas quinientos dos, alega que: **I.** los encausados Washington Gualberto Palomino Canaval y Edilberto Gálvez Barrientos conformaron la comisión de adquisición de computadoras del Instituto Superior Tecnológico de Abancay, otorgando la buena pro a la Empresa «PC SPEED DEL PERU S.A.C.», sin ceñirse a lo prescrito por la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, ni tener en cuenta que dicha Empresa se hallaba de baja desde el tres de mayo de dos mil cuatro, según información de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria. **II.** el Tribunal Superior no compulsó debidamente el acta de fojas once, del veintiuno de junio de dos mil cuatro, donde se consignó la recepción de equipos de cómputo y la orden de regularizar el proceso de adquisiciones a fin de justificar el marco legal. **III.** a fojas veintiuno, obra el cuadro comparativo de precios, del veintiséis de junio de dos mil cuatro; sin embargo, la Empresa favorecida entregó los equipos de cómputo el veintiuno de junio de dos mil cuatro, es decir, con anterioridad al otorgamiento de la buena pro. **Segundo:** Que, el señor Fiscal Superior

en su dictamen acusatorio de fojas trescientos ochenta y cinco, imputa a los encausados Washington Gualberto Palomino Canaval y Edilberto Gálvez Barrientos – profesores del Instituto Superior Tecnológico de Abancay – haber conformado la comisión de adquisición de computadoras que otorgó – el veintiséis de junio de dos mil cuatro – la buena pro a favor de la Empresa «PC SPEED DEL PERU S.A.C.» representada por Jorge Luis Torres Rabanal, por un monto ascendente a los treinta y dos mil trescientos noventa y seis nuevos soles, inobservando la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y sin tomar en cuenta que dicha Empresa se hallaba de baja (sin autorización) desde el tres de mayo de dos mil cuatro, según información de la Superintendencia Nacional Administración Tributaria. **Tercero:** Que, en la investigación judicial como en el juzgamiento son aplicables las categorías del conocimiento de la posibilidad, probabilidad y la convicción o certeza, siendo que la responsabilidad penal de un imputado sólo debe determinarse cuando se ha llegado al grado de certeza, caso contrario, siempre que resulte insuperable la duda o mientras la actividad probatoria esté incompleta la presunción de inocencia se encuentra incólume. **Cuarto:** Que, de la revisión y estudio de los recaudos existentes en el presente acervo, compulsando los agravios expresados por la Procuradora Pública Anticorrupción Descentralizada de Apurímac en su recurso de nulidad, se colige que la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal sentenciador se encuentra conforme a derecho, al haber valorado adecuadamente los medios probatorios que glosan en autos, toda vez, que no se logró acreditar la concertación de los encausados Washington Gualberto Palomino Canaval y Edilberto Gálvez Barrientos con Jorge Luis Torres Rabanal – representante de la Empresa «PC SPEED DEL PERU Sociedad Anónima Cerrada» – ni la defraudación a dicho Instituto, que fuera imputado por el representante del Ministerio Público; que, lo expuesto se colige luego de revisar el cuadro comparativo de precios y acta de otorgamiento de buena pro que en copia certificada glosa a fojas veintiuno, donde se consigna las propuestas de las Empresas «MASTER CHIP HARDWARE Y SOFTWARE», «NEX DATA S.A.C», «FUSION DATA COMPUTER» y «PC SPEED DEL PERU S.AC.», infiriéndose que la última Empresa en mención, propuso una cotización más ventajosa, en comparación a las otras, a favor del Instituto Superior Tecnológico de Abancay; por ello, los encausados Palomino Canaval y Gálvez Barrientos conjuntamente con otros funcionarios, optaron por otorgar la Buena-Pro a favor de la Empresa «PC SPEED DEL PERU S.AC.»; que si bien dicha acta es cuestionada por la fecha consignada,

esto es, veintiséis de junio de dos mil cuatro -fecha posterior a la entrega de los equipos de cómputo-; sin embargo, en ella se anota «*...ya que estando en el mes de mayo...*»; debiendo precisarse que el encausado Julio Calla Supo en su instructiva de fojas doscientos setenta y siete, refirió que la fecha consignada en el acta era equivocada. **Quinto:** Que, aunado a lo expuesto se tiene que del acta de inspección técnica policial de fojas setenta y cuatro, se infiere que los equipos de cómputo, en su mayoría, se encuentran en buen estado y regular uso; documento que se condice con el informe de fojas doscientos cincuenta y tres; tanto más, que los encausados Washington Gualberto Palomino Canaval y Edilberto Gálvez Barrientos al efectuar sus descargos -véase manifestación policial de fojas sesenta y dos, instructivas de fojas doscientos uno y doscientos veintidós; y declaración en juicio oral de fojas cuatrocientos uno, cuatrocientos veinticinco y cuatrocientos veintinueve, respectivamente- respecto de los hechos imputados en su contra, refirieron a su turno, no conocer a Jorge Luis Torres Rabanal -representante de la Empresa «PC SPEED PERU Sociedad Anónima Cerrada»-; que, lo esgrimido por la Procuradora Pública Anticorrupción Descentralizada de Apurímac en su recurso de nulidad, respecto que la Empresa «PC SPEED DEL PERU S.A.C.», se encontraba en estado de baja y en condición de domicilio fiscal no habido, según información de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria de fojas diecisiete, no resulta determinante en el caso de autos para la configuración del ilícito materia del presente. **Sexto:** Que, de todo lo expuesto se colige que la presunción de inocencia que ampara constitucionalmente a los encausados Palomino Canaval y Gálvez Barrientos no ha podido ser enervada por el representante del Ministerio Público, que como titular de la carga de la prueba -véase artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público- no logró probar los extremos de su acusación insertado en el dictamen de fojas trescientos ochenta y cinco -tan es así que no interpuso recurso impugnatorio contra la sentencia absolutoria, mostrando su conformidad con la misma-; por tanto, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa «*...toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*», en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que «*...el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla...*»; finalmente,

en virtud al principio «carga de la prueba» quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla. **Sétimo:** Que, conforme a lo preceptuado en el artículo cincuenta y siete del Código de Procedimientos Penales, la Procuradora Pública Anticorrupción Descentralizada de Apurímac, en su condición de parte civil, no solo tiene la misión de solicitar la reparación civil, sino también aportar pruebas al proceso penal a efecto que se esclarezcan los hechos materia de investigación, situación última que no se evidenció en el transcurso del proceso, conforme se advierte de lo actuado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos sesenta y dos, del veintidós de enero de dos mil diez, que absolvió a Washington Gualberto Palomino Canaval y Edilberto Gálvez Barrientos por el delito contra la administración pública, en la modalidad de concusión -colusión desleal-, en agravio del Instituto Superior Tecnológico de Abancay - Estado; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y lo devolvieron.-

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO

2. Definiciones típicas

2.1. El delito de colusión como un delito de encuentro

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 1558-2010
Lima
Lima, seis de julio de dos mil once.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Procurador Público Anticorrupción contra la sentencia absolutoria de fojas mil trescientos cincuenta y tres, del veintiocho de diciembre de dos mil nueve; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor Procurador Público Anticorrupción en su recurso formalizado de fojas mil trescientos ochenta y uno, alega que: **I.** el Tribunal Superior no tuvo en cuenta los medios probatorios obrantes en autos que demuestran la existencia de indicios suficientes y razonables del acuerdo colusorio por parte de los encausados y la Empresa que obtuvo la buena pro y el perjuicio

patrimonial que se habría ocasionado al Estado. II. no era necesario comprender como cómplices a los representantes de las Empresas beneficiadas, toda vez que, según la doctrina se puede presentar en el delito de colusión la participación del autor sin la presencia de éste. III. la realización de una pericia contable, que determine el perjuicio económico ocasionado, fue solicitada en el acto oral por el representante del Ministerio Público, siendo declarada inadmisible por el Tribunal Superior al considerar que en el delito instruido no era necesario aquella. **Segundo:** Que, el señor Fiscal Superior en su dictamen acusatorio de fojas mil doscientos diez -tomo VI-, imputó al encausado Manuel Antonio Carbonell Manrique haberse coludido con el representante de la Empresa V&S Profesionales Sociedad Anónima, al suscribir el contrato de servicios del quince de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, que tenía como finalidad efectuar labores de mantenimiento en las instalaciones eléctricas de la administración postal ubicada en el jirón Conde de Superunda número ciento setenta y seis guión Lima, por un monto ascendente a doscientos noventa y nueve mil trescientos cuarenta y siete nuevos soles; contrato ampliado el quince de febrero de mil novecientos noventa y nueve, llegando a modificarse su cláusula tercera para incluir el Impuesto General a las Ventas, desembolsándose un total de trescientos setenta y cinco mil doscientos veintinueve nuevos soles con cuarenta y seis céntimos, sin que exista el correspondiente documento de liquidación, recepción o memoria descriptiva, ni el expediente técnico de la obra; habiendo el encausado Carbonell Manrique suscrito el tres de febrero de mil novecientos noventa y nueve la conformidad de obra, avalando la satisfacción de la misma, lo cual no se evidencia en el estado real de ésta. Asimismo, aparece que el veinticuatro de marzo de mil novecientos noventa y nueve, se suscribió el contrato número cero nueve guión nueve nueve, con la Empresa Rivera Lhoiry Cueto Contadores Públicos Sociedad Civil por un monto ascendente a ciento seis mil doscientos seis nuevos soles, con la finalidad de que se elaboren los costos unitarios por unidad de servicios y el reconocimiento por concepto de honorarios profesionales, siendo que el proceso de adjudicación, llevado a cabo por los encausados Cabanillas Velezmoro y Carbonell Manrique, se ejecutó sin la presencia de otros postores, otorgándose la buena pro a la mencionada Empresa bajo la figura de adjudicación directa, pese a no encontrarse presupuestada dicha obra, habiéndose cargado los pagos de la misma a distintas cuentas, distribuyéndose en las áreas de comercialización, operaciones, administración, recursos humanos, planeamiento y gerencia general; aunado que la Empresa en alusión no estaba debidamente registrada

en CONSUCODE; acto para el cual se habría contado con la participación de los encausados César Bernardo Wu Vargas, quien en su condición de Gerente General visó facturas para el pago de dicha empresa; Santiago José Duarte Carbajal quien igualmente como Gerente General firmó la adenda del contrato, como de Carlos Enrique Rodríguez Salcedo y Juan Francisco Junchaya Lujan a quienes se le atribuye haber visado facturas para el pago de las indicadas cuentas. **Tercero:** Que, en la investigación judicial como en el juzgamiento son aplicables las categorías del conocimiento de la posibilidad, probabilidad y la convicción o certeza, siendo que la responsabilidad penal de un imputado sólo debe determinarse cuando se ha llegado al grado de certeza, caso contrario, siempre que resulte insuperable la duda o mientras la actividad probatoria esté incompleta la presunción de inocencia se encuentra incólume. **Cuarto:** Que, el delito de colusión preceptuado en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, importa que el funcionario público -con la función específica de participar en un contrato determinado- se hubiese concertado fraudulentamente mediante maniobras engañosas -aparentando actitudes legítimas- con un tercero o interesado en desmedro de los intereses de la administración y con violación de sus deberes. **Quinto:** Que, de la revisión y estudio de los recaudos existentes en el presente acervo, compulsando los agravios expresados por la Procuradora Pública Anticorrupción en su recurso de nulidad, se colige que la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal sentenciador se encuentra conforme a derecho al haber valorado adecuadamente los medios probatorios que glosan en autos, no habiéndose podido acreditar fehacientemente durante el transcurso del proceso que los encausados Manuel Antonio Carbonell Manrique, Cesar Bernardo Wu Vargas, Carlos Enrique Rodríguez Salcedo, Santiago José Duarte Carbajal y Juan Francisco Junchaya Luján hayan concertado con los funcionarios de las Empresas V&S Profesionales Sociedad Anónima y Rivera Lhoiry Cueto Contadores Públicos Sociedad Civil; advirtiéndose que sus intervenciones en los hechos atribuidos se dieron como parte del trámite administrativo, que por el cargo que ostentaban, debían realizar; más aún, si en la contratación de la empresa V&M Profesionales S.A. -encargada de efectuar obras de mejoramiento de la instalación eléctrica de la Administración Postal de Lima- no se advierte que los encausados hayan tenido facultad de decisión para contratar, conforme se advierte de los contratos de fojas quinientos cuarenta y cuatro y quinientos cuarenta y siete; corroborándose con ello, lo expuesto por los encausados Manuel Antonio Carbonell Manrique -véase instructiva de fojas mil seiscientos setenta y cuatro y declaración en juicio oral de fojas mil

doscientos cuarenta y cinco-, Cesar Bernardo Wu Vargas-véase instructiva de fojas mil seiscientos sesenta y tres y declaración en acto oral a fojas mil doscientos cincuenta y cuatro-, Carlos Enrique Rodríguez Salcedo -ver instructiva de fojas mil seiscientos ochenta y dos y declaración en acto oral a fojas mil doscientos sesenta-, Santiago José Duarte Carbajal -ver instructiva de fojas mil seiscientos cuarenta- y Juan Francisco Junchaya Luján -véase fojas mil doscientos cuarenta y dos- al efectuar sus descargos en el sentido que no tuvieron participación directa en los hechos atribuidos por el representante del Ministerio Público; negativa que no ha podido ser contrarrestada o desvirtuada, por el representante del Ministerio Público, que como titular de la carga de la prueba -véase artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público- no ha podido probar los extremos de su acusación insertado en el dictamen de fojas mil doscientos diez; tan es así, que dejó consentir la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal Superior, al mostrar su conformidad con la misma, conforme se consigna en el acta de lectura de sentencia de fojas mil trescientos setenta y ocho. **Sexto:** Que, el delito de colusión es un delito de encuentro, consecuentemente, supone la intervención del funcionario público y la del que se concierta con él -partícipe necesario-; en ese sentido, se debe precisar que devuelto los actuados a la Décimo Sexta Fiscalía Provincial Penal de Lima a fin de que comprenda al representante de la Empresa V&M Profesionales S.A. en su condición de cómplice del delito de colusión desleal, resolvió a fojas seiscientos ochenta, por no ha lugar a formalizar denuncia penal, disponiendo el archivo definitivo, esgrimiendo en sus argumentos que luego de analizadas las diligencias realizadas así como las instrumentales presentadas durante el transcurso de la investigación judicial se concluye porque no han aparecido indicios suficientes de la Empresa V&M Profesionales S.A. en los hechos materia de instrucción; coligiéndose entonces la imposibilidad de establecer la existencia de la conducta colusoria atribuida, incumpliéndose con el elemento normativo del tipo que exige el concierto doloso; que, si se les sancionaría por el solo hecho de ser funcionarios de la Empresa SERPOST y haber realizado funciones administrativas, se estaría dentro de la responsabilidad objetiva, que nuestro Código Penal proscribe en su artículo VII del Título Preliminar. Que, estando a lo expuesto, resultaría innecesaria la realización de la pericia contable, al no haberse determinado el acuerdo concusionario atribuido a los encausados. **Sétimo:** Finalmente, es menester señalar, que la Procuradora Pública Anticorrupción, en su condición de parte civil, no solo tiene la misión de solicitar la reparación civil, sino también aportar pruebas al proceso penal a efecto de esclarecer los hechos materia de investigación conforme al artículo cincuenta y siete del

Código de Procedimientos Penales, situación última que no se evidenció en el transcurso del proceso. **Octavo.-** Que, por tanto, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa «*...toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*», en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que «*...el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla...*»; finalmente, en virtud al principio «carga de la prueba» quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, caso contrario debe procederse con la absolución. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** la sentencia de fojas mil trescientos cincuenta y tres, del veintiocho de diciembre de dos mil nueve, que absolvió a Manuel Antonio Carbonell Manrique, Cesar Bernardo Wu Vargas, Carlos Enrique Rodríguez Salcedo, Santiago José Duarte Carbajal y Juan Francisco Junchaya Luján de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública -colusión desleal- en agravio del Estado Peruano, representado por la Empresa de Servicios Postales Sociedad Anónima; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

3. Insuficiencia de la prueba pericial

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2282-2010

Lima

Lima, doce de octubre de dos mil once.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Adjunto Superior y el señor Procurador Público de la Procuraduría Especializada en delitos de corrupción contra la sentencia absolutoria de fojas tres mil quinientos seis, del veintiséis de octubre de dos mil nueve; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona

Pastrana; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor Fiscal Superior en su recurso de nulidad de fojas mil ochocientos noventa y dos, alega que: I. los encausados no ejercieron control efectivo de las adquisiciones, no habiendo verificado el ingreso al almacén ni constatado su distribución directa a los beneficiarios del Programa de Apoyo; II. los encausados favorecieron a «Laboratorios de Análisis Clínicos» y Servicios «Los Libertadores» en la adquisición sobrevalorada de plantones de palto y mandarinas, tan es así, que las referidas tenían rubro distinto al de viveros o productos agropecuarios; III. se dispuso el pago por concepto de capacitación sin haberse realizado curso alguno; IV. en el caso de autos se produjo perjuicio económico al Estado. **Segundo:** Que, el señor Procurador Público de la Procuraduría Especializada en delitos de corrupción en su recurso fundamentado a fojas tres mil quinientos veinticinco, alega: I. la negativa de los encausados no se encuentra corroborada con elemento contrastable que lleve al convencimiento o decaimiento de las imputaciones; II. las imputaciones contra los encausados se encuentran sustentadas en el informe número cero cinco guión noventa y nueve INADE, emitido por auditoría interna del Instituto Nacional de Desarrollo y el informe contable; III. el Tribunal Superior no llevó a cabo la ampliación de la pericia contable ordenada por el Tribunal Supremo, limitándose a cursar oficios solicitando instrumentos originales a la entidad agraviada. **Tercero:** Que, el señor Fiscal Superior en su dictamen acusatorio de fojas dos mil quinientos treinta y seis, aclarado a fojas dos mil quinientos ochenta y cuatro y dos mil quinientos ochenta y seis, imputo a los encausados Juan Carlos Ibarguengoitia Campanella, Carlos Manuel Rojas Loayza, Carlos Salvador Descalzi Arana, Eduardo Ricardo Paucar Álvarez, Aldo Valencia Espinoza y Rodolfo Alberto Garcés Espinoza, que en sus condiciones de Directores del Programa de Desarrollo Alternativo y Apoyo de Gobiernos Locales se habrían apropiado de caudales y efectos que fueron asignados a dicho programa en razón de sus cargos, concertando en forma ilícita con los procesados Acha Romani, Cordero Yaranga y León Segovia, alterando precios de los productos agropecuarios adquiridos para el programa consistente en: seis mil cuatrocientos sesenta y cinco plantas de mandarina por las que aparentemente se pagó a la Empresa «Laboratorios de Análisis Clínicos», de propiedad de la encausada Acha Romani, la cantidad de cuatro nuevos soles por unidad, cuando su costo real era de un nuevo sol, existiendo un sobreprecio de diecinueve mil trescientos

noventa y cinco nuevos soles; igualmente se adquirieron a la Empresa «Servicios Los Libertadores», de propiedad de la encausada Cordero Yaranga, seis mil plantones de paltos, pagándose tres nuevos soles con cincuenta céntimos cada uno, cuando en realidad costaban un nuevo sol, pagándose en exceso la cantidad de quince mil nuevos soles; además, contrastando facturas y boletas de venta con actas de entrega y recepción de materiales a los beneficiarios del Proyecto Productivo se verificó un faltante de bienes por un monto de ciento veintiocho mil cuatrocientos ochenta y tres nuevos soles con cincuenta y un céntimos, correspondientes a herramientas fertilizantes, insecticidas e insumos diversos que habrían sido adquiridos por Carlos Descalzi Arana, Carlos Rojas Loayza y Eduardo Paucar Álvarez sin haber realizado el correspondiente control de Kardex, favoreciendo la apropiación de esos bienes; asimismo, revisando los movimientos económicos referentes a los productos de frijol, soya, huertos hortícolas y de maíz, se detectó un faltante de seis mil ochocientos setenta y un nuevos soles con noventa y nueve céntimos, en base a la rendición de cuentas y a los desembolsos correspondientes a los adelantos efectuados, se determinó que Garcés Espinoza no devolvió los saldos de fondos ascendentes a la cantidad de ochocientos veintitrés nuevos soles; además, se adquirieron mil doscientos patitos al precio de ocho nuevos soles con cincuenta céntimos cada uno cuando en realidad su precio era de seis nuevos soles con cincuenta céntimos, sobrevalorándose en dos mil cuatrocientos nuevos soles; se adquirieron quinientos cuyes por diez mil nuevos soles cuando en realidad su valor era de cinco nuevos soles cada uno, sobrevalorándose cinco mil nuevos soles, habiendo sido el proveedor Paucar Álvarez; asimismo, se determinó la existencia de documentos contables por capacitación en la crianza de animales dirigida a los beneficiarios de las zonas de Kimbiri, Silva, Santa Rosa y San Francisco entre los meses de enero y febrero de mil novecientos noventa y ocho por la suma de cinco mil ochocientos nuevos soles, sin que se hubiese efectuado dicha capacitación, habiéndose encontrado recibos de pagos girados por el encausado Gerardo León Segovia. **Cuarto:** Que, de la revisión de autos se tiene que si bien los elementos probatorios que sustentaban la imputación formulada por el representante del Ministerio Público contra los encausados, estaba constituida por el informe número cero cinco guión noventa y nueve INADE, emitido por el Jefe de auditoría interna del Instituto Nacional de Desarrollo de fojas veintidós, y el informe pericial contable de fojas dos mil novecientos noventa y siete, que demostrarían la sobrevaluación en la compra de los bienes y el perjuicio económico a la entidad agraviada, empero, se tiene que el

referido documento contable fue cuestionado por la defensa del encausado Ibarguengoitia Canpanella con la interposición de tacha; habiendo el Tribunal Superior declarado fundada la tacha por no haberse realizado con documentos fuentes que permitan contrastar las imputaciones efectuadas y determinar el monto del perjuicio que se habría generado a la entidad agraviada; además, se tiene que este Supremo Tribunal por Ejecutoria de fojas tres mil ciento trece, del veintitrés de abril de dos mil ocho, ordenó practicar una pericia contable ampliatoria con documentos originales y libros que deberán recabarse de la entidad agraviada, extremo último que no se efectuó, no obstante al requerimiento efectuado por el Tribunal Superior y los Peritos Luisa Jara Salcedo y Gloria Jerí Ramón, conforme así lo señaló la primera de las mencionadas en la sesión de audiencia de juicio oral -véase acta de fojas tres mil cuatrocientos veintiocho, llevada a cabo el catorce de agosto de dos mil nueve- coligiéndose que la entidad agraviada no colaboró con proporcionar los documentos requeridos. **Quinto:** Que, por otro lado, se tiene que la entrega de los plantones de mandarina y palta se llegó a efectuar conforme se infiere de las declaraciones de la encausada Acha Romani en el acto oral a fojas tres mil cuatrocientos once, en las que afirma haber vendido y entregado en su totalidad los referidos plantones al Programa de Desarrollo Alternativo, precisando que no se coludió con funcionarios del referido programa para la venta de los plantones ni sobrevaluó sus precios; extremo que fue corroborado con la declaración del encausado Descalzi Arana en el acto oral a fojas tres mil trescientos noventa y ocho, al señalar que hizo firmar la conformidad a su co-encausado Paucar Álvarez a fin de dar cuenta a Lima de la entrega de los plantones, que fueron finalmente entregados a las Municipalidades para su posterior distribución a los beneficiarios. **Sexto:** Que, el señor Fiscal Adjunto Superior, titular de la carga de la prueba, no logró probar los extremos de su acusación insertada en el dictamen de fojas mil quinientos treinta y seis, aclarado a fojas dos mil quinientos ochenta y cuatro y dos mil quinientos ochenta y seis, en ese sentido, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa «*...toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*», en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que «*...el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente,*

no es procedente condenarla, sino absolverla...»; finalmente, en virtud al principio «carga de la prueba» quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla, siendo que en autos no obra elemento probatorio que acredite la responsabilidad penal de los encausados en los hechos imputados; tanto más, si el señor Fiscal Supremo en lo Penal -titular de la acción penal en su máxima jerarquía institucional- se encuentra conforme con la absolución emitida por el Tribunal Superior. **Sétimo:** Que, conforme a lo preceptuado en el artículo cincuenta y siete del Código de Procedimientos Penales, el señor Procurador Público de la Procuraduría Especializada en delitos de corrupción, en su condición de parte civil, no solo tiene la misión de solicitar la reparación civil, sino también aportar pruebas al proceso penal a efectos de esclarecer los hechos materia de investigación, situación última que no se evidenció en el transcurso del proceso, conforme se advierte de lo actuado; tan es así que, el Tribunal Superior tuvo que desistirse de la ampliación del peritaje contable ordenado por Ejecutoria Suprema, dejándose constancia en el acta de fojas tres mil cuatrocientos treinta y dos, que el señor Procurador no cumplió con el compromiso de presentar los documentos originales que motivaron la pericia contable. **Octavo:** Que, la pretensión del Fiscal Adjunto Superior y Procurador Público Anticorrupción respecto a que la sentencia absolutoria sea declarada nula y se ordene la realización de un nuevo juicio oral a fin de llevarse a cabo la pericia ampliatoria ordenada, atentaría contra el derecho fundamental al plazo razonable del proceso penal al que se refiere el inciso cinco del artículo siete y el inciso primero del artículo ocho de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en tanto, se advierte de autos que la denuncia de parte de fojas uno, data del mes de marzo del año dos mil uno, mientras el auto de apertura de instrucción de fojas mil novecientos noventa y cuatro, data del dieciocho de setiembre de dos mil dos. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil quinientos seis, del veintiséis de octubre de dos mil nueve, que absolvió a Juan Carlos Ibarbengoitia Campanella, Carlos Manuel Rojas Loayza, Carlos Salvador Descalzi Arana, Eduardo Ricardo Paucar Álvarez, Aldo Valencia Espinoza, Rodolfo Alberto Garces Espinoza de la acusación fiscal por la comisión del delito contra la administración público, en la modalidad de colusión desleal y peculado, en agravio del Estado; que absolvió a Zenaida Acha Romani, Cifas Raquel Cordero Yaranga y Gerardo León Segovia de la acusación fiscal como cómplices primarios del delito contra la administración pública, en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado; con lo demás que contiene al respecto y es materia del

recurso, y los devolvieron. Interviene el señor Juez Supremo Zecenarro Mateus y la señorita Juez Suprema Villa Bonilla por licencia e impedimento de los señores Jueces Supremos Rodríguez Tineo y Neyra Flores respectivamente.

SS.
VILLA STEIN
PARIONA PASTRANA
CALDERÓN CASTILLO
ZECENARRO MATEUS
VILLA BONILLA

4. No acreditación de los elementos típicos del delito de colusión desleal

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1486-2010

Callao

Lima, tres de agosto de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, los Procuradores Públicos Anticorrupción, Contraloría General de la República y los sentenciados Marco Antonio Cerna Barco y Kurt Woll Muller, contra la sentencia absolutoria de fecha veintinueve de diciembre de dos mil nueve –fojas nueve mil ochocientos sesenta y seis–; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana, de conformidad en parte con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

Primero: De los recursos de nulidad interpuestos:

i) Que, **el representante del Ministerio Público** en audiencia de fecha veintinueve de diciembre de dos mil nueve –fojas nueve mil novecientos sesenta y ocho– fundamentó su recurso de nulidad en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a los encausados Ríos Peralta, Dávila Brenner, Roca Morales, Cerna Barco, Woll Muller, Feliziani Soto, Barboza Varillas, Sánchez Arevalo, Manfredi Von Der Heyde, Manchego Barrios, Maturrano Pérez y Espinoza Babilón, indicando que Roca Morales actuó como Secretario del Comité de Adjudicaciones, suscribiendo la ampliación del contrato para el catastro con la empresa URBE Sociedad Anónima, perjudicando con ello a la Municipalidad del Callao, el acusado Kurt Woll Muller tenía la máxima jerarquía en la Municipalidad, como tal suscribió el contrato de cuarenta y cinco mil unidades catastrales, ascendiendo a la suma

de tres millones cero treinta y siete mil con quinientos nuevos soles, sin respetar el Reglamento Único de Adquisiciones; Manchego Barrios como presidente del Comité de Adjudicaciones y Director General de Administración manejó la concertación para que Urbe sea la empresa ganadora del concurso selectivo por invitación; Feliziani Soto realizó los pagos; sin embargo, el convenio carecía de visación; Barzoza Varillas, como Sub Director de control patrimonial suscribió la orden de servicio por un millón y medio de soles, con la intención de perjudicar a la Municipalidad del Callao; Sánchez Arévalo suscribió conjuntamente con Woll Muller el convenio con la empresa Digimun, careciendo de requisitos; Von Der Heyde suscribió un informe técnico en el cual no se señaló el monto del contrato, asimismo, direccionó a la empresa Urbe Sociedad Anónima para la contratación del Catastro municipal; Cerna Barco efectuó el desembolso de quinientos mil nuevos soles a favor de Urbe por cancelación, sin aplicar el descuento del adelanto de doscientos mil nuevos soles, y sin verificar si presentó carta fianza; Maturrano Pérez y Espinoza Babilon perjudicaron a la Municipalidad del Callao con sus demás coencausados en concierto de voluntades.

ii) La Procuraduría Pública Anticorrupción en su recurso de nulidad –fojas diez mil cuarenta y cuatro– alega que con las declaraciones de los procesados se llegó a la convicción de haberse incurrido en actos ilícitos contra la administración pública; que la sentencia no señala que en mayo de mil novecientos noventa y tres se llevó a cabo un concurso selectivo por invitación, inobservándose el proceso de selección por el monto, omitiendo el Colegiado una serie de aspectos que acreditan la responsabilidad penal de los encausados.

iii) La Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República en su recurso de nulidad –fojas diez mil cincuenta y cinco– alega que no se valoró los medios probatorios actuados durante todo el proceso los mismos que acreditan la participación y responsabilidad penal de los encausados, como son la pericia judicial contable, omitiendo detallar extremos de la misma, asimismo, no consideró las graves irregularidades efectuadas por el encausado Kurt Woll Muller, quien continuó el proyecto, realizándose una interpretación errónea del Acuerdo Plenario número cero cuatro guión dos mil cinco, que, la sentencia se basa en insuficiencia de pruebas documentarias, al no haberse subsanado o no existir originales de la documentación, que genera dudas fundadas sobre la autoría de los hechos.

iv) Los procesados Marco Antonio Cerna Barco y Kurt Woll Muller, en su recurso de nulidad –fojas nueve mil novecientos noventa

y seis y diez mil, respectivamente-, alegan que no están conformes con el extremo de la sentencia que declara infundada la excepción de naturaleza de acción, por los delitos de Colusión y Peculado, señalando que los hechos atribuidos no constituyen delito, habiéndose acreditado la ausencia de *extraneus* y respecto al delito de Peculado el renovar legalmente un convenio con la empresa DIGIMUN del cual no se requería proceso de selección, no constituye delito, por tanto deberá de declararse fundado el medio de defensa técnico planteado.

Segundo: Hechos imputados:

Conforme al dictamen acusatorio de fojas siete mil seiscientos, se imputa a:

i) José Justiniano Manchego Barrios, (Malversación de fondos): que en su calidad de Director General de Administración haber dado aplicación diferente a los recursos propios del Programa «Vaso de Leche», conforme se aprecia del informe preliminar número cero uno guión noventa y cuatro guión IG guión MPC «Examen especial al programa Vaso de Leche de enero a julio de mil novecientos noventa y cuatro» utilizándose los recursos de la cuenta corriente del vaso de leche hasta por la suma de seiscientos sesenta y cinco mil cuatrocientos cincuenta y cuatro nuevos soles.

ii) Kurt Woll Muller, Hector Andres Dávila Brenner, José Justiniano Manchego Barrios, Roberto Franco Feliziani Soto, Jorge Francisco Ríos Peralta, José Alfredo Roca Morales, Jorge Luis Maturrano Pérez, Juan Carlos Manfredi Von Der Heyde, Juan Carlos Barboza Varillas, Paul Espinoza Babilón, Marco Antonio Cerna Barco, (Colusión Ilegal): que con fecha diez de junio de mil novecientos noventa y tres, se suscribió contrato de Locación de Servicios con la firma Urbe Sociedad Anónima Arquitectos Consultores, para la confección del catastro municipal en un número aproximado de cuarenta y cinco mil unidades catastrales, ascendiendo dicho contrato a la suma de tres millones treinta y siete mil quinientos nuevos soles, mediante resolución de alcaldía número cero cero cero veinticinco, se asignó al Comité de Adjudicaciones integrado por los acusados Manchego Barrios, Ríos Peralta, Woll Muller, y las personas Robledo Alvarado y Pequeño Blancas, contraviniendo el artículo dos punto dos punto dos del Reglamento Único de Adjudicaciones. En mayo de mil novecientos noventa y tres dicho comité llevó a cabo el concurso selectivo por invitación con un presupuesto base de cinco millones de nuevos soles, inobservándose el artículo sétimo del inciso a del Decreto Ley número veinticinco mil novecientos ochenta y seis -

Ley de Presupuesto del Gobierno General para mil novecientos noventa y tres, que señala que debe efectuarse licitación pública; sin embargo, el Comité se limitó a invitar a las empresas Urbe Sociedad Anónima, Lan System Sociedad Anónima y Continental Services Sociedad de Responsabilidad Limitada, para la elaboración del Catastro Municipal. Que, el órgano de abastecimiento no estableció las razones técnicas que sustenten el monto del presupuesto base conforme lo dispone el Reglamento Único de Adquisiciones, detectándose que el monto ofertado por la empresa Urbe se encontraba en un nivel por encima a los del mercado, asimismo, no se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» ni en el de mayor circulación de la localidad el resultado de dicho concurso dentro de su tercer día, omitiéndose estipular aspectos técnicos esenciales.

La autorización para la contratación se efectuó mediante resolución de alcaldía, que luego quedó sin efecto y a pesar de ello el contrato continuó efectuándose, no habiendo cumplido la empresa con la entrega de la carta fianza o cheque de gerencia como lo estipula el contrato y las disposiciones contenidas en el Reglamento Único de Adquisiciones, adelantándose la suma de un millón quinientos mil nuevos soles el veintidós de junio de mil novecientos noventa y tres, cuando ésta debía ascender a novecientos once mil doscientos cincuenta nuevos soles, equivalente al cuarenta y nueve punto treinta y ocho por ciento estipulado en el contrato. Asimismo, se solicitó al Banco de la Nación la emisión de un cheque de Gerencia a nombre del Gerente General de la Empresa por la suma de doscientos mil nuevos soles, sin que existieran documentos que sustentaran dicho pedido. Se dispuso el pago indebido de un millón doscientos noventa y seis mil nuevos soles en fecha cinco de abril de mil novecientos noventa y cuatro a cuenta de la factura número catorce, cuyo monto total ascendía a un millón setecientos noventa y seis mil ante un supuesto avance del sesenta y seis por ciento sin que la dirección general de Administración Tributaria a cargo del encausado Espinoza Babilón haya preparado el informe al respecto, conforme a lo estipulado en el contrato, procediéndose el veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y cinco a cancelar el saldo de quinientos mil nuevos soles, cuando sólo se había llegado al cincuenta y cinco por ciento del avance del contrato. Se condonó a la empresa la multa por la demora en la entrega ascendente a la suma de cuatrocientos veinticuatro mil quinientos setenta y cinco nuevos soles; que en estos hechos acontecidos, el acusado Manfredi Von Der Heyde elaboró el informe técnico de fecha dieciséis de abril de mil novecientos noventa y tres en el que recomendaba al Comité de Adjudicaciones la invitación

de participar en el concurso a las empresas URBE Sociedad Anónima, Lan System Sociedad Anónima y Continental Services Sociedad de Responsabilidad Limitada, sin poner mayor celo en las verificaciones respecto a si las empresas en mención contaban con los requisitos para su participación.

iii) Marco Antonio Cerna Barco, (Colusión Ilegal): Haber concertado a fin de intervenir en la adquisición de cuarenta y cinco punto cinco toneladas métricas de leche entera en polvo, a nombre de la Municipalidad del Callao a la empresa Corporación de Negocios y Servicios Generales Sociedad Anónima, representada por Wilbert Gutiérrez Rodas, adquisición que se realizó con los comprobantes de pago número veinticinco mil quinientos treinta y tres de fecha trece de julio de mil novecientos noventa y cinco, y veinticinco mil quinientos ochenta y nueve de fecha veintiuno de julio de mil novecientos noventa y cinco, por la suma de cuatrocientos veintiséis mil setecientos treinta y dos con sesenta céntimos de nuevos soles, inobservándose lo establecido por la ley de presupuesto del sector público esto es que la adquisición de bienes se sujeta a licitación pública, por lo que se realizó dichas adquisiciones ilegalmente defraudando al Municipio.

iv) Kurt Woll Muller, José Manchego Barrios, Marco Antonio Cerna Barco, Wilson Sánchez Arévalo, Roberto Franco Feliziani Soto y Jorge Fernando Fuertes Enciso (Peculado), haber suscrito un convenio de servicios entre la Municipalidad del Callao, cuyo alcalde era Kurt Woll Muller, y la empresa Municipal DIGIMUN representada por Víctor Aguilar Arroyo, con fecha quince de mayo de mil novecientos noventa y cinco, sin existir documento sustentatorio que lo justifique ni acuerdo de consejo que lo autorice, siendo que se le encomendó a dicha empresa el desarrollo del proyecto integral de computación municipal y otras tareas del campo computacional y de ingeniería de sistemas, siendo que dicho convenio careció de la visación de la dirección de asesoría jurídica de la Municipalidad, encontrándose únicamente visado de manera irregular por el asesor del alcaldía Hugo de Rojas Guedes, toda vez que se omitió consignar el importe a pagarse por la prestación de servicios, así como el acreditar el avance de los trabajos y el plazo para la culminación del proyecto.

Tercero: Sobre el delito de **Malversación de Fondos,** imputado al encausado José Justino Manchego Barrios (Caso: Programa «Vaso de Leche» periodo abril a julio de mil novecientos noventa y cuatro):

- Malversar significa hacer un mal uso de los fondos públicos, de ejecutar incorrectamente el presupuesto público, disponer de forma

deficitaria del erario público, contrariando las normas presupuestales en rigor. Que, esta figura delictiva se encuentra contenida en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, donde el disvalor reposa en el desvío de los fondos por parte del funcionario público, a un destino diverso al establecido en la ley, pero aplicándolo en el ámbito mismo de la administración; esto es, que se sanciona la conducta del funcionario que da una aplicación definitiva distinta a los fondos públicos al previamente establecido por la propia administración pública. Que, conforme lo ha establecido el Supremo Tribunal: «En el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido es preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización o empleo del dinero y bienes públicos; se trata en suma, de afirmar el principio de legalidad presupuestal, esto es, la disciplina y racionalidad funcional del servicio»(Recurso de Nulidad número tres mil seiscientos treinta guión dos mil uno Ucayali). En consecuencia, la configuración de este tipo penal está condicionado al dolo, conciencia y voluntad de realización típica, debiendo abarcar todos los elementos constitutivos del tipo penal, esto es, el carácter público de los fondos que malversa así como el contenido de la legalidad presupuestal.

- Sobre el particular, en autos obra el informe número cero uno guión mil novecientos noventa y cuatro guión IG oblicua MPC -fojas mil setecientos cincuenta y cinco- por el cual se describe el movimiento operacional del programa vaso de leche y el destino de los recursos asignados a dicho programa, así como la compra de lácteos en forma directa sin licitación pública; en cuyas conclusiones determina que si se cumplió con el reembolso íntegro del dinero que se destinó a otros gastos distintos al programa aludido, mediante devoluciones a las cuentas corrientes y adquisiciones de productos lácteos, cuestionando únicamente que la adquisición de los lácteos se debió realizar mediante licitación y no en forma directa.

- Asimismo, con la manifestación policial -fojas mil setecientos setenta y ocho- y declaración instructiva -fojas mil ochocientos setenta y cuatro- del encausado Manchego Barrios quedó acreditado que durante el periodo de enero a julio de mil novecientos noventa y cuatro ostentaba el cargo de Director General de Administración de la Municipalidad Provincial del Callao, y bajo dicha dirección, existiendo una mala situación económica financiera al haberse reducido la recaudación de ingresos, se utilizó en el mes de abril a mayo de mil novecientos noventa y cuatro recursos presupuestales -correspondiente al vaso de leche- para gastos permanentes como pago de planillas,

sueldos, limpieza pública, entre otros, con conocimiento de la Alta Dirección; sin embargo, dentro del mismo mes se realizó los trámites de abastecimiento para el programa «Vaso de leche»; sin embargo, dicho dinero fue devuelto dentro del mismo mes, al programa, haciendo hincapié que en ningún momento se dejó de atender el programa del vaso de leche. De otro lado, señaló que en los meses de mayo a julio de mil novecientos noventa y cuatro previa cotización se adquirió leche entera a una empresa de manera directa, en virtud a que es una prioridad la atención del programa referido; toda vez que, se encontraba en proceso la licitación pública para tal adquisición, la cual demoró. Que, esta versión quedó corroborada con el Memorándum número cero uno guión noventa y cuatro guión JMB, de fecha quince de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro -fojas mil seiscientos noventa y cuatro- emitido por el encausado Manchego Barrios al Presidente de la Comisión Ad hoc de Procesos administrativos, con el informe número ciento veintiocho guión noventa y cuatro guión MPC guión OL, de fecha veintisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro, y el memorando número doscientos tres guión noventa y cuatro guión MPC guión CL, de fecha ocho de junio de mil novecientos noventa y cuatro -fojas mil setecientos diez y mil setecientos once, respectivamente-, ambos dirigidos por el Director de Abastecimiento de la Municipalidad Daniel Torres Maturrano, al encausado Manchego Barrios, requiriendo la urgencia de abastecimiento del programa vaso de leche.

- Estando a lo antes expuesto, y considerando la naturaleza dolosa del delito imputado al encausado Manchego Barrios, se advierte que éste no actuó con ánimo doloso de perturbar la correcta aplicación de los fondos destinados al programa vaso de leche, tanto más, en ningún momento durante su periodo de Director de Administración de la Municipalidad del Callao se dejó de atender a los beneficiarios del programa -niños y personas de bajos recursos económicos-, habiéndose incluso devuelto el dinero que fuera utilizado para gastos diversos que eran de suma urgencia atender como consecuencia de problemas económicos del Municipio. De otro lado, las compras directas de lácteos para el abastecimiento del Programa vaso de leche tampoco generó una distracción de los fondos, por el contrario, el ánimo del encausado fue en todo momento no desatender dicho programa, por ser -como éste mismo lo expresó- de suma prioridad, máxime si con la compra directa no se generó un gasto superior en relación a otras adquisiciones realizadas mediante licitación pública, pues no se ha determinado con medio probatorio alguno la existencia de una sobrevaloración en la compra de los mismos, por lo que es procedente absolverlo.

Cuarto: Sobre el delito de **Colusión Ilegal**, imputado a los encausados Woll Muller, Dávila Brenner, Manchego Barrios, Feliciano Soto, Ríos Peralta, Roca Morales, Maturrano Pérez, Von Der Heyde, Barboza Varillas, Espinoza Babilón, Cerna Barco **a)** (Caso: Urbe Sociedad Anónima Arquitectos consultores) y a Marco Antonio Cerna Barco **b)** (Caso Programa Vaso de Leche periodo mil novecientos noventa y cinco):

- Que, la Administración Pública, como conjunto de organismos, órganos y personas-órgano, estatales o no estatales que ejercen la función administrativa del poder, tiene la necesidad de diversos instrumentos o medios para el cumplimiento de sus objetivos. Es así que la administración actúa en el mercado de bienes y servicios intercambiando prestaciones con los administrados y con empresas especializadas.

- Cabe indicar que, la eficiencia o eficacia administrativa se traduce en el deber jurídico de dar satisfacción concreta a una situación subjetiva de requerimiento de la forma, cantidad y calidad y con los medios y recursos que resulten más idóneos para la gestión (DROMI, José Roberto, *Licitación Pública*, Ediciones Ciudad Argentina, mil novecientos noventa y cinco, página treinta y nueve). Para ello, es importante que la contratación estatal sea sometida a determinadas reglas que incluye un conjunto de actos preparatorios -la realización de un proceso de selección, sea licitación pública, concurso público, entre otros-.

- Que, el quebrantamiento de las reglas establecidas en la norma correspondiente para la adquisición y contratación de bienes o servicios -Ley de Contrataciones del Estado- da vida a la figura delictiva de la Colusión ilegal; en virtud del cual debe entenderse como un delito de mera actividad, porque la sola producción de la concertación representa el momento consumativo del hecho, sin necesidad que la administración pública sufra un perjuicio (Abanto Vásquez, Manuel. Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano. Lima, Palestra, dos mil tres, página doscientos setenta), siendo el caso que la defraudación debe entenderse como transgresión del deber de lealtad, deber positivo de disponer del patrimonio administrado en beneficio del Estado; por lo que la defraudación no puede ser entendida como producción -o posibilidad- de un perjuicio, no constituyendo por tanto – el perjuicio – un elemento objetivo del tipo, sino un indicio que permitirá advertir la presencia de un posible acuerdo colusorio -defraudatorio-.

- Que, la norma penal señala claramente que la defraudación contra las arcas del Estado, ha de producirse en el decurso de los procedimientos de Contratación Administrativa, **para lo cual debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados**, esto es que, la concertación constituye la fuente generadora del riesgo y la única conducta incriminada, la misma que debe realizarse de manera comisiva, pues no es posible una concertación o colusión defraudatoria mediante una omisión, al requerir dichos actos de ciertas maniobras a ejecutar por parte del sujeto activo, de manipular datos, sobrevaluar los precios ofertados así como las sumas acordadas, entre otros. De modo tal que, **si es que el funcionario no ejecutó los actos necesarios para licitar las bases en el tiempo oportuno, estaremos ante una negligencia y no ante el delito de Colusión Ilegal, constitutivo de una desobediencia administrativa.**

a) Que, en cuanto al **Caso Urbe Sociedad Anónima**, del Informe número cero cero cinco guión noventa y seis guión CG oblicua SLC emitido por la Contraloría General de la República -fojas diez- se determinó una serie de irregularidades en el procedimiento para la suscripción del contrato de locación de servicios, de fecha diez de junio de mil novecientos noventa y tres, entre el encausado Jorge Ríos Peralta y el representante legal de la Empresa Urbe Sociedad Anónima Arquitectos Consultores, Adolfo Cabrera Manzur -véase contrato a fojas trescientos sesenta del Anexo número uno- para la confección del Catastro Municipal.

- Al respecto, cabe precisar que, si bien se formó un comité de adjudicaciones para los efectos de llevar a cabo el Concurso selectivo por invitación número cero uno guión noventa y tres guión MPC -fojas trescientos setenta y dos del anexo número uno-, inobservándose el artículo sétimo inciso a) del Decreto Ley número veinticinco mil novecientos ochenta y seis – Ley de Presupuesto del Gobierno General para mil novecientos noventa y tres -mediante el cual se dispuso la adquisición de bienes o servicios no personales mediante licitación pública-; norma que no fue considerada por los encausados para los efectos de desarrollar un proceso de licitación y el concurso cuestionado; sin embargo, de autos se advierte que se abrió instrucción contra Adolfo Cabrera Manzur, en su calidad de representante de la empresa Urbe Sociedad Anónima, por los delito de corrupción de funcionarios, fe pública y estafa; quien planteó Excepción de Naturaleza de Acción declarada fundada mediante resolución de fecha treinta de setiembre de mil novecientos noventa y siete y confirmada por auto de fecha diecinueve de marzo de mil novecientos noventa y ocho, razón por la cual se declaró fenecido el proceso seguido en su contra.

- Siendo así, no puede configurarse el delito de Colusión Ilegal; al no haberse logrado acreditar la concertación entre los funcionarios encausados con la empresa Urbe Sociedad Anónima; máxime si conforme se ha indicado precedentemente, debe existir un acuerdo colusorio entre los funcionarios y los privados, esto es, debe existir concertación; en consecuencia, el accionar de los funcionarios al haber omitido la aplicación de la Ley de Presupuesto, constituye en todo caso, una negligencia que no es perseguida penalmente, y que sería sancionada en vía administrativa.

- Estando a lo antes expuesto, y aunado a que en autos quedó acreditado que el encausado Ríos Peralta no suscribió el contrato de locación de servicios en cuestión; toda vez que, dejó de laborar como Director de Abastecimiento del Municipio del Callao con fecha ocho de junio de mil novecientos noventa y tres -esto es dos días antes de la suscripción del contrato-; como así lo declaró el propio encausado, corroborado con: **i)** Las declaraciones de sus co encausados Manfredi Von Der Heyde, Barboza Varillas, Manchego Barrios -en la diligencia de confrontación de fojas tres mil seiscientos veintisiete-; **ii)** La declaración de Adolfo Cabrera Manzur -representante legal de la empresa Urbe-, quien señaló que el contrato fue entregado por Manchego Barrios, y ya estaba firmado -supuestamente por Ríos Peralta-, firmando éste sin la presencia de Ríos Peralta; **iii)** El dictamen pericial de grafotecnia -fojas seis mil trescientos cincuenta y dos- realizada sobre la firma trazada en el contrato antes aludido en comparación a la muestra dubitada, estableciéndose que corresponde a una firma falsificada por imitación servil; esto es, que la firma no le corresponde al encausado Ríos Peralta.

- De otro lado, tampoco se ha logrado acreditar la concertación para la suscripción de la cláusula adicional del contrato de Locación de servicios entre la Municipalidad Provincial del Callao y la empresa Urbe Sociedad Anónima -fojas cuatrocientos cincuenta y uno del Anexo número uno-, máxime si, obra en autos la declaración del encausado Woll Muller, donde señaló que contaba con su asesor externo Hugo de Rojas Guedes, y que no se reunió con la encausada Mía Vitteri Sánchez para la ampliación del contrato con la empresa Urbe Sociedad Anónima, corroborado con: **i)** La declaración de la encausada Giovanna Mía Vitteri Sánchez -fojas ocho mil quinientos tres-, quien niega haber suscrito el contrato en mención; **ii)** Con el dictamen pericial de grafotecnia -fojas seis mil ciento cuarenta y cuatro- en cuyas conclusiones se determina que la firma que aparece trazada en el contrato aludido no proviene del puño gráfico de la

titular, es decir es falsificada; iii) La declaración del encausado Dávila Brenner, quien señaló que la ampliación del contrato de locación llegó a su despacho para su conocimiento, cuando ya estaba suscrito en tanto que no se reunión con Vitteri Sánchez para el particular.

- Finalmente, no habiéndose acreditado en autos una concertación por parte de los encausados en su calidad de funcionarios del Municipio del Callao, con el representante legal de la empresa Urbe Sociedad Anónima, conforme se ha expuesto precedentemente; en consecuencia, la inadecuada supervisión de los encausados, respecto al pago indebido de un millón doscientos noventa y seis mil nuevos soles, así como la condonación de la multa a la empresa por la demora en la entrega del proyecto por la suma de cuatrocientos veinticuatro mil quinientos setenta y cinco nuevos soles, no constituye el delito incoado; toda vez que en dichas acciones se advierte negligencia, lo cual no puede ser sancionado penalmente; no habiéndose acreditado el ánimo doloso en cada una de las conductas de los encausados.

b) Que, en cuanto **al caso de la adquisición de cuarenta y cinco punto cinco toneladas métricas de leche entera en polvo en el año mil novecientos noventa y cinco**, imputado al encausado Marco Antonio Cerna Barco; en autos quedó establecido que el abastecimiento de la leche entera en polvo para el Programa Vaso de Leche estaba a cargo de la firma industrial de Granos Alimenticios IGASA, en el ejercicio fiscal de mil novecientos noventa y cinco, mediante proceso de licitación pública número cero uno guión noventa y cinco guión MPC, la cual fue interrumpida por decisión de dicha empresa, al haber incrementado el precio de la métrica de leche entera en polvo en el mercado internacional, por lo cual no pudo seguir cumpliendo con el cronograma de entrega; en tal sentido, se procedió a adquirir de manera directa conforme se desprende del contrato de suministro de leche entera en polvo -fojas tres mil noventa y ocho- con la empresa Corporación de Negocios y Servicios Generales Sociedad Anónima, representada por el señor Wilber Gutiérrez R -consignado así en el contrato-.

- Es importante resaltar que, si bien se realizó una adquisición directa de leche en beneficio del Programa Vaso de Leche, pese a que el artículo siete inciso a) de la Ley número veintiséis mil cuatrocientos cuatro - Ley de Presupuesto del Sector Público para el año mil novecientos noventa y cinco, dispone la Licitación Pública para dichas adquisiciones; sin embargo, dicha omisión al procedimiento de adquisición no constituye delito de Colusión Ilegal, al no advertir al igual que el caso precedente, que exista concertación entre el

encausado con el representante de Corporación de Negocios y Servicios Generales Sociedad Anónima; tanto más, si la adquisición se realizó mientras se realizaba el procedimiento de Licitación Pública, y con la finalidad de no interrumpir el Programa Vaso de Leche, el cual era una prioridad, pues se atendía a una gran cantidad de niños y personas de escasos recursos económicos. Que, en consecuencia, la actuación del encausado constituye una negligencia en el proceso de adjudicación de bienes y servicios que no advierten ánimo doloso alguno, que siendo así la absolución dictada en estos extremos está conforme a ley.

Quinto: Sobre el delito de Peculado imputado a los encausados Kurt Woll Muller, José Manchego Barrios, Marco Antonio Cerna Barco, Wilson Sánchez Arévalo, Roberto Franco Feliziani Soto y Jorge Fernando Fuertes Enciso (Caso DIGEMUN):

- Que, al delito de Peculado doloso se le define como el hecho punible que se configura cuando el funcionario o servidor público en su beneficio personal o para beneficio de otro, se apropia o utiliza, en cualquier forma, caudales o efectos públicos, cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública.

- Para la configuración de este tipo penal es necesario que con la conducta de apropiación o utilización de los bienes públicos por parte del agente haya causado un perjuicio al patrimonio del Estado o una entidad estatal. En consecuencia, el objeto del delito de Peculado -caudales o efectos- debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública (ROJAS VARGAS, Fidel, *Delito contra la administración pública*, Tercera Edición, Grijley, Lima, dos mil dos, página trescientos treinta y uno).

- Asimismo, para la configuración del delito de peculado no importa la cuantía de los caudales públicos apropiados o ilícitamente utilizados sino solamente que sean utilizados para fines ajenos al servicio aunque estos hayan sido devueltos.

- Respecto al caso DIGIMUN, en autos quedó acreditado con el Convenio de Servicios -fojas cuatro mil quinientos noventa y tres- que la Municipalidad Provincial del Callao suscribió con el representante de la Empresa DIGIMUN Sociedad Anónima, con fecha quince de mayo de mil novecientos noventa y cinco, para el desarrollo del proyecto integral de computación municipal y otras tareas del campo computación y de ingeniería de sistemas, el cual carecía de visación de la dirección de asesoría jurídica de la Municipalidad.

- Cabe indicar, que conforme se estableció en la sentencia recurrida, de la revisión del convenio precitado, se puede advertir que éste es una ampliación del convenio de servicio suscrito con fecha veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y nueve, donde se acordó encomendar a la empresa DIGIMUN Sociedad Anónima el desarrollo del proyecto de las tareas de campo computacional y de ingeniería de sistemas del Municipio; lo cual se corrobora con el convenio de servicios de fecha veinticuatro de junio de mil novecientos ochenta y nueve -fojas cuatro mil quinientos ochenta y tres del tomo noveno-, donde se advierte de la cláusula quinta -Vigencia y Plazo del Convenio- que señala: «**el Plazo de duración del convenio, es inicialmente hasta el treinta y uno de diciembre de mil novecientos ochenta y nueve, de ahí en adelante se renovará automáticamente por periodos anuales**».

- Aunado a ello, en autos no obra documento alguno de la Municipalidad del Callao así como de la empresa sobre el proyecto encomendado a DIGIMUN, por tanto se desconoce el resultado del mencionado proyecto, por el cual se cobró la suma de un millón doscientos ochenta y dos mil setenta y cinco con noventa céntimos de nuevos soles; lo cual si bien determina que no se efectuó el proyecto, no acredita con otro medio probatorio idóneo que los encausados en calidad de funcionarios de la Municipalidad Provincial del Callao se hayan apropiado de los caudales del Estado para su beneficio o beneficio de la empresa contratada.

Sexto: Que, teniendo en consideración que en el caso de autos los encausados Kurt Woll Muller y Marco Antonio Cerna Barco, han sido absueltos por los delitos imputados en su contra (Colusión y Peculado), carece de objeto el pronunciamiento respecto de las excepciones de naturaleza de acción deducidas; asimismo, sobre el pronunciamiento del Fiscal Supremo respecto a los recursos de nulidad interpuestos por los encausados Cerna Barco y Kurt Woll Muller -fojas nueve mil doscientos dieciocho y siguientes- contra la resolución que prescindió de los testimonios de los peritos ofrecidos por las partes; y considerando que pese a que en la propia audiencia de fecha doce de noviembre de dos mil nueve -fojas nueve mil doscientos veinte- se concedió el recurso, disponiendo se forme el cuaderno correspondiente; el mismo que de la revisión de los cuadernillos se aprecia que no se formaron; sin embargo, teniendo a la vista el expediente principal y habiéndose emitido el fallo absolutorio a los encausados antes referidos, también carece de objeto el pronunciamiento.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintinueve de diciembre de dos mil nueve -fojas nueve

mil ochocientos sesenta y seis- que declaró **Infundada** las excepciones de naturaleza de acción deducidas en juicio oral; **absolvió** por unanimidad a los acusados Rosa Gisel Robledo Alvarado, Giovanna Mía Vitteri Sánchez, Jorge Francisco Ríos Peralta, Héctor Dávila Brenner y José Alfredo Roca Morales de la acusación fiscal, por el delito contra la Administración Pública -Colusión Ilegal-, en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao, **absolvió** por unanimidad a Marco Antonio Cerna Barco de la acusación fiscal, por delito contra la Administración Pública -Colusión Ilegal-, en el caso del vaso de leche, en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao; **absolvió** por unanimidad a Kurt Woll Muller de la acusación fiscal, por el delito de Peculado, en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao; **absolvió** por mayoría a Roberto Franco Feliziani Soto de la acusación fiscal, por los delitos de colusión ilegal y peculado; a Juan Carlos Barboza Varillas, por el delito de colusión ilegal, a Wilson Sánchez Arévalo, por el delito de Peculado; a Juan Carlos Manfredi Von Der Heyde por el delito de colusión ilegal; a Marco Antonio Cerna Barco, por los delitos de colusión ilegal y peculado, a Kurt Woll Muller por el delito de colusión ilegal, en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao; **absolvió** por mayoría a los encausados (reos contumaces) José Justino Manchego Barrios, de la acusación fiscal por los delitos de peculado, malversación de fondos agravado y colusión ilegal; a Jorge Luis Maturrano Pérez por el delito de colusión ilegal y a Paul Roger Espinoza Babilón por el delito de colusión ilegal, en agravio de la Municipalidad Provincial del Callao; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso, y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

5. **Estándar probatorio para condenar**

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 1033-2010

Junín

Lima, treinta de marzo de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el procesado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA, contra la sentencia de fojas

quince mil trescientos ochenta y siete, del diecisiete de diciembre de dos mil nueve, que lo condenó por el delito contra la Administración Pública - colusión desleal -, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años; fijando en veinte mil nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada; interviniendo como ponente la Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: Agravios.-** Que el encausado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA, a fojas quince mil cuatrocientos treinta y uno, al fundamentar su recurso de nulidad formula los siguientes agravios: **a).** que el proceso de selección llevado a cabo ha cumplido con el objetivo de la adquisición; sin embargo, de denotarse algunas irregularidades éstas por ningún modo pueden derivar en una responsabilidad penal, por cuanto éstas se circunscriben al ámbito administrativo, hecho que incluso ha sido corroborado por la Contraloría General de la República; más aún, que el Consejo Superior de Contrataciones del Estado (CONSUCODE) jamás efectuó cuestionamiento alguno, por cuanto los errores que se manifestaron en la sentencia no eran de naturaleza gravitante; **b).** que cuando la recurrida se refiere a las irregularidades en la Escritura Pública de compra venta del terreno y en relación al hecho de no haber considerado en su elaboración determinados insertos se soslaya que al interior de una institución existen unidades orgánicas que se encargan de determinados actos, de modo que la encargada de la confección del instrumento contractual es la unidad de Asesoría Legal, quien se encarga de su redacción; **c).** que cuando la impugnada indica que el terreno adquirido no cumplía con los requerimientos y especificaciones técnicas, evidenciando un favorecimiento al vendedor, se omite demostrar cuál es la transgresión a la norma que exija lo que se cuestiona, de modo que no está probada ni acreditada falta alguna. Así, en ninguna parte de las bases se dice que por el terreno no debía pasar un río, por lo tanto, ninguna especificación técnica se ha transgredido. Es más, de acuerdo a las bases sólo se pedía que no existan redes de alta tensión; y, por otro lado, debería tener red eléctrica en el terreno o posibilidad de conducirla desde una distancia no mayor de quinientos metros de la red principal, contar con agua y desagüe, debiendo ubicarse el terreno cerca a una vía de acceso principal pavimentada, con ingreso al predio mediante carretera afirmada o trocha carrozable como mínimo, y, eso, efectivamente, cumplía y

cumple el terreno. Asimismo, en lo que corresponde a la descripción de un terreno de suelo saturado, con presencia de agua, esto no es ajeno a la realidad del suelo de Tarma, pues, generalmente, la napa freática está a cincuenta centímetros del suelo hacia abajo; por lo tanto, sea cualquier terreno de la ciudad, necesariamente, tiene que efectuarse un tratamiento, como es el de conseguir la implementación de pilotes; **Segundo: Hechos probados con anterioridad a la Sentencia impugnada.-** A fojas quince mil ciento sesenta y uno obra la sentencia del veintinueve de agosto de dos mil siete, la que devino en firme a mérito de la Ejecutoria Suprema, expedida en el recurso de nulidad número cuatro mil novecientos veintiuno – dos mil siete, su fecha veintidós de abril de dos mil nueve - fojas quince mil trescientos diecinueve -, en la cual se estableció estar probado en autos que sus co-procesados, hoy condenados, Humberto Yuji Miyazawa Nagay (Alcalde de la Municipalidad Provincial de Tarma), Rocío Mercedes Campos Gamarra y Pedro Hilario Huamán Chávez - funcionarios y miembros del Comité Especial de Adjudicación del terreno para la construcción del Mercado Mayorista «Manuel A. Odria» - conjuntamente con José Luis César Da Fieno Gandolfo - vendedor del terreno de cinco hectáreas sito a la altura del kilómetro treinta y ocho de la Carretera Central del Sector La Florida, Distrito de Accobamba, Provincia de Tarma - favorecieron a este último con el otorgamiento de la buena pro, a través de una adjudicación directa para la adquisición de dicho inmueble por la suma de quinientos mil dólares, para lo cual, incurrieron en diversas irregularidades en el proceso de adjudicación, habiendo pagado por el citado terreno la suma de diez dólares americanos por metro cuadrado, cuando el valor comercial ascendía sólo a la suma de tres dólares americanos; peor aún, considerando que no se trataba de un terreno con suelo firme para zona urbana, conforme se requería para la construcción del Mercado Mayorista «Manuel A. Odría», sino uno con suelo saturado, con presencia de agua, propio para actividades agrícolas. En tal sentido, todos ellos resultaron condenados por el delito contra la Administración Pública – colusión desleal – en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma; **Tercero: Hecho en que se funda la recurrida.-** Por su parte, la sentencia impugnada, obrante a fojas quince mil trescientos ochenta y siete, dictada únicamente contra el procesado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA determina que se encuentra establecida la responsabilidad de este último en la comisión del mismo evento y delito antes precisado, en su condición de Presidente del Comité Especial a cargo del proceso de adquisición materia de cuestionamiento; **Cuarto: Análisis de los Agravios:** Fijado lo anterior,

lo alegado por el citado acusado, en cuanto a que las irregularidades - que admite haberse presentado en la adjudicación cuestionada- no tienen carácter penal, sino que más bien tiene estricta connotación administrativa y, que algunas de éstas no son atribuibles a su persona (Primer Considerando acápites «a» y «b»); y que un mercado con las características físicas que presenta el bien en cuestión no está normativamente prohibido (Primer Considerando acápite «c» de la presente Ejcutoria); no resultan, argumentos idóneos para controvertir la condena dictada en su contra por las consideraciones siguientes: **I).** el delito imputado (colusión desleal) se manifiesta precisamente en el ámbito de los procedimientos de selección de contratantes que proveerán de obras, bienes o servicios al Estado; por tanto, conforme lo puntualiza el tratadista Fidel Rojas Vargas, «la actividad administrativa existe, antecede y le es previa al ámbito de relevancia penal», de modo que «los componentes materiales del tipo reúnen diversos comportamientos normativos de naturaleza administrativa extrapenal»[12]. Así entonces, en este delito en particular, las irregularidades administrativas son, precisamente, los indicios más comunes, de desapego de los funcionarios infractores a sus deberes de lealtad para con los intereses y pretensiones estatales, para priorizar pretensiones particulares lesivas a las que son propias de la administración pública (colusión desleal). Luego, en torno a la relación entre este tipo de indicios y la razonabilidad de una condena sustentada en éstos, cabe remitirnos a lo que también fuera señalado en la Ejecutoria Suprema antes anotada –ver Cuarto Considerando - , en el sentido que la prueba indiciaria es aquella cuyo objeto no necesariamente se encuentra relacionado directamente con el hecho constitutivo del delito, tal y como está descrito en la ley penal, sino con otro hecho intermedio que permite llegar al primero por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico existente entre los hechos probados y los que se tratan de probar; de modo que los elementos de prueba periféricos sólo crean certeza sobre la materialidad de un hecho como el imputado (concertación defraudatoria), valorados en su conjunto, y no de manera particular; **II).** de otro lado, en cuanto a la segunda alegación, centrada en la no prohibición de un mercado mayorista con las características que presenta el terreno adquirido, debe señalarse que el elemento intrínseco a la defraudación es el perjuicio para el Estado, el cual puede consistir en pérdidas directas, o en la privación de un lucro legítimo, o en la

[12] VARGAS ROJAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, enero 2007, p. 410

contratación bajo condiciones económicas poco ventajosas en comparación con otras opciones. Por ende, se constata que frente a la imputación que pesa contra el encausado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA y sus co-procesados (hoy sentenciados) de haber beneficiado indebidamente a la contraparte vendedora del terreno en cuestión, en perjuicio de la entidad agraviada, el antes mencionado, lejos de replicar que el terreno adquirido, en términos de ubicación, extensión o tipo de superficie, comparativamente, era mejor, o al menos igual, que otras posibilidades, formula un argumento manifiestamente esquivo a lo que es la discusión probatoria inherente al delito que se le imputa; **Quinto:** Consiguientemente, los agravios antes formulados no tiene entidad alguna para poner en cuestión las conclusiones probatorias a las que, en el caso de autos, se arribó en la Ejecutoria Suprema antes anotada, a saber: **[Irregularidades en el proceso de licitación y adjudicación directa con la finalidad de favorecer al vendedor]**: «**a).** Por Resolución de Alcaldía número mil ciento veintitrés, de fecha veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y nueve [fojas doscientos noventa y seis] se aprobó la adquisición y primera convocatoria a licitación, para la compra de un terreno destinado a la construcción del Mercado Mayorista «Manuel A Odría»; **b).** Por Resolución de Alcaldía número mil ciento treinta y tres de fecha tres de noviembre de mil novecientos noventa y nueve de fojas trescientos dos se aprueban las bases de la Licitación Pública número cero novecientos uno - MPT - noventa y nueve (...) estableciéndose fechas que no coinciden con las publicaciones que se efectuaron al respecto [fojas trescientos dos]; **c).** Al haberse declarado desierta la primera convocatoria se convoca a la segunda licitación, tal como se advierte de fojas trescientos treinta y uno, modificando el área mínima y la ampliación del radio de cobertura del terreno a adquirir - que coinciden con las características del terreno que posteriormente vía adjudicación directa iba a ofrecer el procesado Da Fieno Gandolfo -, así se establece que dichos cambios se habrían efectuado para dirigirlos de manera intencional hacia el predio del procesado en mención, esto se advierte de la lectura de la citada convocatoria, cuando dice textualmente «*que el terreno debe estar ubicado dentro de los siguientes límites (...), o sea, desde la Plaza de Armas a cinco mil doscientos metros lineales hacia el Sector La Florida*» – justamente, el sector La Florida es donde se ubica el terreno del encausado -; **d).** Posteriormente, al haberse declarado desierta la segunda convocatoria, mediante Resolución de Consejo número cero cero uno – dos mil –CM de fojas trescientos cincuenta se autoriza el procedimiento de adjudicación directa; **e).** A fojas trescientos sesenta y dos y trescientos

sesenta y tres obran las cartas simples y de los otros supuestos postores, indicándose montos mayores (treinta y cincuenta dólares por metro cuadrado) al ofertado por el procesado Da Fieno Gandolfo (diez dólares por metro cuadrado); al respecto, debe precisarse que estos postores habrían sido direccionados a efectos de obtener la elección de la oferta del citado Da Fieno Gandolfo, toda vez que uno de los supuestos postores Pablo Takahashi Soto ha referido a fojas cinco mil doscientos ochenta y siete que no participó en ninguno de los actos de licitación y que no recuerda cuánto ofertó en su carta cursada a la comisión, además, indicó que esta misiva fue remitida en razón a la invitación que le efectuaron; **f)**. No existe resolución que otorgue la buena pro al procesado, ni expediente técnico; **[El terreno no cumplía con los requerimientos y especificaciones técnicas, evidenciando un favorecimiento al vendedor]: g)**. El terreno adquirido no cumple con los aspectos técnicos de la convocatoria – el mismo que fue materia de una cuestionable modificación -, pues lo que se requería era un terreno que cuente con servicios de agua y desagüe, textura de suelo firme no deleznable; **h)**. A fojas cinco mil doscientos obra la Pericia realizada por los peritos Gamarra Amaro y Balvín Mandujano – ratificada a fojas siete mil novecientos treinta y dos y diez mil quinientos cuatro - en la que señalan que en el terreno del procesado Da Fieno Gandolfo, no existe alumbrado público, no hay agua potable, no existen pistas ni veredas, además es un terreno distante de la ciudad, no justificándose la modificatoria de la convocatoria para comprender el terreno del encausado; **i)**. El mercado mayorista no se encuentra en funcionamiento, justamente por lo inapropiado de la zona; **[Sobrevaloración del terreno rústico]: j)**. Según la citada Pericia de fojas cinco mil doscientos, el valor total del predio agrícola adjudicado es de quinientos veinticinco mil ciento setenta nuevos soles con setenta y ocho céntimo que equivale en dólares, al tipo de cambio a la fecha (tres punto cinco nuevos soles por dólar) a ciento cincuenta mil dólares, aproximadamente, lo que demuestra que la adquisición del terreno se ha sobrevalorado; **k)**. De acuerdo a la ampliación de la Pericia Contable de fojas cinco mil seiscientos cuatro el procesado Da Fieno Gandolfo sólo ha justificado la suma de cuatrocientos cincuenta mil dólares aproximadamente, teniendo un faltante de aproximadamente cincuenta mil dólares no justificados documentalmente; asimismo, se advierte que la mayor parte de los documentos sustentatorios corresponden a recibos por honorarios»; **Sexto**: A mayor abundamiento, cabe agregar que la inequívoca vinculación del acusado con el evento sub exámine se encuentra también acreditada por otros indicios probatorios, tales como: **A). Participación funcional del**

procesado en el procedimiento administrativo relativo a la compra del terreno en cuestión: a1. Reconocimiento por parte del propio procesado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA - conforme a su declaración instructiva de fojas mil ciento dieciséis:-: **i.** que ejerció la Dirección Municipal en la Municipalidad Provincial de Tarma desde setiembre de mil novecientos noventa y nueve; **ii.** que, con anterioridad, en la Sesión de Concejo del trece de mayo de dicho año, participó como Asesor Técnico de Desarrollo Organizacional, Sesión en la que se formó una Comisión para la elaboración del perfil de un nuevo proyecto, siendo que al día siguiente (catorce del mismo mes y año) se aprobó la necesidad de contar con un nuevo mercado; y **iii.** que, al mes siguiente de asumir la Dirección Municipal, esto es, octubre de mil novecientos noventa y nueve, se hizo cargo de la Presidencia del Comité Especial para la adquisición del terreno; **a2.** La designación del procesado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA como Presidente de dicho Comité, emerge de la Resolución de Alcaldía número novecientos cuarenta y tres-AL/MPT del cuatro de octubre de mil novecientos noventa y nueve (fojas doscientos noventa y ocho); **B). Iter seguido para la compra del terreno en cuestión: b1.** Las publicaciones efectuadas por el Comité Especial – presidido por el acusado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA – (fojas trescientos veinte y trescientos veintitrés) dando aviso de la *Primera Convocatoria* a la Licitación Pública número cero cero uno – MPT – noventa y nueve, programándose el acto público de adjudicación y buena pro para el día **tres de diciembre** de mil novecientos noventa y nueve; **b2.** El Informe emitido por el Comité Especial – presidido por el acusado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA – que atendió «la observación presentada por el Señor José L. Da Fieno», dando lugar a la Resolución de Alcaldía número mil doscientos cuarenta y uno / noventa y nueve / AL /MPT del **seis de diciembre** de mil novecientos noventa y nueve (fojas trescientos veintisiete), resolviendo: **a).** aprobar las Bases de la Licitación Pública número cero cero uno – MPT- noventa y nueve, en su *Segunda Convocatoria*; y **b).** acoger la observación presentada por el postor [José L. Da Fieno] e integrar las bases y constituirlas como reglas definitivas que debían regir para dicho proceso; **b3.** La Resolución del Concejo [de Alcaldía] número cero cero uno – dos mil – CM del **doce de enero del dos mil** – fojas trescientos cincuenta y cuatro - aprobando la Exoneración al proceso de Licitación Pública y encargando llevar a cabo el proceso de adjudicación directa al Comité Especial, conforme así se alude en el Oficio de fojas trescientos cuarenta y cuatro y siguiente; **b4.** Las cartas de fecha **veinte de enero del dos mil** remitidas por el procesado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA – en su calidad

de Presidente del Comité Especial - solicitando propuestas de venta a las personas de José L. Da Fieno Gandolfo (fojas trescientos sesenta y uno) y otros (fojas trescientos cincuenta y nueve y trescientos sesenta); **b5.** Acta de la Sesión de adjudicación directa del **treinta y uno de enero del dos mil** en la que con presencia y participación del procesado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA – en su calidad de Presidente del Comité Especial – se le adjudicó la compra del terreno en referencia al procesado (hoy sentenciado) José Da Fieno Gandolfo, único postor presente en dicho acto (fojas doscientos ochenta y siete); **b6.** La responsabilidad administrativa hallada en el caso del procesado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA, en su condición de Director Municipal, por permitir la iniciación de la obra (Mercado Mayorista) sin que ésta cuente con el sustento técnico y económico de la factibilidad del referido Proyecto, y disponer su ejecución sin contar previamente con el estudio de impacto ambiental y el correspondiente expediente técnico integral debidamente aprobado, tal y como se desprende del Informe número cero veintitrés – dos mil dos –CG/SHU – Examen Especial de Verificación de Denuncia en la Municipalidad Provincial de Tarma – Departamento de Junín (Periodo Mayo noventa y nueve a Setiembre dos mil uno) - emitido por la Contraloría General de la República – Sede Regional de Auditoría Huancayo (fojas nueve mil quinientos cincuenta y nueve vuelta); advirtiendo este Supremo Colegiado, del íter antes descrito, una predisposición del orden de cosas dirigido a la adquisición del citado terreno y no otro; lo que aunado a la conclusión del precitado Informe queda claro que la adquisición del terreno en referencia tampoco se encontraba engarzada dentro de una obra planificada y concebida como un proyecto integral debidamente sustentado, coligiéndose que dicha contratación obedeció, más bien, a un acuerdo común de defraudación al Estado, al cual estuvo adherido al procesado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA, expresado en los actos materiales en los que tuvo parte, en el modo antes detallado; justificándose, por ende, la condena dictada en su contra; **Sétimo:** Por lo demás, en lo atinente a las consecuencias jurídicas establecidas en la recurrida respecto del encausado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA, tanto la pena como el monto de la reparación civil, no son excesivos ni arbitrarios; máxime si se considera que, en su caso, su juzgamiento estuvo reservado desde el veintinueve de agosto del dos mil siete – ver fojas quince mil doscientos treinta y seis – hasta su apersonamiento recién el cinco de octubre del dos mil nueve – ver fojas quince mil trescientos cuarenta y cuatro– no obstante lo cual se le impuso la misma pena que a sus co-procesados condenados en la primera sentencia; ocurriendo lo propio en cuanto al monto de

la reparación civil, en este último caso, tal y como así lo establece la Ejecutoria Suprema vinculante recaída en el Recurso de Nulidad número doscientos dieciséis – dos mil cinco –; **Octavo:** Finalmente, cabe precisar que conforme se desprende del Dictamen Acusatorio de fojas doce mil quinientos cuarenta y ocho, la parte agraviada sólo está constituida por la Municipalidad Provincial de Tarma, debiendo en este extremo corregirse la recurrida que erróneamente consignó al Estado como un segundo agraviado; Por estos fundamentos, declararon, **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quince mil trescientos ochenta y siete, su fecha diecisiete de diciembre de dos mil nueve, que condenó al procesado JESÚS ELISEO NIEVA BALDOCEDA por el delito contra la Administración Pública - colusión desleal -, en agravio de la Municipalidad Provincial de Tarma, a cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de prueba de tres años; y fijó en veinte mil nuevos soles, el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar el sentenciado a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

6. Nulidad de fallo absolutorio

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3555-2010

CUSCO

Lima, catorce de julio de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el Fiscal Superior Mixto y la PARTE CIVIL (Procurador Público Municipal Distrital de San Pedro), contra la sentencia de fojas cuatrocientos doce, del veintiséis de julio de dos mil diez, que absolvió al encausado JESÚS ELOY RODRÍGUEZ DURAND, por delito contra la Administración Pública –delitos cometidos por funcionarios públicos- en la modalidad de **peculado doloso agravado**, tipo específico **apropiación de caudales en administración confiados en razón de cargo destinado a**

Programas de Apoyo Social; concusión, sub tipo **colusión desleal**; y en la modalidad de peculado, sub tipo **malversación de fondos**; todos en agravio de la Municipalidad Distrital de San Pedro y FONCODES; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla, de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.- I).** El Fiscal Superior, al fundamentar su recurso a fojas cuatrocientos treinta y dos, cuestiona que: **a).** el referido acusado en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Pedro, Provincia de Canchis, en el periodo comprendido entre los años dos mil tres al dos mil seis, celebró dos Convenios con FONCODES -Cusco, el primero en el año dos mil cinco; y, el segundo, en el dos mil seis, para realizar diversas obras. Con tal fin, recibió dinero en efectivo, para el Proyecto Pequeño Sistema de Riego de San Pedro, la cantidad de ciento sesenta y cuatro mil doscientos noventa y un nuevos soles; para la obra Agua Potable Cuchuma, ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles; y para Canal de Riego Paschacucho, ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles; **b).** en lo que se refiere al delito de peculado doloso agravado, existen pruebas de cargo como el Informe Pericial, que corre en autos a fojas doscientos veintidós, y otros que demuestran la comisión del delito, desprendiéndose que el acusado de manera dolosa se ha apropiado para sí y otros, caudales cuya administración le fueron confiados, los mismos que estaban destinados a fines asistenciales y programas de apoyo social; **c).** sobre el ilícito de colusión desleal, en el proceso obran dos contratos de servicios personales a favor de Rubén Ángel Sierra Palomino, evidenciándose que en éstos hubo colusión, pues las sumas consignadas en éstos han sido cobradas, en su nombre, pero por terceras personas y no directamente por el antes mencionado; **d).** en lo que respecta al delito de malversación de fondos, se concluye que está probado que el Proyecto Agua Potable del distrito de San Pedro, no se llegó a ejecutar, ya que dichos fondos habían sido destinados a otros rubros, como es la ampliación del Canal de Riego Pachaccucho; **II).** En similar sentido, la PARTE CIVIL, a fojas cuatrocientos cuarenta, formula los agravios siguientes: **a).** que el Colegiado Superior no ha tomado en cuenta el Informe emitido por FONCODES – Cusco de fojas veintiséis, cuyas conclusiones y recomendaciones demuestran el mal uso o destino injustificado de los recursos económicos presupuestados e indebidamente utilizados en la apertura de tajo abierto, el que no reportó ningún beneficio, puesto que el mismo se realizó como un ensayo, quedando abandonado por haber cerrado el espacio para el

paso del agua, muestra clara de la improvisación, sin ningún Expediente Técnico, Estudio de Suelos y Medio Ambiente; siendo que en ese Proyecto se han desviado los fondos de transferencia del programa financiado por FONCODES; **b).** que no se ha tomado en cuenta la ratificación del Informe Pericial Contable, así como la Evaluación Técnica emitida por Ingenieros Civiles en calidad de peritos oficiales, determinando que el costo real de la obra solamente es de cuatrocientos cuarenta y ocho mil ochocientos sesenta y ocho nuevos soles con setenta y siete céntimos, en tanto que según la liquidación financiera el costo de la obra asciende a seiscientos veintinueve mil ochocientos veintiocho nuevos soles con noventa céntimos, más las deudas por pagar por el monto de ciento veinticinco mil veinticuatro nuevos soles con cuarenta y cuatro céntimos, lo que sumado, da un costo total de la obra ascendente a setecientos cincuenta mil ochocientos cincuenta y tres nuevos soles con treinta y cuatro céntimos, resultando una sobrevaloración de trescientos un mil novecientos ochenta y cuatro nuevos soles con cincuenta y siete céntimos, la misma que sustenta el peculado; **c).** que en la diligencia de inspección ocular se ha demostrado *in situ* la falta de disponibilidad del recurso hídrico; **Segundo: Imputación Fiscal. I).** Según la denuncia de fojas cincuenta y cuatro, se atribuye al acusado JESÚS ELOY RODRÍGUEZ DURAND la comisión del delito de peculado doloso agravado, imputándosele que durante su ejercicio como Alcalde de la Municipalidad de San Pedro, gestión dos mil tres -dos mil seis, se realizaron dos obras (que en el fondo es una sola) de proyección social, consistentes en la ejecución de la Obra: «Pequeño Sistema de Riego San Pedro» y/o «Canal de Riego Pakchakucho», ejecutada en forma incompleta, con fondos transferidos por FONCODES, así como con los fondos económicos de la Municipalidad, provenientes del Foncomún, Canon, Sobrecanon y Recursos directamente recaudados; siendo que los técnicos mediante el Informe número cero ciento diecisiete -dos mil siete-FONCODES/EZ-CUSCO, del dieciséis de octubre de dicho año, al hacer una verificación *in situ* de la obra, han constatado que su construcción, tiene una serie de irregularidades; significando que el Pequeño Sistema de Riego San Pedro, priorizado en el Convenio del año dos mil cinco, es el mismo que el Canal de Riego Pakchakucho (ampliación) priorizado en el Convenio dos mil seis; es decir, que es una misma obra, pero con diferentes nombres, hecho que no fue informado a FONCODES; puntualizando que el citado encausado, en su condición de funcionario público, se habría apropiado en forma dolosa de dineros pertenecientes a las obras que debían ejecutarse a favor de la comunidad, tal como el Pequeño Sistema de Canal de Riego

de San Pedro o Pakchakchaca por el monto de quinientos cinco mil novecientos cincuenta y nueve nuevos soles con diecisiete céntimos, el mismo que es un monto controvertido y que no representa los gastos realizados en la ejecución de los proyectos; **II)**. A fojas noventa y cinco, se amplía la denuncia por el delito de malversación de fondos, imputándosele al precitado acusado que en el año dos mil cinco FONCODES transfirió el monto de ciento sesenta y cuatro mil doscientos noventa y un nuevos soles, para financiar la ejecución de la Obra Pequeño Sistema de Riego de San Pedro, en el año dos mil seis, se transfirió la suma de doscientos veinticinco mil trescientos dieciséis nuevos soles para financiar la ejecución de las Obras: Canal de Riego de Pakchacucho (ampliación) -ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles- y Agua Potable de Ccuchuma -ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles- (obra no ejecutada), habiendo sido utilizado todo el dinero transferido en la primera obra, sin dar cuenta a FONCODES, transgrediendo el Convenio suscrito; **III)**. Otra imputación en su contra es haber suscrito contrato de ejecución de Expediente Técnico y Obra de Riego Unukallana con el Ingeniero Civil Rubén Ángel Sierra Palomino, en el que habría existido colusión en la celebración de dicho contrato, dado que existen dos contratos diferentes y los cobros realizados son por personas distintas pero con el nombre del antes mencionado; **Tercero: Análisis en lo relativo a la imputación por el delito de Peculado Doloso Agravado.- I)**. De cara al presente examen, corresponde centrarnos en la conducta típica nuclear (pudiendo prescindirse en este análisis del objeto material que sustenta la agravante). Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, la figura del peculado sanciona al funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Tal apropiación supone que el sujeto activo del delito, lejos de observar los deberes positivos que le competen para preservar la integridad de los caudales que tiene confiados o sobre los que tiene facultades de disposición, quebranta el mandato prohibitivo de no apartarlos, en parte, o en su totalidad, de la esfera de dominio de la entidad pública agraviada, e, ilícitamente, los hace suyos, incorporándolos al ámbito de su patrimonio propio, o, eventualmente, de terceros. Así entonces, en el caso de recibirse fondos públicos para que sean destinados a la ejecución de una obra, tal situación irroga para el agente funcionarial deberes tales como: (i) la acreditación de haberse ejecutado -debidamente- dichos caudales, vía una sustentación confiable; y (ii) la ejecución de la obra en condiciones

que no evidencien un nivel de deficiencias técnicas que desvirtúen la veracidad del monto supuestamente ejecutado en aquella, peor aún, si supera lo presupuestado para ésta. Lo contrario, conllevaría a concluir que los dineros públicos recibidos fueron objeto de aprovechamiento particular o de terceros; **II).** Del estudio y revisión de autos, se aprecia que el Tribunal Superior no ha efectuado un debido examen de los hechos imputados, ni tampoco una adecuada valoración de la prueba. En efecto, la recurrida establece que «*está probado con el Informe Pericial Contable oficial (...) que el Proyecto de Agua Potable Cuchuma, que tenía una asignación de ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles* ***no se llegó a ejecutar***» –véase fojas cuatrocientos dieciocho; sin embargo, al mismo tiempo, concluye que «*con relación al delito de peculado doloso agravado por apropiación, en el presente caso, no existe ni un solo elemento probatorio que de manera fehaciente e irrefutable pruebe que el acusado JESÚS ELOY RODRÍGUEZ DURAND, en su condición de Alcalde, se haya apropiado, apoderado, adueñado, o quedado, [con] los dineros que provenían de FONCODES para la ejecución de las obras públicas o de la Municipalidad Distrital de San Pedro...*» –véase fojas cuatrocientos diecinueve-; conclusión que luce incongruente con un pronunciamiento absolutorio, si se tiene en cuenta que la imputación fiscal toma como punto de partida, precisamente, la misma premisa que la recurrida, esto es, la inejecución de la obra en referencia, formulando como hipótesis que los dineros no gastados en aquella fueron objeto de apropiación ilícita, toda vez que habrían sido inconsultamente re-direccionados hacia otra obra cuyas deficiencias técnicas tornan en inverosímil el monto que se dice haber invertido en esta última; hechos éstos que no han sido suficientemente examinados, tanto más si ni siquiera ha explicado qué mérito probatorio tienen los dictámenes periciales actuados en el proceso –y admitidos conforme a los proveídos de fojas doscientos dieciséis y doscientos treinta-, ambos con conclusiones no exculpantes, a saber: **A).** El Peritaje Contable –que corre en Cuaderno Desagregado- suscrito por los contadores Hilda Josefina Vílchez Tito y Justino Escalante Puma –ratificado por ambos profesionales a fojas doscientos noventa y nueve- [cuyas conclusiones, entre otras, son: **i]** que el citado acusado, en el periodo de su gestión dos mil cinco y dos mil seis, firmó Convenio con FONCODES para ejecutar *cuatro* Proyectos por el importe de quinientos nueve mil seiscientos siete nuevos soles; ejecutando, sin embargo, solamente *dos*, no cumpliendo con lo relativo al Proyecto «Agua Potable de Cuchuma»; **ii]** que los gastos realizados para la ejecución de la obra «Canal de Riego Pacchacucho (ampliación)», del distrito de San Pedro, de acuerdo al resumen de gastos, asciende a

seiscientos veinticinco mil ochocientos veintiocho nuevos soles con noventa céntimos; existiendo una deuda por pagar por ciento veinticinco mil veinticuatro nuevos soles con cuarenta y cuatro céntimos (véase fojas cuatro de dicho Cuaderno)]; y **B**). El Informe Pericial de fojas doscientos veintisiete, suscrito por los Ingenieros Civiles Eloy Velarde Velásquez y Manuel Hugo Gonzáles De La Vega -ratificado por ambos profesionales a fojas doscientos treinta y cinco- [una de cuyas conclusiones es no haberse demostrado que el costo total de la obra a ejecutarse por administración directa resulte igual o menor al Presupuesto Base, situación que reflejaría una malversación de fondos en la liquidación de la obra (véase fojas doscientos veintinueve)]; máxime si tampoco se ha valorado el que habiendo el encausado reconocido la no ejecución de la obra relativa al Agua Potable en Cuchuma -véase fojas trescientos ochenta y uno- al ser preguntado cómo es que tenía autorización para la variación de ejecución de la obra, y cómo es que FONCODES indica que no se le consultó, señala: «*no puedo contestar ...*» -véase fojas trescientos setenta y siete; **Quinto: Respecto a los demás ilícitos penales imputados-** No satisfecha una debida dilucidación de si existe o no un contexto de ilicitud en torno al viraje de los recursos recibidos para un Proyecto hacia otro, por ende, lo señalado precedentemente es de recibo para el otro delito incriminado de Malversación de Fondos. Por otra parte, en lo relativo a la imputación por el ilícito de Colusión Desleal, debe significarse que la recurrida -véase fojas cuatrocientos diecinueve- ha ingresado al *análisis de fondo*, sin que previamente haya dilucidado si, en el caso de autos, éste es posible; ello, a la luz de su carácter de delito de encuentro, que exige concertación entre un funcionario público y un *partícipe necesario*; **Sexto:** Que, por consiguiente, al no haberse examinado debidamente los cargos formulados por la Fiscalía, corresponde aplicar el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales; en consecuencia, rescindir la sentencia impugnada y convocar a un nuevo juicio oral; debiendo disponerse, de considerarse pertinente, otras diligencias para el mejor del esclarecimiento del *thema probandum;* Por estos fundamentos, declararon **NULA** la sentencia de fojas cuatrocientos doce, del veintiséis de julio de dos mil diez, que absolvió al encausado JESÚS ELOY RODRÍGUEZ DURAND, por el delito contra la Administración Pública -delitos cometidos por funcionarios públicos- en la modalidad de **peculado doloso agravado**, tipo específico **apropiación de caudales en administración confiados en razón de cargo destinado a Programas de Apoyo Social**; en la modalidad de concusión, sub tipo

colusión desleal; y en la modalidad de peculado, sub tipo **malversación de fondos**; todos en agravio de la Municipalidad Distrital de San Pedro y FONCODES; **MANDARON**: se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente Ejecutoria; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

7. **Insuficiencia de prueba de cargo**

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 3668-2010

Ica

Lima, diecinueve de octubre de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el señor Fiscal Superior y el señor Procurador Público Anticorrupción contra la sentencia de fojas mil quinientos tres, de fecha doce de octubre de dos mil diez; de conformidad, en parte, con lo opinado por la señora Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Villa Stein**; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Ucayali en su escrito de fundamentación de agravios de fojas tres mil ciento sesenta y ocho, alega que no se valoró debidamente los elementos de prueba de cargo; en este orden de ideas, destaca que la procesada Magna Elena Bazán Ojeda ó Elena Magna Bazán Ojeda recibió la suma de treinta y cuatro mil setecientos cincuenta y tres nuevos soles según el comprobante de pago número cero cero tres, de fojas mil dieciocho, no habiendo sustentado con documento alguno los gastos respectivos; por lo que, incurrió «en un ilícito penal». **Segundo:** Que, conforme se advierte de la acusación fiscal de fojas dos mil doscientos diecinueve se atribuye a la procesada Magna Elena Bazán Ojeda ó Elena Magna Bazán Ojeda, que en su condición de secretaria de la Municipalidad Provincial de Puerto Inca, haber recibido la suma de treinta y cuatro mil setecientos cincuenta y tres nuevos soles, conforme al comprobante de pago número cero cero tres –

noventa y nueve, sin embargo, no sustentó debidamente el gasto de dicho monto de dinero; de esta manera se habría apropiado de caudales o fondos provenientes del Estado. **Tercero:** Que, los hechos imputados a la procesada Magna Elena Bazán Ojeda ó Elena Magna Bazán Ojeda, han sido tipificados en los artículos: ciento noventa - tercer párrafo- del Código Penal - delito de apropiación ilícita de fondos y viáticos -, artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal - delito de colusión desleal - y en el artículo trescientos ochenta y siete del citado Código Sustantivo – delito de Peculado -, debiéndose puntualizarse la ausencia de un juicio de subsunción en cada uno de los tipos penales de los delitos anotados, deficiencia, que también resulta atribuible al impugnante, al afirmar - en su escrito de fundamentación de agravios de fojas tres mil ciento sesenta y ocho - que la precitada procesada incurrió en la comisión de «un ilícito penal», sin referencia a los hechos punibles en cuestión. **Cuarto:** Que, en consecuencia, la discusión planteada en el recurso impugnatorio radica en determinar, inicialmente, : *a)* Si los hechos incriminados a la citada encausada, configuran los ilícitos penales imputados, es decir, si puede determinarse que la conducta fáctica atribuida a la precitada se subsume dentro de los supuestos normativos establecidos en los tipos penales invocados, y *b)* Si existen suficientes medios probatorios que acrediten la responsabilidad penal de la procesada, de acuerdo a la masa fáctica atribuida, esto es, determinar si el hecho de relevancia jurídico penal es imputable objetivamente a la citada, de tal manera que puedan ser condenada. **Quinto:** Que, debemos relievar, que de acuerdo a las imputaciones fácticas que versan contra la procesada Magna Elena Bazán Ojeda, se tiene que el monto de dinero que supuestamente se le atribuye haber cobrado en su condición de secretaria de la Municipalidad Provincial de Puerto Inca, provenía de la citada comuna agraviada, por tanto, al constituir fondos públicos no puede tipificarse como apropiación ilícita de fondos y viáticos; sino más bien, su conducta ilícita incriminada configuraría el delito de peculado, toda vez que, como servidora pública se habría apropiado de caudales cuya percepción y administración le fueron confiados a razón de su cargo. En cuanto al ilícito de colusión desleal, estando a la descripción de la imputación, no concurren los elementos configurativos del delito referido, en tanto, que se materializa cuando «el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismos del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes,

liquidaciones o suministros»; supuestos que no son aplicables en el presente caso. **Sexto:** Que, establecidos los contornos jurídico penales, corresponde circunscribir nuestro análisis al delito de peculado, debiendo puntualizarse que el delito de peculado (artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal), el sujeto activo debe apropiarse o utilizar, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo. Siguiendo la doctrina jurisprudencial de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, establecida en el Acuerdo Plenario número cuatro — dos mil cinco/CJ — ciento dieciséis, de fecha treinta de septiembre de dos mil cinco, se afirma que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: **a)** *existencia de una relación funcional* entre el sujeto activo *y* los caudales y efecto; **b)** la percepción, administración o custodia; **c)** la apropiación y/o utilización; **d)** el destinatario: para sí o para otro; **e)** *caudales o efectos.* Por otro lado, el principio de responsabilidad penal, consagrado en el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal, establece que toda forma de responsabilidad objetiva está prohibida, en consecuencia para determinar que una persona es jurídico- penalmente responsable de la comisión de un delito, no sólo se debe tener en cuenta el resultado, sino, es necesario que su concreta intervención se encuentre acreditada. **Sexto:** Que, fijado el referente jurisprudencial anotado y contrastado con el caso *sub examine*, se concluye que no se encuentra fehacientemente acreditada la responsabilidad de la precitada inculpada, ya que, si bien en la instrumental de fojas mil dieciocho, correspondiente al comprobante de pago número cero cero tres - noventa y nueve - al que hace referencia el impugnante a fojas tres mil ciento sesenta y nueve -, se consigna que fue girado a favor de la procesada Magna Elena Bazán Ojeda; empero, dicha instrumental no se encuentra autorizada con firma o visación pertinente, por parte de algún funcionario de la Municipalidad Provincial de Puerto Inca, para su cobranza por la indicada procesada, no acreditándose, por ende, la entrega de dicha suma de dinero a su favor. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintisiete de noviembre del dos mil nueve, obrante a fojas tres mil ciento cuarenta y ocho, que absolvió a Magna Elena Bazán Ojeda o Elena Magna Bazán Ojeda del delito contra el Patrimonio - apropiación ilícita de viáticos, de los delitos contra la Administración Pública - colusión desleal y peculado -, en agravio de la Municipalidad Provincial de Puerto Inca y el Estado, con lo demás que contiene sobre el particular, y los devolvieron.-

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES

8. **Nulidad de fallo absolutorio**

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3953-2010

Amazonas

Lima, veinte de julio de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el Fiscal Superior contra la sentencia de fojas tres mil doscientos cuarenta y tres, del uno de octubre de dos mil diez, en el extremo que absuelve a JUAN CARLOS DÍAZ SÁNCHEZ, DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ, NEIL EDWIN JURADO UGARTE y LUIS ARNALDO MELGAREJO MEJÍA de la acusación fiscal por el delito contra la Administración Pública -peculado-; y a los *dos primeros*, además, de los cargos por el delito de colusión desleal; asimismo, a MIGUEL ÁNGEL TRAUCO TRIGOSO del delito de cohecho pasivo propio; todos en agravio del Estado, representado por la Dirección Regional de Salud de Amazonas; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** El Fiscal Superior, al fundamentar su recurso a fojas tres mil doscientos setenta y dos, sostiene lo siguiente: a). que no se han valorado cada una de las pruebas que obran en autos, obviándose que está acreditado que no se llevó a cabo el proceso de adjudicación directa selectiva, conforme a lo dispuesto por ley, y, en forma apresurada, se otorgó la buena pro a una empresa inexistente como lo es INDUSTRIAL SOCIEDAD DE RESPONSABILIDAD LIMITADA, la que no aparecía inscrita en el Registro Nacional de Contratistas, habiendo existido una concertación para defraudar al Hospital de Apoyo de Chachapoyas; b). que, en ese sentido, no está acreditado que se haya invitado a dicho proceso de selección a las empresas constituidas en Amazonas ni del resto del país; a lo que se suma el hecho que Neil Edwin Jurado Ugarte, ha manifestado en el proceso que él solamente firmó los documentos por encargo, expresando que no es representante de la empresa antes referida; c). que también está acreditado que con la finalidad de

favorecer a la citada empresa, se le hicieron pagos de forma irregular, contando solamente con un informe de avance de obra que no cumplía con los requisitos mínimos ni una valorización; **d)**. que, asimismo, está probado que MIGUEL ÁNGEL TRAUCO TRIGOSO, siendo trabajador de la entidad agraviada, también trabajó para la empresa favorecida, razón por la que emitió el Informe número cero ocho -dos mil dos en el que, indebidamente, hizo constar un avance de la obra en un setenta por ciento, ocurriendo lo propio con el Informe número once de fojas novecientos veintidós, habiendo recibido pagos de aquellas a pesar que fue designado supervisor a tiempo completo y a exclusividad de la entidad agraviada; **e)**. que, de igual forma, en cuanto a NEIL EDWIN JURADO UGARTE, se señala que éste, con la finalidad de beneficiar a la empresa favorecida, se coludió con los procesados DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ y MIGUEL ÁNGEL TRAUCO TRIGOSO a quien hábilmente ha utilizado para sus fines, habiendo durante el proceso incurrido en contradicciones; **Segundo: Imputación Fiscal.- I)**. Según la acusación de fojas mil quinientos cuarenta y ocho, ampliada a fojas dos mil setecientos diez, todos los cargos tiene en común estar relacionados al Contrato de Obra número cero ocho - dos mil dos-CTAR-AMAZONAS-HACH/D del **quince de febrero de dos mil dos**, por ciento cincuenta mil nuevos soles, para el «Cambio del Sistema Eléctrico en las instalaciones del Hospital de Apoyo de Chachapoyas» [fojas ciento treinta y cinco]; **II)**. Que los hechos atribuidos a los encausados JUAN CARLOS DIAZ SÁNCHEZ - Director del Hospital-, DIANA LUZ BAUSTISTA DE LA CRUZ - Directora Ejecutiva de Administración-, y NEIL EDWIN JURADO URIARTE -representante de la empresa C&A Industrial SRL-, son: **[A. Imputaciones por delito de Peculado]: A1. «Pago en exceso a la Empresa C & A Industrial SRL por la suma de treinta y un mil doscientos sesenta y seis nuevos soles con setenta y seis céntimos»**: Se pagó a la empresa C & A Industrial SRL el monto de ciento cincuenta mil nuevos soles (realizándose los siguientes desembolsos: i). con fecha dieciocho de febrero de dos mil dos: treinta mil nuevos soles; ii). once de marzo del mismo año: cuarenta y cinco mil nuevos soles; iii). quince de abril del indicado año: setenta y cuatro mil nuevos soles; iv). seis de abril de dos mil dos: mil nuevos soles). Sin embargo, de acuerdo a lo determinado en el Informe de Inspección Técnica de fojas ciento noventa y tres, se comprueba que el contratista no cumplió con lo pactado en el citado contrato de fojas ciento treinta y cinco, dado que: **i]**. varió la instalación de interruptores termomagnéticos de los tableros (cambio valorizado en mil cuatrocientos noventa y un nuevos soles con treinta y cinco céntimos); **ii]**. instaló como

interruptores generales de los tableros con corriente de apertura de dieciocho k.A en lugar de veinticinco k.A, (variación valorizada en dos mil ciento sesenta y siete nuevos soles con cero un céntimos); iii]. varió el suministro de conductores y cinta aislante, debiendo de instalar quinientos rollos de conductor eléctrico sólido número doce AGW (rollo de cien metros), instala solamente cien rollos de dicho conductor (cambio valorizado en veintidós mil seiscientos treinta y dos nuevos soles con cuarenta céntimos); iv]. varió la instalación de artefactos de iluminación al haber instalado equipos simples de treinta W sin pantalla acrílica en lugar de treinta y seis W completos (diferencia valorizada en cuatro mil doscientos veintiocho nuevos soles); v]. no ha cumplido con presentar la liquidación de obra, planos finales, memoria descriptiva valorizada, el monto calculado es de cero punto cinco por ciento del monto del contrato, siendo setecientos cincuenta nuevos soles; A2. **«Se pagó indebidamente la suma de catorce mil treinta y dos nuevos soles con ochenta y seis céntimos por no haber previsto que la obra sea ejecutada por un contratista del departamento de Amazonas»**: i]. Conforme a lo demostrado por el citado Informe Especial número cero cero uno – cuatro mil setecientos ochenta y tres – dos mil cuatro de fojas ciento cincuenta y cinco, y el Informe de Inspección Técnica a la obra de fojas ciento noventa y tres, de haberse ejecutado por un contratista del departamento de Amazonas, el presupuesto promedio de ésta sería de ciento treinta y cinco mil novecientos sesenta y siete nuevos soles con catorce céntimos; presupuesto promedio, menor al pagado [ciento cincuenta mil nuevos soles], debido a que algunos rubros están exonerados del Impuesto General a las Ventas, del cual gozan las empresas ubicadas en la Amazonía; ii]. Está probado en autos, mediante los Oficios de fojas ciento veinticuatro a ciento veintisiete, que la procesada DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ, en su condición de Presidenta de la Comisión de Adjudicación Directa Selectiva, solamente invitó a participar en dicho proceso de selección a empresas de la ciudad de Lima y a PROMPYME (Lima), no existiendo evidencia que se haya invitado a participar a postores que están comprendidos en la Ley de Promoción de Inversión de la Amazonía, los que, de acuerdo a Ley, incluso tienen una bonificación del diez por ciento en el proceso de selección, cuando se tratan de adjudicaciones directas selectivas, como en el presente caso; A3. **«Existencia de sobre valorización en el costo de la obra por la suma de siete mil quinientos sesenta nuevos soles con cinco décimos»**: i]. En la Resolución Directoral del Hospital de Apoyo – Chachapoyas número trescientos ocho –dos mil uno -CTAR-AMAZONAS-DRS/DHACH de fojas doscientos cuarenta y siete, en

su artículo primero determina que los ciento cincuenta mil nuevos soles asignados en la ampliación del Calendario de Compromisos del mes de diciembre de dos mil uno, sería destinado, exclusivamente, para la reparación del Sistema Eléctrico del Hospital de Apoyo - Chachapoyas; **ii]**. Que el monto (ciento cincuenta mil nuevos soles) según la Inspección Técnica de la Obra de fojas ciento noventa y tres, se convirtió en valor referencial, estableciéndose como tal en las bases de la Adjudicación Directa Selectiva número cero cero uno- dos mil uno -DHACH, el cual fue fijado sin estudio técnico, por tanto, al no haberse precisado el detalle de los costos estimados para determinar el valor referencial, el costo final de la obra presenta una sobre valoración del orden de los siete mil quinientos sesenta nuevos soles con cinco décimos, conforme también se ha establecido en el Informe Especial de fojas ciento cincuenta; **A4. «Se han realizado pagos irregulares a favor de la empresa contratista en perjuicio de la entidad agraviada»: i]**. Mediante Resolución Directoral del Hospital de Apoyo – Chachapoyas número trescientos ocho –dos mil uno, de fojas doscientos cuarenta y siete, del veintinueve de diciembre de dos mil uno, se encarga el manejo de los ciento cincuenta mil nuevos soles a MANUEL ESPIRITU JALK RUIZ, Cajero Pagador de la entidad agraviada, precisando que dicha suma está destinada exclusivamente para la reparación del Sistema Eléctrico del Hospital; **ii]**. Con el Memorando número cero cuarenta y uno –dos mil dos -CTAR-AMAZONAS-DRSA-HACH/DREA, del quince de febrero de dos mil dos de fojas cuatrocientos ochenta y dos, la procesada DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ, Directora Ejecutiva de Administración, le autoriza al Cajero MANUEL ESPÍRITU JALK RUIZ hacer efectivo el pago de treinta mil nuevos soles, equivalente al veinte por ciento del contrato, en calidad de adelanto, empleado público que dio cumplimiento a dicha orden, extendiendo el recibo de fojas doscientos cincuenta y tres; **iii]**. Con fecha once de marzo de dos mil dos, la misma procesada DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ, emite el Memorando número cero ochenta y tres –dos mil dos - CTAR-AMAZONAS de fojas doscientos cincuenta y ocho, donde dispone realizar el pago del treinta por ciento del contrato (cuarenta y cinco mil nuevos soles), considerando como referencia el Informe número cero cero ocho –dos mil dos-JSG-HACH [fojas doscientos cincuenta y nueve] en el que el Técnico MIGUEL TRAUCO TRIGOSO informa que ha podido constatar el setenta por ciento de avance de los trabajos, pago que se realizó a favor de la empresa por parte del citado JALK RUIZ conforme así se desprende del recibo de fojas doscientos sesenta,

precisándose que el informe de avance de obra no cumple con los requisitos mínimos de una valorización en función de la cual se debe pagar; **iv]**. Mediante Memorando número ciento treinta -dos mil dos-CTAR-AMAZONAS de fojas doscientos sesenta y uno, la procesada DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ ordena al pagador el desembolso de setenta y cuatro mil nuevos soles, pago realizado el quince de abril de dos mil dos, conforme así aparece del recibo de fojas doscientos sesenta y dos. En estos hechos se determinó: **a)**. el adelanto del veinte por ciento, otorgado al contratista por la suma de treinta mil nuevos soles, se efectuó sin que la entidad haya recepcionado los materiales a utilizar en la obra o carta fianza por dicho monto; es decir, se pagó sin existir la garantía del caso; **b)**. El segundo pago efectuado al contratista por la suma de cuarenta y cinco mil nuevos soles, se realizó sin contar con el documento denominado «valorización» en donde se sustente el detalle real del avance de la obra; **c)**. Se canceló el saldo total del contrato (setenta y cuatro mil nuevos soles) basándose en el Acta de Recepción y Entrega de la Obra de fojas ochenta y uno; **[B. Cargos por delito de Colusión Desleal]**: Según la acusación, los hechos relativos a la comisión de este ilícito, son: **i]**. Mediante Resolución Directoral del Hospital de Apoyo - Chachapoyas número trescientos dieciocho -dos mil uno -CTAR-AMAZONAS.DRS/DHACH de fojas ciento siete, del veintinueve de diciembre de dos mil uno, se conforma el Comité Especial de Adjudicación Directa Selectiva; **ii]**. Mediante Resolución Directoral del Hospital de Apoyo - Chachapoyas número cero treinta y siete - dos mil dos -CTAR-AMAZONAS-RSA-HACH/D del diecisiete de enero de dos mil dos de fojas ciento nueve, se aprobó las bases de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero uno -dos mil uno.DHACH de fojas ciento diez, estableciendo el valor referencial de ciento cincuenta mil nuevos soles; **iii]**. La invitación a los postores lo realiza la Administradora DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ, mediante los Oficios número cero cero uno, cero cero dos, cero cero tres, cero cero cuatro, cero cero cinco -dos mil dos-CTAR-AMAZONAS-HACH de fojas ciento veinticuatro a ciento veintisiete, en dichos documentos figura como Presidenta de la Comisión de Adjudicación Directa Selectiva, sin que exista el acto administrativo que la designe como tal; **iv]**. Se invita como postores a empresas de la ciudad de Lima, no existiendo para empresas constituidas en los departamentos de Amazonas o San Martín que, a esa época, gozaban de las bondades que establecía la Ley de la Amazonía; **v]**. El Comité Especial se reúne el día ocho de febrero de dos mil dos en la Oficina de

Administración del citado Hospital para la apertura de sobres, según acta de reunión de fojas setenta y siete. En dicho acto, se otorga la buena pro a la empresa C & A Industrial SRL. Al respecto, no existe evidencia que el Comité se haya reunido en otro momento para tratar asuntos de su competencia. Lo más grave es que siendo postores otras empresas que ofertaban realizar la obra por suma menor, éstas no resultaron las ganadoras, sino la citada empresa, la misma que ofertó la suma elevada de ciento cincuenta mil nuevos soles, siendo ésta la ganadora, conforme está acreditado con el acta de fojas setenta y siete y con la Inspección Técnica de la Obra de fojas ciento noventa, concretamente en los Presupuestos de Obra en base a cotizaciones de las empresas que participaron como postores de fojas doscientos cuatro a doscientos treinta y siete; **vi]**. El quince de febrero de dos mil dos, JUAN CARLOS DÍAZ SÁNCHEZ, en calidad de Director del Hospital – Chachapoyas, suscribió el Contrato número cero ocho –dos mil dos -CTAR-AMAZONAS-HACH de fojas ciento treinta y cinco, con NEIL EDWIN JURADO UGARTE, Representante de la Empresa C & A Industrial SRL, para la ejecución de la obra. De la revisión efectuada a la documentación del proceso de Adjudicación Directa Selectiva, se han determinado irregularidades, a saber: **a)**. No existe Expediente Técnico en base al cual se haya elaborado las bases y el valor referencial de la obra; **b)**. En el Comité Especial que condujo dicho proceso de adjudicación se omitió designar a un especialista en materia de convocatoria como integrante; **c)**. En las bases [fojas ciento diez], se omitieron considerar aspectos de importancia como mecanismos para conseguir la mayor participación de postores, considerando la experiencia con la que debe contar el postor en el tipo de obra a contratar, adjuntar pro forma del contrato, cronograma de ejecución de obra, la necesidad y requisitos del residente de obra. A su vez, el Comité Especial que condujo el proceso de adjudicación, actuó de manera irregular por lo siguiente: **i)**. No se acredita la existencia del Libro de Acta de Adjudicación Directa Selectiva; **ii)**. No existe acta en la que se demuestre que el Comité sesionó para la elaboración de las bases; **iii)**. No existe acta que acredite que el Comité aprobó por mayoría o por unanimidad a qué postores se iba a invitar a participar en la adjudicación; **iv)**. No existe acta con la que se pruebe que el Comité sesionó y por mayoría o unanimidad haya elegido a la procesada DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ como Presidenta del citado Comité; **v)**. El Comité se reunió solamente para la apertura de sobre el ocho de febrero de dos mil dos, solamente para dar como ganadora a la citada empresa y nada más; **vi)**. Sumado a lo anterior, la empresa

C & A Industrial SRL no estaba inscrita en el Registro Nacional de Contratistas, por lo tanto, no podía participar en la Adjudicación Directa Selectiva, pese a ello, resultó la ganadora; **vii)**. Por último, los desembolsos del dinero a la empresa contratista se han realizado por orden de la administradora DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ, quien mediante Memorándums de fojas doscientos cincuenta y ocho a doscientos sesenta y uno, ordenaba a Manuel Espíritu Jalk Ruiz (ex responsable del Área de Tesorería) a fin que se cancele al representante de la empresa, órdenes impartidas sin contar con el debido sustento documentario, conforme así aparece en los Informes número cero cero dos y cero cero tres -dos mil dos de fojas doscientos cincuenta y cuatro, cuatrocientos setenta y siete y cuatrocientos ochenta; **III)**. Mediante dictamen de fojas dos mil setecientos diez, también se formuló acusación contra LUIS ARNALDO MELGAREJO MEJÍA por el delito de peculado, al no cumplir a cabalidad con su función de supervisor de la obra, permitiendo que se cause perjuicio económico a la entidad agraviada; **IV)**. **[Imputación por el delito de Cohecho Pasivo Propio]**: Se atribuye a MIGUEL ANGEL TRAUCO TRIGOSO ser presunto autor del referido delito, atendiendo a los siguientes hechos: **i]**. Mediante Memorando número cero cincuenta y uno -dos mil dos-CTAR AMAZONAS-DRSA-HACH/DEA de fojas doscientos noventa y tres, de fecha veinte de febrero de dos mil dos, la procesada DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ, en su calidad de Administradora de la entidad agraviada, dispone que el procesado MIGUEL TRAUCO TRIGOSO se dedique, exclusivamente y a tiempo completo, a la supervisión de los trabajos de mantenimiento y reparación de sistemas eléctricos del Hospital de Apoyo de Chachapoyas; **ii]**. Con el Memorando número ciento veintiséis -dos mil dos -CTAR AMAZONAS-DRSA-HACH/DEA [fojas novecientos veinte] la citada Administradora BAUTISTA DE LA CRUZ dispone que su co-procesado MIGUEL TRAUCO TRIGOSO debe continuar con su labor de supervisión de la obra; **iii]**. Por Memorando número ciento veinticinco -dos mil dos -CTAR AMAZONAS-DRSA de fojas doscientos noventa y ocho, el Director del Hospital, JUAN CARLOS DIAZ SÁNCHEZ dispone que MIGUEL ANGEL TRAUCO TRIGOSO informe a la brevedad posible sobre el avance y estado del cableado y sistema eléctrico; **iv]**. Sin embargo, el mencionado procesado no cumplió con sus funciones, subsumiéndose su conducta en el ilícito penal antes precisado, en razón a lo siguiente: **a)**. En su Informe número cero ocho -dos mil dos -JSG-HACH del nueve de marzo de dos mil dos de fojas doscientos cincuenta y nueve, informó un supuesto avance

del setenta por ciento de los trabajos; **b).** Dicho Informe, pese a que no tiene el rigor de documento denominado «valorización», en donde se sustenta el detalle del avance real de la obra, sirvió para que la entidad agraviada desembolse la suma de cuarenta y cinco mil nuevos soles a favor del contratista; **c).** Sin embargo, el citado procesado, según su Informe número cero once -dos mil dos -JSG de fojas novecientos veintidós, pese a que su designación de supervisor fue a tiempo completo y a exclusividad, percibiendo sueldo o remuneración del Estado (Hospital de Apoyo de Chachapoyas), también recibió pagos por parte de la empresa contratista, es decir, no realizó su labor de supervisión, sino que recibió y aceptó donativo (dinero), por parte de la empresa, y en razón a ello es que también, favoreciendo a la empresa contratada, se aventuró a emitir el Informe número cero ocho -dos mil dos -JSG-HACH del nueve de marzo de dos mil dos de fojas doscientos cincuenta y nueve, donde refirió un supuesto avance del setenta por ciento de la obra, hecho que también vuelve a sostener en su declaración instructiva de fojas novecientos dieciséis; **Tercero: Sobre la Garantía Jurisdiccional de la Debida Motivación.- I).** Constituye un derecho -garantía previsto en el artículo ciento treinta y nueve inciso cinco de la Constitución Política del Estado el de la debida motivación de las resoluciones judiciales; que, conforme lo tiene establecido el Tribunal Constitucional, el contenido esencial de ésta queda asegurado con la proscripción de una ***motivación aparente,*** esto es, de aquella decisión jurisdiccional que no da cuenta de las razones mínimas que la sustentan, o que, en estricto, no responde a las argumentaciones de las partes del proceso [Sentencia emitida en el Expediente número setecientos veintiocho -dos mil ocho-HC, FJ siete]; **II).** De igual modo, conforme lo tiene precisado ese mismo órgano en su Sentencia emitida en el Expediente número seiscientos cincuenta y cuatro - dos mil siete - AA, el derecho- garantía de la motivación, «incluye en su ámbito constitucionalmente protegido, entre otros aspectos, el derecho a una decisión fundada en Derecho». Lo señalado nos remite a lo puntualizado por la doctrina en cuanto a la relación no escindible entre interpretación judicial y principio de legalidad, dado que «la interpretación normativa que realizan los jueces al resolver una controversia jurídica se encuentra sometida al genérico límite de toda la actividad jurisdiccional (...) [de] la necesaria sumisión a la ley del juzgador en su actuación (...). De ahí que (...) en el ámbito de la interpretación normativa el juez tenga como límite de su actuación el respeto del contenido de la norma interpretada (...). Por tanto, no son aceptables aquellas interpretaciones que conduzcan a

un resultado *extra legem* o *contra legem*, dado que con ellas se exceden los límites de la propia actividad jurisdiccional...»[13]; **Cuarto: Análisis relativo a las imputaciones por el delito de Peculado.- I).** Del estudio y revisión de autos, se aprecia que no obstante que la acusación fiscal da cuenta que los encausados realizaron un pago excesivo a cambio de una prestación sin sujeción a las condiciones técnicas estipuladas y con sobre valorización en su costo [ver ítems agrupados en el acápite «II. A» del Segundo Considerando]; sin embargo, el Tribunal Superior no solamente no ha efectuado un debido examen de dicha incriminación, sino que se ha limitado a señalar lo siguiente:»...*para determinar la responsabilidad penal (...) se hace indispensable una Pericia Contable de donde se desprendería el posible perjuicio económico del Estado, y ésta no se ha actuado en la investigación [...] al no haber Pericia Contable, entra la duda en el Juzgador...*». -véase fojas tres mil doscientos cincuenta y dos y siguiente-. Esto es, la Sala Superior además de haber obviado analizar los hechos precisados por la Fiscalía para sustentar dicha imputación incurriendo en *motivación aparente;* lo que es más grave, en lo relativo al tópico del perjuicio patrimonial, su conclusión exculpante no señala la ausencia del mismo como resultado probatorio, sino como efecto de la no actuación de una pericia contable que así lo determine, lo cual importa, además, una *motivación contra legem* teniendo en cuenta que el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales establece que procede la absolución cuando las pruebas «*han demostrado*» la no responsabilidad del encausado en los hechos imputados, o en supuesto de duda resultante del mérito probatorio no convincente de aquellas; peor aún si la ausencia de dicho medio probatorio es de reproche al Colegido Superior, al haber omitido ordenar su actuación en el juicio oral, a sabiendas de su carácter necesario para el esclarecimiento de los hechos; **II).** Que, de otro lado, si bien la recurrida –véase fojas tres mil doscientos cincuenta y cuatro- pondera como elemento de descargo el «Informe Pericial Técnico» de fojas seiscientos treinta y uno, cierto es que en éste –suscrito por los Ingenieros Electricistas Ananías Cueva Choca y Segundo Elbert Dávila Nuncebay-, en sus conclusiones se precisa: «*está totalmente demostrado la serie de irregularidades en el proceso de selección del contratista por falta de Expediente Técnico y por desconocimiento del manejo de las obras públicas, responsabilidad que alcanza a los funcionarios y trabajadores del Hospital de Chachapoyas, que*

---

[13] COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 267.

participaron en la selección del contratista...» -véase fojas seiscientos cuarenta y siete-; lo que se reitera -a fojas novecientos cincuenta y cuatro- en el «Dictamen Pericial» de fojas novecientos cuarenta y tres -nuevamente emitido por el Ingeniero Segundo Elbert Dávila Nuncebay por mandato de fojas ochocientos sesenta y uno a mérito de la solicitud de la Fiscalía de fojas ochocientos cincuenta y seis-; **Quinto: Análisis referido a los cargos por el delito de Colusión Desleal.- I).** Siendo la prueba indiciaria determinante en este tipo de ilícitos (por ser inherente a un acuerdo colusorio su carácter subrepticio, clandestino y oculto), el *thema probandum* supone la dilucidación, a partir de hechos indiciarios, de si se evidencia o no una orientación de los funcionarios a brindar un tratamiento preferencial, de ventaja o de favorecimiento a la empresa elegida; o, también a partir de un conjunto de actuaciones apresuradas, o que no forman parte, o que se apartan del estándar de pautas normativas exigidas por el procedimiento legalmente contemplado para dicha contratación (irregularidades administrativas). **II).** No obstante lo expuesto, habiendo la acusación fiscal sustentado su hipótesis delictiva -ver acápite «II» ítem «B» del Segundo Considerando- en una secuencia de hechos compatible con las circunstancias indiciarias de presunta concertación antes enumeradas; la recurrida no solamente ha omitido el análisis de aquellas, sino que, explícitamente, ha renunciado a dicho examen, al señalar lo siguiente: «*...Con respecto al primer presupuesto [CONCERTACIÓN] no existe prueba que acredite acuerdo ilícito de parte de los procesados para aprovecharse económicamente, **advirtiéndose más bien una irresponsabilidad de carácter administrativo;** en consecuencia la conducta de los acusados JUAN CARLOS DÍAZ SÁNCHEZ y DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ es atípica. Con respecto al segundo presupuesto, esto es, el perjuicio al Estado no se puede determinar ya que no existe la correspondiente Pericia Contable...*». -véase fojas tres mil doscientos cincuenta y siete-; por lo que mal puede arribarse a una conclusión exculpante cuando se ha obviado examinar cuestiones fácticas relevantes para el objeto de prueba concerniente al precitado delito, evidenciando también en este extremo la impugnada *una motivación aparente;* **Sexto:** De otro lado, en cuando a la incriminación por el delito de **Cohecho Pasivo Propio,** por estar imbricada en el contexto fáctico mayor a que se contraen las anteriores imputaciones; le es de recibo las deficiencias puntualizadas en los Considerandos precedentes; **Sétimo:** Consiguientemente, habiéndose incurrido en la causal prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales, por

haberse afectado el debido proceso, corresponde declarar la nulidad de la sentencia impugnada y convocarse a un nuevo juicio oral, con atención a las observaciones planteadas en la presente Ejecutoria, debiendo ordenarse una pericia judicial contable que determine la existencia o no de perjuicio patrimonial en la selección de la empresa contratada, y en la ejecución de la obra por parte de esta última; sin que ello obste al Tribunal Superior a la actuación de nuevos medios de prueba que estime pertinentes y útiles al esclarecimiento del *thema probandum;* deviniendo en innecesario abordar los demás agravios del recurrente; Por estos fundamentos, declararon **NULA** la sentencia de fojas tres mil doscientos cuarenta y tres, del uno de octubre de dos mil diez, en el extremo que absuelve de la acusación fiscal a JUAN CARLOS DÍAZ SÁNCHEZ, DIANA LUZ BAUTISTA DE LA CRUZ, NEIL EDWIN JURADO UGARTE (y no EDWIN JURADO UGARTE como se consignó en el fallo) y LUIS ARNALDO MELGAREJO MEJÍA por el delito contra la Administración Pública -peculado-; y a los dos primeros, además, de los cargos por el delito de colusión desleal; asimismo, a MIGUEL ÁNGEL TRAUCO TRIGOSO, del delito de cohecho pasivo propio; todos en agravio del Estado, representado por la Dirección Regional de Salud de Amazonas; **MANDARON**: se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente Ejecutoria; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

9. **Anulación auto que declaró No Haber Mérito para pasar a Juicio Oral**

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 2483-2010

Arequipa

Lima, nueve de agosto de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la PARTE CIVIL (Procuraduría Pública Anticorrupción Descentralizada del Distrito Judicial de Arequipa) contra el auto superior de fojas mil trescientos

treinta y dos, del ocho de abril de dos mil diez, que declara No Haber Mérito para pasar a Juicio Oral en el extremo de la imputación recaída contra **MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO, JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO y ROBER MAURO LLALLACACHI GUTIÉRREZ** por delito de colusión, en agravio del Estado, representado por el Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción del Distrito Judicial de Arequipa; disponiendo el archivamiento de la causa respecto de éstos; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** La PARTE CIVIL, al fundamentar su recurso a fojas mil trescientos sesenta y cuatro, señala que: **a).** que el diecinueve de noviembre de dos mil tres, la División de Servicios Comunales de Riego de Parques y Jardines del Municipio agraviado, cursó un Informe al encausado **MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO** comunicándole la necesidad de adquirir un camión cisterna para atender las labores propias de dicha Área [fojas trescientos veintiuno]; y coincidentemente, la acusada ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ procede a adquirir formalmente el camión cisterna de placa de rodaje XH -mil setecientos sesenta y ocho, por el precio de tres mil dólares americanos, registrándose dicha transferencia el tres de diciembre, habiendo presentado el formulario registral el veinticuatro de noviembre del referido año [fojas trescientos cincuenta y nueve]; **b).** que el mismo tres de diciembre de dos mil tres el acusado WILBERT FAVIO PARADA BECERRA, integrante del Comité Especial Permanente de Adjudicaciones de la Municipalidad agraviada, procede a emitir el Informe de fojas trescientos veintiséis, señalando como valor referencial del vehículo a adquirir la suma de de cincuenta y seis mil doscientos veintisiete nuevos soles y, acto seguido, el co-procesado JUAN CARLOS SANTIAGO SÁNCHEZ RIVERA -Presidente del citado Comité- emite el Informe número cero cero dos -dos mil tres -PCEADS-MDY [fojas doscientos veinticinco], presentando las bases del proceso de selección [fojas doscientos cincuenta y tres] no solo por el indicado monto, sino también contemplando características acordes con el vehículo adquirido por ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ y, a continuación, el encausado **MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO** aprueba dichas bases mediante Resolución de fojas seis, del once de diciembre de dos mil tres; **c).** que llevado el respectivo proceso de selección, resultó adjudicándose la buena pro a COMREYSER, representada por la precitada acusada por la suma de cincuenta y seis mil doscientos nuevos soles [fojas

trescientos cuarenta y siete]; sin embargo: **c1.** se ha simulado la invitación a las empresas denominadas Suministros Generales, Servicios y Negocios Logísticos, así como Negocios y Servicios Generales, habiéndose incluso falsificado documentación con tal objeto por el encausado ALFREDO RUBÉN YTURRY SACA, quien además tuvo activa participación en la adquisición del acotado vehículo a nombre de la acusada ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ y figurativamente intervino como postor en el respectivo proceso de selección como representante de la empresa Representaciones, Ventas y Servicios E.I.R.L. [fojas ciento noventa y ocho]; **c2.** el valor real del indicado vehículo de placa XH -mil setecientos sesenta y ocho, es de veintinueve mil seiscientos noventa y dos nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos, conforme se establece con el peritaje practicado, existiendo una sobrevaloración de veintiséis mil quinientos siete nuevos soles con dieciséis céntimos [tales conclusiones sólo aparecen referenciadas a fojas setenta y siete del Atestado número cero diecisiete -dos mil ocho -DIRCOCOR PNP-DIVPACGR/ OF.X]; **c3.** se giró el cheque por el monto indicado a la orden de la encausada ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ [fojas diecinueve], procediéndose a efectivizar su importe; **d).** en ese contexto se debe resaltar que: **d1.** con las manifestaciones prestadas por la antes mencionada a fojas treinta y cinco, noventa y cinco y noventa y ocho, así como quinientos cuarenta y seis y setecientos cincuenta y siete; su intervención en la compra del indicado vehículo fue meramente formal, pues en realidad dicha operación fue hecha por el encausado ALFREDO RUBÉN YTURRY SACA quien le pidió que suscriba el contrato, luego le solicitó una factura, indicándole que había ganado el proceso de selección, y finalmente, se cobró el importe del cheque, señalándole que todo estaba arreglado y que el Alcalde sabía; **d2.** con los actuados de fojas seis [Resolución de Alcaldía número mil doscientos -dos mil tres-MDY, que aprueba las bases], ocho [Informe número treinta y seis -dos mil tres -GM-MDY, sobre los resultados del proceso de selección], nueve [Contrato de compra-venta del camión cisterna], diez [Factura emitida en relación a dicha venta], once [Tarjeta de Propiedad del citado vehículo], diecinueve [Cheque emitido], veintidós [Comprobante de Pago], ciento cuatro [Manifestación de ALFREDO RUBÉN YTURRI SACA], ciento once [Manifestación de Patricia Hortencia Espinoza López], ciento dieciocho [Manifestación de Robert Mauto Llallacachi Gutiérrez], ciento cincuenta y nueve [Dictamen Pericial de Grafotecnica número cuatrocientos veinticuatro -dos mil siete], quinientos cincuenta [Instructiva de Robert Mauto Llallacachi Gutiérrez], quinientos sesenta

[Testimonial de Yossiany Mildreth Wisnar Cervantes], trescientos veinticuatro [Resolución de Alcaldía número mil ciento once -dos mil tres-MDY que autorizó la compra de un camión cisterna], la propia instructiva de MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO a fojas quinientos cuarenta y dos, se ha establecido que: **i]**. fue su persona quien aprobó las bases, pese al monto excesivo; **ii]** dio curso a la fraudulenta adjudicación de la buena pro, procediendo a suscribir el respectivo contrato de compraventa y girar el cheque para la cancelación del monto ascendente a cincuenta y seis mil doscientos nuevos soles; **iii]** el co-encausado **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ** es hermano de la encausada ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ; y él admite que ALFREDO RUBÉN YTURRY SACA le solicitó una factura, aunque aduce que se limitó a contestarle que hable con ella, negando haber tenido conocimiento del proceso de selección; **iv]** Patricia Espinoza López, representante de la empresa Suministros Generales, supuestamente invitada para participar en el citado proceso, al deponer a fojas ciento once y quinientos cincuenta y cuatro, señala que **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ** fue su empleado, quien además le presentó al co-encausado ALFREDO RUBÉN YTURRY SACA ofreciéndole éste hacer una inversión, y por la confianza que existía, tuvo acceso a los documentos de su mencionada empresa; **v]** Yossiany Mildrech Wisnar Cervantes, representante legal de la empresa «Negocios y Servicios Generales» al deponer a fojas quinientos sesenta, tras reiterar que su representada nunca se presentó en el citado proceso de selección, señala que la firma puesta en la carta de fojas doscientos dieciséis no le pertenece, pero sí el sello, agregando que sí conocía a **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ** desde hacía tres años; **vi]** ALFREDO RUBÉN YTURRY SACA, al prestar su instructiva a fojas ochocientos treinta y dos, señala que tuvo relaciones comerciales con la empresa COMREYSER de la co-encausada ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ habiendo tenido negocios en común y participado en varias licitaciones, habiendo sido su persona quien llenó la guía de remisión y la factura emitida por dicha empresa, presentadas con motivo de la adjudicación de la buena pro, agregando que lo hizo porque las operaciones comerciales de dicha empresa las hacía en realidad **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ; vii]** en relación al encausado **JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO** la acusada ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ lo ha sindicado reiterativamente como la persona que se presentó como sobrino del Alcalde **MILTON EDILBERTO**

FILIBERTO VERA GAMERO, intervino en la compra del camión e incluso estuvo presente cuando se cobró el importe del cheque girado luego de la adjudicación de la buena pro, reiterando ello en el acto de la confrontación de fojas setecientos cincuenta y siete; *Segundo:* **Hechos Imputados.-** Según se reseña en la acusación de fojas mil doscientos sesenta y uno, la División de Servicios Comunales de Riego de Parques y Jardines, a cargo de José Luque Mogrovejo, mediante Informe número trescientos ochenta y seis –dos mil tres - SC-MDY, del **catorce de noviembre de dicho año**, comunica a **MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO**, Alcalde de la Municipalidad de Yanahuara (Arequipa), la necesidad de adquirir un camión cisterna para labores propias de dicha área. Es así que éste, en connivencia con sus co-imputados ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ, **JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO**, ALFREDO RUBEN YTURRY SACA y **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ**, y con los funcionarios públicos municipales JUAN CARLOS SÁNCHEZ RIVERA, Gerente Municipal, CLEOFE FLAVIO PARADA BECERRA, Jefe de Abastecimiento, concertaron simular el Proceso de Adjudicación Directa Selectiva número cero cero cuatro–dos mil tres –MDY, a efectos de adquirir dicho vehículo perteneciente a ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ, beneficiándose ilícitamente con los antes referidos. La imputación se basa en que con fecha **veintiuno de noviembre de dos mil tres**, ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ procede a apersonarse a la Notaría Pública de José Luis Concha Revilla, a efectos de adquirir a la empresa Retti Córdova Zarauz EIRL, el camión cisterna usado, de placa XH - mil setecientos sesenta y ocho, marca Toyota, año mil novecientos ochenta y nueve, modelo Dyna, por el monto de tres mil dólares americanos, suma que fuera previamente entregada por su co- imputado ALFREDO YTURRY SACA, en coordinación con **JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO**, sobrino del Alcalde de la Municipalidad de Yanahuara, y **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ**, inscribiendo dicha acta de transferencia ante los Registros Públicos de Arequipa el tres de diciembre del mismo año. En la misma fecha, WILBERT FLAVIO PARADA BECERRA, integrante de la «Comisión Especial Permanente de Adjudicaciones y Contrataciones», conjuntamente con JUAN CARLOS SÁNCHEZ RIVERA, Presidente, y CLEOFE ARTEMIO ROLDAN OLAZÁBAL, procedió a emitir el Informe número mil ochenta y nueve - ABAST-MDY, en el que daba cuenta que el vehículo cisterna a adquirir presentaba un valor referencial sobre dimensionado, ascendente a cincuenta y seis mil

doscientos veintisiete nuevos soles; sin embargo, deliberadamente, se utilizó el criterio que determinó dicho monto. Posteriormente, el **once de diciembre del dos mil tres**, el procesado **MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO,** luego de recibir el Informe número cero cero dos -dos mil tres -PCEADS-MDY, emitido por JUAN CARLOS SÁNCHEZ RIVERA, expidió la Resolución de Alcaldía número mil doscientos -dos mil tres -MDY, aprobando las bases del proceso de adjudicación del bien objeto de licitación, con las mismas características del camión adquirido previamente por **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ,** realizándose, seguidamente, supuestas invitaciones a las empresas denominadas «Suministros Generales», representada por Patricia Espinoza López; «Servicios y Negocios Logísticos», representado por Fernando Alva Neyra; y «Negocios y Servicios Generales», representado por Yossiany Mildredth Wisnar Cervantes; empleándose, para dicho fin, sellos y firmas de recepción realizadas por ALFREDO YTURRY SACA, representante de la empresa Representaciones Ventas y Servicios EIRL Importación y Exportación; presentándose únicamente ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIÉRREZ, en calidad de representante de la empresa COMREYSER, con ALFREDO YTURRY SACA, como Gerente General de Representaciones Ventas y Servicios EIRL; aparentando, con documentación falsa, la participación de Suministros Generales. Luego de realizados dichos actos, el veintinueve de diciembre de dos mil tres, se procedió a otorgar la buena pro a la empresa de ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIÉRREZ, quien el nueve de enero del dos mil cuatro suscribió con **MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO,** el contrato de transferencia del referido camión por el precio de cincuenta y seis mil doscientos, el mismo que, conforme al Peritaje valorativo realizado en el decurso del proceso, habría tenido un aproximado de veintinueve mil seiscientos noventa y dos nuevos soles con ochenta y cuatro céntimos, todo esto a fin de aprovecharse conjuntamente con sus co-imputados del remanente equivalente a veintiséis mil quinientos siete nuevos soles con dieciséis céntimos; **Tercero: De los extremos objeto de acusación y de no haber mérito para pasar a Juicio Oral.- I).** El precitado dictamen fiscal, formula acusación contra WILBERT FAVIO PARADA BECERRA, CLEOFE ARTEMIO OLAZÁBAL ROLDÁN, JUAN CARLOS SANTIAGO SÁNCHEZ RIVERA; así como ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIÉRREZ DE LARICO y ALFREDO RUBÉN YTURRY SACA, todos por el delito de colusión, los tres primeros en calidad de autores; y los dos últimos en condición de cómplices primarios; **II).** Este mismo dictamen, sin embargo, emite

pronunciamiento de No haber mérito para pasar a Juicio Oral respecto de MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO, JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO y ROBER MAURO LLALLACACHI GUTIÉRREZ por el mismo delito; **Cuarto: Sobre la Garantía Jurisdiccional de la Debida Motivación.-** Antes de ingresar a analizar los argumentos de fondo del recurrente (ver agravios a que se contrae el Primer Considerando de la presente Ejecutoria), es menester señalar que constituye un derecho -garantía previsto en el artículo ciento treinta y nueve inciso cinco de la Constitución Política del Estado el de la debida motivación de las resoluciones judiciales. Así, conforme lo tiene precisado en su Sentencia emitida en el Expediente número seiscientos cincuenta y cuatro - dos mil siete - AA, aquella, «incluye en su ámbito constitucionalmente protegido, entre otros aspectos, el derecho a una decisión fundada en derecho». Lo señalado nos remite, a su vez, a lo puntualizado por la Doctrina en cuanto a la relación no escindible entre interpretación judicial y principio de legalidad, dado que «la interpretación normativa que realizan los jueces al resolver una controversia jurídica se encuentra sometida al genérico límite de toda la actividad jurisdiccional (...) [de] la necesaria sumisión a la ley del juzgador en su actuación (...). De ahí que (...) en el ámbito de la interpretación normativa el juez tenga como límite de su actuación el respeto del contenido de la norma interpretada (...). Por tanto, no son aceptables aquellas interpretaciones que conduzcan a un resultado *extra legem* o *contra legem*, dado que con ellas se exceden los límites de la propia actividad jurisdiccional...»[14]; **Quinto: Del Auto Superior recurrido.-** En el caso de autos se constata haberse infringido dicha garantía. En efecto, recibido un dictamen de no haber mérito para pasar a juicio oral, conforme lo establece el artículo doscientos veinte del Código de Procedimientos Penales, la Sala Superior competente, puede, alternativamente, optar por cualquiera de estas tres decisiones: (i) Coincidir con el Fiscal y disponer el archivamiento de la causa penal; (ii) Ordenar la ampliación de la instrucción, señalando las diligencias que deben actuarse para un mejor esclarecimiento de los hechos; y (iii) Elevar directamente la instrucción al Fiscal Supremo en consulta. Luego, en cada una de ellas, subyace como presupuesto, el que el Tribunal Superior, *analice* lo actuado, y *motive* debidamente por cuál de dichas opciones legales finalmente se inclina, no pudiendo realizar, en modo alguno, una mera recepción autómata de dicho dictamen. Sin embargo, la resolución impugnada se pronunció conforme a los términos del precitado dictamen, bajo el fundamento siguiente: «*...siendo que el*

[14] ID.

Ministerio Público es el titular de la acción penal y tiene la carga de la prueba (...) en el marco constitucional de un Sistema Procesal Acusatorio, corresponde sólo al Ministerio Público proponer la pretensión punitiva en los supuestos de comisión delictiva. En los casos sub materia, el Ministerio Público ha renunciado a su facultad persecutoria del delito instruido, emitiendo opinión porque se declare no haber mérito a pasar a juicio oral, y jurídicamente no es posible pasar a juicio oral y expedir una sentencia sin una pretensión propuesta». –véase fojas mil trescientos treinta y tres y siguiente-. Esto es, la recurrida adoptó como premisa normativa un supuesto carácter vinculante del dictamen de no haber mérito para pasar a juicio oral en el extremo antes precisado; dado que, según interpretación de aquella, ese pronunciamiento fiscal obligaba a que la Sala haya tenido que avenirse a los términos del mismo sin posibilidad de realizar calificación alguna, incurriendo, sin duda alguna en una motivación *contra legem*. Peor aún, el auto recurrido al añadir: «*En consecuencia, para el Ministerio Público, no está comprobada la existencia del delito...*» –véase fojas mil trescientos treinta y cuatro- evidencia haber introducido un fundamento por demás *incongruente* con el tenor del dictamen, el cual sí formuló acusación en relación a otros procesados; **Sexto:** A mayor abundamiento, debe señalarse que según se advierte del Cuadernillo formado ante esta Instancia, el Fiscal Supremo en lo Penal ha desautorizado las conclusiones del dictamen del Fiscal Superior, solicitando su insubsistencia –véase fojas cinco-. Frente a ello corresponde señalar que del estudio y revisión de autos, se aprecia que no obstante que el dictamen tiene por acreditada la materialidad del delito y la responsabilidad de los acusados, en su extremo de no haber mérito para pasar a juicio oral ha obviado consideraciones y elementos de prueba no compatibles con sus conclusiones. Así se tiene: **A). En lo relativo al procesado MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO: a1.** Al respecto, el dictamen fiscal puntualiza: «*...En cuanto a MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO, se debe (...) considerar que conforme a lo previsto por el artículo veinticuatro de la Lay de Contrataciones y Adquisiciones del Estado DS número cero doce –dos mil uno- PCM, son los miembros del Comité Especial, los que responden judicialmente en caso de cualquier irregularidad cometida, máxime que en el caso de autos no obran en autos elementos probatorios mínimos que acrediten que el procesado MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO haya participado en la concertación defraudatoria realizada en la Adjudicación Directa Selectiva número cero cero cuatro –dos mil tres -MDY, ya que éste únicamente por razón de su cargo ha suscrito la aprobación de las bases para dicha adjudicación, así como el respectivo cheque, debiendo tenerse en cuenta que quienes calificaron y dieron la buena pro al ganador fue el referido Comité*

Especial ...»; **a2.** Que en los delitos de infracción de deber (vg. colusión desleal), la co-autoría «obtiene una estructura totalmente distinta (...) En lugar de la imbricación de las aportaciones al hecho en la fase ejecutiva, se da la determinación del resultado por quebrantamiento conjunto de un deber común»[15]. Luego, el Alcalde pertenece al círculo de funcionarios (del más alto nivel) a quienes les resulta exigible deberes de lealtad para con la entidad agraviada, y, particularmente, de protección del patrimonio de aquella; **a3.** Que, en ese sentido, atendiendo a las diferentes fases de un procedimiento de Adjudicación Directa Selectiva según el Decreto Supremo número cero trece –dos mil uno-PCM, Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado –norma vigente al momento de los hechos-, «éstos se inician con la convocatoria y culminan con la suscripción del contrato respectiva» –ver artículo diecisiete de la citada norma-, lo que supone que en el íter desplegado para arribar a la compra del referido bien, el procesado **MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO** -según lo puntualiza la recurrente (ver agravios: acápite «d2»)- sí habría tenido intervención directa en el decurso de dicho procedimiento [a través de actos materiales suscritos por su persona al interior del mismo, a saber: Resolución de Alcaldía número mil ciento once –dos mil tres-MDY, del **veintiséis de noviembre de dos mil tres**, que autorizó la compra de un camión cisterna (fojas trescientos veinticuatro); Resolución de Alcaldía número mil doscientos –dos mil tres-MDY, del **once de diciembre del mismo año**, que aprueba las bases para la Adjudicación Directa Selectiva para la adquisición de un camión cisterna (fojas seis); Contrato de compra –venta del referido bien, su fecha **nueve de enero de dos mil cuatro** (fojas nueve); Cheque emitido por su persona a favor de ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIÉRREZ del **catorce de enero de dos mil cuatro** (fojas diecinueve); actos que, sin embargo, ha sido completamente soslayados en el análisis del pronunciamiento fiscal *sub examine*; **B). En lo concerniente a los encausados JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO**, sobrino del Alcalde de la Municipalidad de Yanahuara, y **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ**, cabe señalar: **b1.** que las conclusiones a las que arribó el dictamen de no haber mérito son: «*...En cuanto al procesado JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO, se tiene (...) sólo (...) la aseveración que hace la procesada ZAIDA LLALLACACHI de que el aludido habría sido*

---

[15] ROXIN, Claus, *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal* (traducción de la 7ª ed. alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo), Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, Madrid / Barcelona, 2000, p. 391.

presentado como el sobrino del Alcalde, relación parental que no ha sido acreditada, y, asimismo, se debe reparar en el hecho de que el reconocimiento realizado por la procesada ZAIDA LLALLACACHI no se ha hecho conforme a una rueda de identificación, es decir, en primer lugar, no se le ha pedido que señale cuáles eran las características físicas del «sobrino del Alcalde» no se le ha mostrado una serie de fotografías a efectos de que reconozca al sobrino del Alcalde, sino sólo se le ha mostrado la fotografía que aparece en RENIEC de JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO, resultando viciado dicho reconocimiento, máxime que esta persona no ha laborado en el Municipio de Yanahuara. Asimismo, cabe citar lo manifestado (...) por el testigo Reth Gonzalo Córdova del Carpio, al señalar que en la compra estaba presente un tercero (...), cuyas características (...) no se ajustan a las del procesado JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO (...) [...] Respecto a ROBER MAURO LLALLACACHI GUTIÉRREZ, en autos únicamente se le ha mencionado como el hermano de ZAIDA LLALLACACHI y que habría trabajado para Hortencia Espinoza, empero, no existen elementos suficientes y fehacientes que acrediten su participación activa en los hechos materia de autos...»; **b2.** Que el dictamen en referencia soslaya que la imputación recogida en la denuncia da cuenta de un contexto delictivo cuyo sustento fáctico describe, primero, actos materiales de elección del bien; y, segundo, la implementación de un procedimiento aparente para su respectiva adquisición; **b3.** Que según la Doctrina existen actos funcionales de preparación con relevancia para el derecho penal, entre ellos los que «guardan íntima conexión con el proceso del delito, constituyendo el eslabón objetivable inicial, llegándose a esta estimación luego de un análisis histórico realizado *ex post*, una vez concretado el ilícito»[16]; **b2.**. que a ambos se les ha atribuido haber intervenido en la fase preparatoria del íter criminis contribuyendo a convertir a la acusada ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIÉRREZ en titular del citado vehículo, el mismo que sería ulteriormente adquirido para la entidad agraviada, tal y conforme se había determinado en el plan delictivo que, supuestamente, contextualizaba dicho acto preparatorio; **b4.** Que a las conclusiones exculpantes del dictamen en relación a los procesados **JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO** y **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ**, se oponen las señaladas por la recurrente en sus agravios (ver acápite «d.2» ítems «iii» al «vii»); debiendo puntualizarse, entre otras diligencias no tenidas en cuenta por el mismo, las siguientes: **i]**. La declaración de la acusada ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ a que se contrae el acta

---

[16] ROJAS VARGAS, Fidel, *El Delito.- Preparación, tentativa y consumación*, Idemsa, Lima, 2009, p. 97.

de manifestación –sin presencia de Fiscal, empero, ratificada en la diligencia preliminar de fojas noventa y cinco, que sí cumplió con dicha formalidad- en la que detalló que el acusado ALFREDO YTURRY SACA, amigo de su hermano **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ**, fue a su casa y se dirigieron a la Avenida Dolores donde venden carros, indicándosele que iba a firmar en la transferencia de un camión, circunstancias en las que se le presentó a **JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO** de cuya persona le dijeron que era sobrino del Alcalde **(MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO)**; quienes le hicieron firmar al día siguiente varios documentos, acudiendo a la Notaría con ALFREDO YTURRY SACA; siendo que, transcurrida una semana, este último le pidió que le prestara una factura, mencionándole que ella había ganado una licitación, y pasada la navidad del dos mil tres, el antes mencionado la llamó para que vaya a la Municipalidad de Yanahuara a firmar un contrato; y días después fue nuevamente llamada para que se dirija a dicho Municipio para que cobre un cheque, siendo conducida después al Banco de Comercio, ubicado en la avenida El Ejército –Cayma, donde esperaron «al sobrino del Alcalde» efectuando el cobro; relato que vuelve a reiterar en su manifestación policial –véase fojas noventa y cinco-, instructiva –véase fojas quinientos cuarenta y seis-; y acta de confrontación entre la antes mencionada y los procesados **JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO** y **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ** –véase fojas setecientos cincuenta y siete- donde volvió a señalar que el penúltimo de los mencionados se identificó como sobrino del Alcalde, viéndolo en las dos oportunidades antes precisadas; **ii].** La manifestación del procesado ALFREDO YTURRY SACA –diligencia sin presencia de Fiscal, empero, ratificada en la diligencia preliminar de fojas ciento ocho, que sí cumplió con dicha formalidad-, en la cual no niega conocerse con su co-acusada ZAIDA MADELEINE LLALLACACHI GUTIERREZ, ni que ha concurrido al domicilio de esta última; empero, al ser confrontado con la versión de esta última, solo señaló: «*todo es falso*», «*no tengo idea por qué está actuando así*» –véase fojas ciento cinco y siguiente-; mientras que en su ampliación de manifestación al ser preguntado si ha realizado el llenado de la factura número cero cero uno –cero cero doscientos y guía de remisión número cero cero uno –cero cero doscientos, ambos del ocho de enero de dos mil cuatro, de la empresa COMREYSER, reconoció «*que llenó la factura y la guía de remisión a pedido de la señora ZAIDA, así como llenó otros documentos por encargo de ella*»; **iii].** La manifestación de **ROBERT MAURO LLALLACACHI GUTIERREZ** –con participación del Representante del Ministerio Público- quien refirió: «*yo tengo conocimiento que mi hermana no participó*

en ningún concurso, pero (...) en una oportunidad ALFREDO ITURRI me pidió que le diga a mi hermana para que le entregue una factura, pero yo le dije que hable con ella (...) luego de todo esto (...) ITURRI me comentó que mi hermana tenía que hacerle una cobranza pero no me dio detalles...»; **Sexto:** Consiguientemente, habiéndose incurrido en la causal prevista en el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del mismo Cuerpo Normativo, por haberse afectado el debido proceso, corresponde declarar la nulidad de la resolución impugnada; Por estos fundamentos, declararon **NULO** el auto superior de fojas mil trescientos treinta y dos, del ocho de abril de dos mil diez, que declara No Haber Mérito para pasar a Juicio Oral en el extremo de la imputación recaída contra **MILTON EDILBERTO FILIBERTO VERA GAMERO, JORGE ERNESTO DEL CARPIO GAMERO y ROBER MAURO LLALLACACHI GUTIÉRREZ** por delito de colusión, en agravio del Estado; disponiendo el archivamiento de la causa respecto de éstos; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

10. Estándar probatorio para condenar

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 2653-2009

ICA

Lima, diecinueve de mayo de dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados José Jesús Magallanes Sifuentes, Hugo Torres Chumbiauca y César Jaime Atuncar Matías contra la sentencia de fojas siete mil quinientos veinticinco, del diecinueve de enero de dos mil nueve; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que el encausado José Jesús Magallanes Sifuentes en su recurso de nulidad de fojas siete mil quinientos setenta sostiene que el delito por el que se le condenó está tipificado en el artículo cuatrocientos treinta del Código Penal el cual no dispone una pena, empero, se remite a los artículos cuatrocientos veintisiete y cuatrocientos veintiocho del referido

cuerpo normativo, por lo que resulta aplicable el último dispositivo mencionado cuya pena máxima es de seis años y habiendo transcurrido a la fecha trece años desde que sucedieron los hechos, la causa se encuentra prescrita; que no se valoraron los antecedentes del testigo Guillermo Quijano Sánchez y sus diversas contradicciones; que no se merituó la declaración testimonial de Betty Yolanda Almeyda Napa; y, finalmente, que en su condición de registrador civil sólo cumplió órdenes del ex - Alcalde. Segundo: Que los encausados Hugo Torres Chumbiauca y César Jaime Atuncar Matías en su recurso formalizado de fojas siete mil quinientos setenta y cinco alegan que no se valoró adecuadamente el mérito de las pericias contables; que no se especificó supuestamente con qué empresas se simularon algunas cotizaciones; que la Contraloría General de la República nunca les solicitó los descargos correspondientes; y, finalmente, que no se probó la supuesta connivencia. Tercero: Que, según la acusación fiscal de fojas tres mil cuatrocientos cincuenta y seis y la requisitoria oral de fojas cinco mil setecientos setenta -en la que se delimitó adecuadamente los hechos-, se les atribuyen los siguientes cargos: i)- De acuerdo al informe de Contraloría General de la República se imputa al encausado Segundo Alejandro Guerrero Tejada -en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Sunampe- haber efectuado dos contratos con Godofredo Bustamante Cárdenas, el primero de ellos, para realizar el levantamiento de la Base Gráfica Cartográfica del distrito de Sunampe, pactándose el monto de setenta y un mil trescientos setenta nuevos soles con veinticuatro céntimos -a ejecutarse en un plazo de sesenta días calendarios- y, el segundo contrato, para la implementación del Sistema de Información Cartográfica con fines de integración al Plan de Desarrollo del referido distrito pactándose en la suma de cincuenta y ocho mil seiscientos veintinueve nuevos soles con setenta y seis céntimos -a ejecutarse en un plazo de cuarenta y cinco días calendarios-; que para tal fin se efectuó los procesos de adjudicación directa números cero cero uno y cero cero dos guión noventa y nueve guión MDS guión CH, y para ello se invitó a presentar su propuesta al referido señor Godofredo Bustamante Cárdenas, la que se efectuó de manera irregular, empero, el citado encausado Guerrero Tejada conjuntamente con los imputados César Atuncar Matías y Hugo Torres Chumbiauca -en su condición de miembros de la comisión de contratación-, otorgaron la buena pro a dicho proveedor, sin comprobar la suficiencia técnica para realizar los servicios; ii)- Que, posteriormente, con fecha doce de noviembre de mil novecientos noventa y nueve el imputado Guerrero Tejada suscribió un contrato con Godofredo Bustamante Cárdenas para la elaboración del expediente técnico «Asfaltado en caliente de doble vía de la Avenida

Primavera» por un monto de quince mil quinientos veintidós nuevos soles, y en dicho proceso de contratación se evidenció la existencia de tres cotizaciones de las cuales se elaboró un cuadro comparativo de precios en el que sólo se detalló el precio ofertado por cada uno de los postores, el que se encuentra firmado por los encausados Segundo Alejandro Guerrero Tejada, Hugo Torres Chumbiauca y César Atuncar Matías, apreciándose que dicho procedimiento irregular fue simulado con la finalidad de darle visos de legalidad, habiéndose cancelado la totalidad del servicio sin que se hubiese prestado el mismo; iii)- Que, por otro lado, se advierte del informe de auditoría que las hojas en las cuales se encontraban las actas de matrimonio celebrado entre Juan Huasasquiche Yataco y Nelly Esther Loyola Morales -el diecisiete de octubre de mil novecientos noventa y cinco- y de Santos Fortunato Sotelo Toledo y Betty Yolanda Almeyda Napa -el diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y cinco- fueron arrancadas del tomo respectivo, y que posteriormente fueron pegadas en el mismo lugar entre las fojas ciento setenta y seis y ciento setenta y siete «A»; y, sobre la base de la pericia grafotécnica que se efectuó se concluyó que la escritura correspondiente al foliado proviene del puño gráfico del encausado José Jesús Magallanes Sifuentes. **Cuarto**: Que en mérito al informe número cero doce guión dos mil guión CG/APC emitido por la Contraloría General de la República -de fojas mil cuatrocientos sesenta y tres-, se determinó que: «respecto a los procesos de adjudicación directa números cero cero uno y cero cero dos guión noventa y nueve guión MDS guión CH realizados por la Municipalidad para la contratación de tales servicios, se evidenció que el Alcalde invitó al señor Godofredo Bustamante Cárdenas a presentar sus respectivas propuestas, se constató la existencia de las propuestas económicas presentadas sólo por éste postor -en la cual precisó como ocupación ser maestro contratista- no evidenciándose la existencia de otras invitaciones ni de propuestas de otros proveedores...; que, sin embargo, en el cuadro comparativo de cotizaciones de ambas adjudicaciones directas, suscrito por la Comisión Especial de Contratación y Adjudicación presidida por el Alcalde y conformada por los señores César Atuncar Matías -secretario- y Hugo Torres Chumbiauca -vocal- figuran las propuestas económicas de un total de cinco postores, constatándose que se limitaron a hacer sólo una comparación de precios sin realizar previamente una evaluación técnica...; que según actas de otorgamiento de buena pro, el veinte de enero de mil novecientos noventa y nueve, la Comisión Especial otorgó por unanimidad la buena pro al postor Godofredo Bustamante Cárdenas, empero, dicha Comisión no comprobó la suficiencia técnica

del postor ganador para realizar los servicios, con la agravante de otorgársela a un postor que, según sus propuestas, es maestro contratista, es decir, no es profesional y se dedica a labores relacionadas con la construcción civil, incumpliendo así lo establecido en los artículos cincuenta y setenta y ocho del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones...; sobre la autenticidad de las propuestas económicas presentadas por los otros postores, se evidenció que Central Peruvian Service S.R.L. no presentó a la Municipalidad Distrital de Sunampe ninguna propuesta para las mencionadas adjudicaciones directas...». **Quinto**. Que, incluso dicho informe concluyó que el Municipio efectuó un pago a cuenta de ciento veinte mil nuevos soles y pagó el saldo de diez mil nuevos soles, sin acreditar la realización de los dos trabajos contratados, esto sobre la base de que los contratos detallados en el primer ítem del tercer fundamento jurídico de la presente Ejecutoria Suprema, suman un total de ciento treinta mil nuevos soles. **Sexto**: Que, así mismo, con relación al segundo ítem del tercer fundamento jurídico citado, se advierte que en mérito al informe número cero catorce guión dos mil guión CG/APC emitido por la Contraloría General de la República -de fojas dos mil trescientos noventa y siete- se determinó que: «se evidencia la existencia de tres cotizaciones en base a las que se elaboró un cuadro comparativo de precios, en el que sólo se detalla el precio ofertado por cada uno de los postores, siendo firmado por Alejandro Guerrero Tejada, Hugo Torres Chumbiauca, César Atuncar Matías y José Magallanes Rojas, no advirtiéndose la existencia del acta de otorgamiento de buena pro...; se evidencia que no se cursaron invitaciones escritas a los postores, que las propuestas no fueron presentadas a la Municipalidad por conducto regular y que no se incluyó el aspecto técnico como criterio de evaluación para las propuestas...; que se constató que el procedimiento de adjudicación directa sin publicación efectuado para la adquisición del servicio resulta ser una simulación...; que se evidenció el pago total del servicio sin que este se hubiese prestado, lo que se agrava porque el mismo día en que se suscribió el contrato, el contratista emitió una factura por un monto total de dieciocho mil trescientos quince nuevos soles con noventa y seis céntimos y la Municipalidad emitió el comprobante de pago por dicho monto a nombre de Godofredo Bustamante Cárdenas...». **Sétimo**: Que, es más, el encausado Hugo Torres Chumbiauca cuando rindió su declaración instructiva señaló que: «el primer contrato lo firmé por presión del Alcalde quien me amenazó con despedirme si no lo hacía»; y con relación a los documentos que se adulteraron para darle visos de legalidad a las contrataciones detalladas en el informe de Contraloría General de la República respectivo, refirió que: «bajo amenaza de ser

despedido por el Alcalde y con la finalidad de justificar los egresos de dinero y regularizar las anomalías existentes me hizo firmar documentos, así como a otro integrante del Comité, César Atuncar Matías» -véase fojas dos mil novecientos quince-. **Octavo**: Que, por su parte, el imputado Cesar Jaime Atuncar Matías cuando rindió su declaración instructiva refirió que: «el Alcalde Guerrero Tejada ejerció presión para que suscribiera los cuadros comparativos y que como miembro del Comité de Adjudicaciones se limitó a suscribirlos en vías de regularización, y que tuve que firmarla para no perder el trabajo» -véase fojas dos mil novecientos ochenta y cuatro-. **Noveno**: Que si bien es cierto en el plenario ambos encausados variaron su versión -véase fojas cinco mil ochocientos noventa y ocho y cinco mil novecientos nueve, respectivamente- fue con la única finalidad de evadir la responsabilidad penal que les alcanza; que, en esas circunstancias, debe valorarse lo establecido en el precedente vinculante esbozado en el recurso de nulidad número tres mil cuarenta y cuatro guión dos mil cuatro, del uno de diciembre de dos mil cuatro, cuando estableció lo siguiente: «que cuando se trata de testigos o imputados que han declarado indistintamente en ambas etapas del proceso penal, en la medida en que la declaración prestada en la etapa de la instrucción se haya actuado con las garantías legalmente exigibles... el Tribunal no está obligado a creer aquello que se dijo en el acto oral, sino que tiene libertad para conceder mayor o menor fiabilidad a unas u otras de tales declaraciones, pues puede ocurrir, por determinadas razones... que ofrezca mayor credibilidad lo declarado en la etapa de la instrucción que lo dicho después en el juicio oral...». **Décimo**: Que, a mayor abundamiento, se tiene el informe número cero veintinueve guión dos mil guión CG/APC, emitido por la Contraloría General de la República -véase fojas tres mil cuarenta y seis-, en la que se concluyó que: «se confirmó la consistencia de tres hechos denunciados: la no utilización de las cuentas corrientes bancarias para el pago a proveedores, a los expedientes técnicos elaborados por los señores Godofredo Bustamante Cárdenas y César Sayón Arguelles, así como la integridad de los Libros de la Oficina de Registro de Estado Civil, respecto a los que se han emitido cuatro informes especiales legales...»; que para el presente caso corresponde invocar taxativamente dos de los siguientes hechos: «0- contratación irregular de persona natural para la elaboración del Levantamiento de la Base Gráfica - Cartografía del distrito de Sunampe e Implementación del Sistema de Información Cartográfica con fines de Integración al Plan de Desarrollo del Distrito de Sunampe, por un monto de ciento treinta mil nuevos soles; y, ii)-contratación irregular del proveedor para la elaboración del expediente técnico Asfaltado en caliente doble vía avenida Primavera, por la suma de

dieciocho mil trescientos quince nuevos soles con noventa y seis céntimos». Undécimo: Que, el delito de colusión, previsto y sancionado por el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, requiere que el agente infractor sea un funcionario o servidor público que en el marco de un contrato o cualquier otra operación semejante en que intervenga por razón funcional, defrauda al Estado. Duodécimo: Que la figura delictiva atribuida a los imputados Hugo Torres Chumbiauca y César Jaime Atuncar Matías se encuentra debidamente acreditada, puesto que en su condición de integrantes de la Comisión Especial de Contratación y Adjudicación del municipio agraviado concertaron para beneficiar a Godofredo Bustamante Cárdenas causando un perjuicio económico a la parte agraviada conforme se corrobora de los informes de Contraloría General de la República, y para ello simularon los procesos de adjudicación, ingresando documentos de contenido falso para tal fin. **Décimo Tercero**: Que, frente a esta conclusión, los demás agravios invocados orientados a reclamar su inocencia de modo alguno invierten los términos invocados en los fundamentos jurídicos que anteceden y, por lo tanto, no resultan atendibles. Décimo **Cuarto**: Que, por otro lado, con relación al tercer ítem del tercer fundamento jurídico citado, se advierte que en mérito al informe número cero quince guión dos mil guión CG/APC emitido por la Contraloría General de la República -de fojas dos mil cuatrocientos veinticinco-, se determinó que: «José Jesús Magallanes Sifuentes como Registrador Civil de la Municipalidad Distrital de Sunampe celebró el matrimonio de Santos Fortunato Sotelo Toledo y Betty Yolanda Almeyda Napa cuando ésta contaba con diecisiete años de edad, sin exigirle el requisito del asentimiento expreso de sus padres...; que respecto a la hoja arrancada del libro cuarenta y tres y que posteriormente fue pegada entre los folios ciento setenta y seis y ciento setenta y siete - A, se determinó que la escritura del foliado corresponde al puño gráfico del encausado José Jesús Magallanes Sifuentes...»; que ello se encuentra corroborado con la pericia grafotécnica que se dispuso en los debates orales -véase fojas cinco mil novecientos noventa y ocho-. **Décimo Quinto:** Que, al respecto, el citado imputado invocó que la causa se encuentra prescrita, sin embargo, es de precisar que si bien no existe fecha cierta de cuando sucedieron los hechos que se le incriminan, debe tomarse como base la fecha en que se elaboró el informe de Contraloría General de la República, esto es, en el mes de julio de dos mil -véase fojas dos mil cuatrocientos veinticinco-, porque fue la ocasión en que se descubrió el hecho punible, el cual ha sido tipificado como delito de supresión, destrucción y ocultamiento de documentos -previsto en el artículo cuatrocientos treinta del Código Penal-, el que se encuentra sancionado

con la pena señalada en el artículo cuatrocientos veintisiete del referido cuerpo sustantivo -al tratarse de un documento público-, esto es, una pena no menor de dos ni mayor de diez años. **Décimo Sexto**: Que, los plazos prescriptorios se encuentran contemplados en el artículo ochenta del Código Penal el cual establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, al que debe agregarse una mitad más a efectos de determinar el plazo extraordinario de prescripción, acorde a lo preceptuado en el artículo ochenta y tres del Código sustantivo, esto es, el plazo prescriptorio para el referido ilícito penal sería de quince años; y, no habiendo transcurrido a la fecha dicho plazo no ha operado la prescripción de la causa, por lo que no resulta amparable dicha pretensión. **Décimo Sétimo**: Que para efectos de la determinación judicial de la pena debe tenerse en cuenta la forma y circunstancia de la comisión del delito y las características personales de los imputados quienes concertaron con la finalidad de causar un perjuicio a la entidad agraviada aprovechando para ello el cargo que ostentaban, por lo que la pena impuesta es proporcional al contenido del injusto y a la culpabilidad del hecho. **Décimo Octavo**: Que, finalmente, con relación a la reparación civil impuesta se debe dejar establecido que ésta comprende el resarcimiento del bien o una indemnización por quien como consecuencia de la comisión de un delito ocasionó un daño que afectó los derechos e intereses legítimos de la víctima, por lo que, en el caso de autos, la reparación civil impuesta por la Superior Sala Penal ha sido fijada en forma proporcional con la magnitud del daño causado. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas siete mil quinientos veinticinco, del diecinueve de enero de dos mil nueve, en el extremo que: i)- condenó a Hugo Torres Chumbiauca y César Jaime Atuncar Matías, como autores del delito contra la Administración Pública - delito cometido por funcionario público -concusión - colusión ilegal, y del delito contra la fe pública - falsificación de documentos en agravio del Estado y otro, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el período de prueba de tres años bajo reglas de conducta; y, ii)- condenó a José Jesús Magallanes Sifuentes, como autor del delito contra la fe pública - supresión, destrucción y ocultamiento de documentos en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Sunampe, a dos años de pena privativa de la libertad suspendida por el período de prueba de un año bajo reglas de conducta, inhabilitación por el plazo de la condena, treinta días - multa, y fijó en cuatro mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil abonarán solidariamente a favor del Estado y de la Municipalidad Distrital de Sunampe; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

11. Nulidad de fallos absolutorios

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 702-2009

LIMA

Lima, doce de mayo de dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscal Superior y la Procuraduría Pública a cargo de los Asuntos Judiciales de la Contraloría General de la República contra la sentencia de fojas tres mil quinientos veinticuatro, del catorce de enero de dos mil nueve; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que la parte civil en su recurso formalizado de fojas tres mil doscientos ochenta y dos alega que no se valoró correctamente la prueba actuada; que necesariamente en el delito juzgado se requiere la infracción de normas administrativas empero ello no importa que tales conductas no sean pasibles de reproche penal; que el informe especial de control revela como fue favorecida indebidamente la empresa del encausado Carranza Terrones, cuyos hechos no fueron negados por los encausados que integraron el Comité y aunque arguyeron que fueron sorprendidos en su buena fe por su coencausado Carranza Terrones, tal excusa no se condice con los otros documentos aparejados a la propuesta técnica de la empresa ganadora de la buena pro; que, por su parte, la Señora Fiscal Superior en su recurso formalizado de fojas tres mil doscientos noventa y siete señala que el caudal probatorio que obra en autos mereció un mejor criterio de análisis; que de las declaraciones de los miembros del Comité se advierte que aprobaron las bases del concurso, por tanto no pueden argüir el desconocimiento de los bienes requeridos; que el Tribunal Superior incurrió en error al indicar que se modificaron exprofesamente las bases del concurso cuando lo que se enmendó fue la propuesta técnica de la empresa postora; que la Sala cayó en incongruencia al motivar la absolución del encausado Carranza Terrones por delito de falsedad genérica; y que la labor de Vásquez

Guerra no fue simplemente administrativa, pues tenía activa participación en el proceso y sus etapas. **Segundo**: Que según la acusación fiscal de fojas dos mil quinientos diecinueve, complementada a fojas dos mil seiscientos ocho, los encausados Wenceslao Julián Luis Cárdenas Dávila, Orlando Aniceto Wong Conca, Javier Oswaldo Díaz Rioja, Eric Igor Jolly Castañeda y Roger Alfonso Antonio Condemarin Yepes en su condición de miembros del Comité Especial Permanente del Ministerio de Educación, se coludieron con su coencausado Carranza Terrones para favorecerlo en el proceso de adjudicación directa selectiva que fue convocado para la adquisición de módulos de cableado de instalación eléctrica para la implementación en centros educativos; que en dicho proceso también intervino el encausado Vázquez Guerra, como apoyo administrativo del citado Comité; que, en ese orden de ideas, la empresa OSLER, de propiedad del encausado Carranza Terrones, resultó ganadora en los ítems uno (cables), ítems dos (canaletas) e ítems cuatro (ferretería y materiales eléctricos) -el tercer ítem lo obtuvo otra empresa-, del citado concurso pese a no contar con las especificaciones técnicas exigidas por las bases, especialmente las fijadas en el numeral tercero del cuarto tópico; que, además, en el mismo procedimiento se le otorgó indebidamente el veinte por ciento adicional sobre su puntaje obtenido en la calificación final en el ítem cuatro, pese a que esta bonificación sólo le corresponde a los postores de bienes y servicios elaborados o prestados dentro del territorio nacional; que, asimismo, la participación del encausado Vásquez Guerra no fue intrascendente, pues en atención a su vasta experiencia en temas de contratación y adquisición estatal desempeñó un papel importante en el proceso *sub materia* y como tal elaboró los cuadros comparativos de las propuestas, mantuvo a su cargo y bajo custodia la documentación del proceso, orientaba a los miembros del Comité en los distintos tópicos del proceso e incluso formuló las absoluciones a las observaciones efectuadas por la Contraloría General de la República. **Tercero**: Que el objeto del proceso consiste en esclarecer los temas sometidos a controversia bajo los parámetros de los principios y garantías constitucionales que la rigen, de suerte que una inadecuada dilucidación del tema en comento no solo incumple con los referidos parámetros sino que menoscaba el sistema de control social; que, en este sentido, el deber de motivar las decisiones jurisdiccionales no puede resumirse en una narración de hechos o una mera aportación formal de razones; motivar exige aportar razones lo suficientemente sólidas y convincentes para descartar la arbitrariedad, de suerte que la motivación consiste en dejar constancia de los actos de prueba producidos, de los criterios de valoración utilizados y del resultado de esa valoración, todo ello con la necesaria

precisión analítica, previa a una evaluación del material probatorio en su conjunto; que, en esta misma línea de exposición, la falta de motivación interna del razonamiento o defectos internos de la motivación se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión, mientras que se presenta una motivación insuficiente cuando se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada, y si bien no se trata de responder a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia vista en términos generales, sólo resultará relevante si es que la ausencia de argumentos o la insuficiencia de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo. **Cuarto**: Que, siendo así, se advierte que el Tribunal Superior no efectuó una adecuada ponderación de la prueba actuada pues no solo incurrió en notorias incongruencias al trasmitir su discurso absolutorio sino que soslayó examinar de manera conjunta la prueba actuada e incluso incurrió en una indebida motivación interna al citar hechos que no se ciñen al *factum* acusatorio ni a la exposición de los hechos que efectuaron las partes procesales; que, en este sentido, el Tribunal debió motivar el por qué excluyó valorar conjuntamente con la declaración jurada el expediente técnico que alcanzó el encausado Carranza Terrones en su propuesta al Comité, siendo insuficiente lo señalado por el Tribunal en cuanto a que era necesario poseer un conocimiento profundo de las especificaciones técnicas del bien que se deseaba adquirir, pues en las bases del concurso fue consignado con claridad que se requerían unidades bipolares mientras que las ofrecidas por el ganador de la buena pro eran monopolares; que, igualmente, la razonabilidad de la argumentación absolutoria deviene en inaceptable pues absolvió a los encausados al no comprobarse que participaron en la modificación ilegítima de las bases del concurso, sin embargo las enmendaduras a que estas se refrieren se ciñen exclusivamente a la propuesta técnica presentada por el encausado Carranza Terrones y no sobre las bases del concurso; que, de igual modo, no fue justificado internamente el por qué se absolvió al encausado Carranza Terrones del delito de falsedad genérica, e incluso se advierte que incongruentemente el Tribunal se pronunció por la irresponsabilidad de los miembros del Comité en el mencionado delito pese a que la acusación no les atribuía tal cargo. **Quinto**: Que, en atención a lo

expuesto, de la argumentación del Tribunal Superior, se observa que las conclusiones que se extraen a partir de sus propias premisas son arbitrarias y carecen de sustento lógico y jurídico; pues exceden los límites de la razonabilidad, esto es, que no resisten el test de razonabilidad -una concepción moderna y concreta de la arbitrariedad es lo carente de fundamentación objetiva, es decir lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, o puntualmente como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo-, por lo que existen suficientes elementos de juicio que invalidan la decisión cuestionada por ser arbitraria y carente de un mínimo de corrección racional, no ajustada al principio de interdicción de la arbitrariedad, reconocido en los artículos tres, cuarenta y tres y cuarenta y cuatro de la Constitución, y a la debida motivación de las resoluciones judiciales, plasmado en el inciso cinco del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución; que, por consiguiente, corresponde aplicar lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, y en consecuencia rescindir la sentencia impugnada, en este extremo, y convocar a un nuevo juicio oral, en el que se deberán esclarecer los cargos formulados en contra de los encausados, con atención a las observaciones planteadas en la presente Ejecutoria, quedando a criterio del Tribunal Superior la actuación de nuevos medios de prueba que faciliten el esclarecimiento del *thema probandum*. **Sexto**: Que, no obstante, es de mérito separar del análisis glosado la conducta y los cargos atribuidos al encausado Vásquez Guerra, pues en su caso en particular el Ministerio Público efectuó un inadecuado juicio de subsunción al calificar la conducta del mencionado encausado bajo el tipo penal de colusión desleal en calidad de cómplice; que, en este sentido, si bien se observa que participó en la elaboración de una serie de documentos de significativa importancia en el proceso de selección *sub materia*, también lo es que no formó parte del Comité ni ostentó alguna posición de autoridad, de suerte que si el tipo penal exige i) el acuerdo clandestino entre dos o más personas para lograr un fin ilícito, ii) el perjuicio a un tercero, en este caso al Estado, y finalmente iii) que el delito debe cometerse mediante alguna forma contractual, para lo cual se utiliza el cargo o comisión especial; tales elementos no se dan en la conducta de Vasquez Guerra; que, por otro lado, la figura del *extraneus* se refiere a aquél particular que no tiene esa condición especial -de funcionario público con capacidad de contratar a nombre del Estado- empero interviene en las citadas tratativas, lo que tampoco se da respecto al mencionado acusado el que, aún cuando participó en los trámites administrativos del concurso *sub litis* no se le imputa haberlo hecho en las tratativas, por ende su absolución se encuentra arreglada a ley y, como tal, no cabe rescindir la sentencia en cuanto a este extremo

se refiere. Por estos fundamentos: declararon NULA la sentencia de fojas tres mil quinientos veinticuatro, del catorce de enero de dos mil nueve, en la parte que absuelve de los cargos formulados en contra de Wenceslao Julián Luis Cárdenas Dávila, Orlando Aniceto Wong Conca, Javier Osvaldo Díaz Rioja, Eric Igor Jolly Castañeda, Roger Alfonso Antonio Condemarin Yepes y José Osler Carranza Terrones, en calidad de autores a los cinco primeros y cómplice al último, por delito de colusión desleal en agravio del Estado, y por delito de falsedad genérica en agravio del Estado a Carranza Torres; MANDARON se realice un NUEVO JUICIO ORAL por otro Colegiado, el cual observará los expuesto en la parte considerativa de la presente Ejecutoria; declararon NO HABER NULIDAD en la propia sentencia en la parte que absuelve a Marcos Javier Vázquez Guerra por delito de colusión desleal en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene; y los devolvieron.

S.S.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

12. Casación en materia del delito de colusión desleal

SALA PENAL PERMANENTE
Casación N° 14-2012
Puno
-AUTO DE CALIFICACIÓN DEL RECURSO DE CASACIÓN-
Lima, treinta de marzo de dos mil doce.

AUTOS y VISTOS; el recurso de casación interpuesto por el encausado Alex Max Sullca Cáceres, contra la resolución de folios ciento cincuenta y cinco de fecha veintiocho de noviembre de dos mil once que declaró infundado el recurso de nulidad de todo lo actuado, en el proceso penal que se le sigue al precitado, por el delito de negociación incompatible en el cargo o aprovechamiento indebido en el cargo en agravio de la Municipalidad Provincial de San Antonio de Putina; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein;

CONSIDERANDO:

PRIMERO: FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien

concedido y si procede conocer el fondo del mismo. La admisibilidad del recurso de casación surge de la concordancia de los artículos cuatrocientos cinco, cuatrocientos veintiocho y cuatrocientos treinta primer apartado del citado Código Procesal Penal, cuyos requisitos deben cumplirse debidamente para que se declare bien concedido; en este orden de ideas, el inciso primero, parágrafo «c» del artículos cuatrocientos cinco del anotado Código, prescribe que para la admisión del recurso se requiere: «c)**se precise las partes o puntos** de la decisión a los que se refiere la impugnación, y **se expresen los fundamentos de hecho y de derecho que lo apoyan**. El recurso deberá concluir formulando una pretensión concreta».

SEGUNDO:

En este orden de ideas, el artículo cuatrocientos veintinueve de la ley procesal penal identifica las causas que determinan la procedencia del recurso de casación y, a su vez, el inciso uno del artículo cuatrocientos treinta del citado Código establece que: «El recurso de casación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo cuatrocientos cinco, debe indicar separadamente cada causal invocada. Asimismo, citará concretamente los preceptos legales que considere erróneamente aplicados o inobservados, precisará el fundamento o los fundamentos doctrinales y legales que sustenten su pretensión, y expresará específicamente cuál es la aplicación que pretende».

TERCERO: AGRAVIOS

El recurrente Alex Max Sullca Cáceres alega que:

i.-El auto ha sido expedido con inobservancias de las garantías constitucionales de carácter procesal y material y con una indebida aplicación de dichas garantías en razón de haberse contravenido el derecho de defensa y debido proceso prevista en el inciso primero del artículo cuatrocientos veintisiete;

ii.- El auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionada con nulidad al haberse contravenido los artículos ciento veintisiete y ciento treinta y uno del Código Procesal Penal, en razón de que no se notificó la resolución uno – dos mil once, prevista en el inciso segundo del artículo cuatrocientos veintisiete; y

iii.- Por la causal establecida en el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete, referente al desarrollo de la doctrina jurisprudencial, al señalar que «*la notificación obligatoria que deban realizar las Salas Penales Superiores, cuando la Sala Superior tenga su sede un lugar distinto al juzgado, cuando el recurso de queja por denegatorio de apelación sea presentado ante el Juez que denegó dicho recurso*».

CUARTO: ANÁLISIS

4.1.-La materia casatoria, se debe relievar que el recurso de casación no es de libre configuración, sino que, por el contrario, para que esta Suprema Sala Penal pueda tener competencia funcional para casar una sentencia, debe cumplirse con las disposiciones previstas en el artículo cuatrocientos veintiocho y normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos presupuestos deben satisfacerse acabadamente para que se declare bien concedido. En este orden de ideas, este Colegiado Supremo previamente debe verificar la admisibilidad de esta clase de recurso extraordinario[17] y la superación de las causas de desestimación contempladas en el artículo cuatrocientos veintiocho del nuevo Código Procesal Penal, así como de sus normas concordantes, cuyos requisitos deben cumplirse en forma ineludible para posteriormente analizar las causales en que se sustenta y decidir si está bien concedido.

4.2.-En tal sentido, debemos relievar que el recurrente incurre en deficiente fundamentación de su pretensión (referente a las causales previstas en los incisos primero y segundo del artículo cuatrocientos veintinueve), pues si bien citó los motivos o causas tasadas, que justificarían el conocimiento de fondo; sin embargo, su desarrollo no tiene correlato con las supuestas inobservancias de las garantías anotadas, limitándose a efectuar un recuento de lo acontecido durante el desarrollo del proceso penal, que no afecta el núcleo duro de la decisión cuestionada.

4.3.-Que, por otro lado, debemos puntualizar que no siendo este Supremo Tribunal una tercera instancia, donde se puede realizar un re - examen probatorio de lo ya actuado en las precedentes etapas, debe desestimarse el recurso de casación.

4.4.-Finalmente, en relación a la causal de «necesidad del desarrollo jurisprudencial» a fin de que se pronuncie respecto a este novedoso pronunciamiento judicial y si el mismo constituye una nueva forma de configuración de los supuestos de usurpación agravada por abuso de confianza, debemos relievar que: «A la par de los requerimientos de procedibilidad, y a efectos de la Corte intervenir y aceptar discrecionalmente la casación excepcional, se exige como condicionamiento, de que se trate de una situación con proyecciones a la necesidad del desarrollo-unificación

[17] La casación penal como recurso extraordinario no es una nueva instancia para ventilar las situaciones de hecho y derecho, no es un tercer escenario de controversias para reabrir discusiones superadas, ni la demanda puede elaborarse en libre discurso. PABÓN GÓMEZ, Germán, *De la Casación Penal en el Sistema Acusatorio*, Ibáñez, Bogotá, 2011, p. 27.

de la jurisprudencia nacional, ora porque existan vacíos, o se requieran mayores puntualizaciones, o se pretenda por variaciones jurisprudenciales; **aspecto alguno, que corresponderá singularizar al impugnante.** Al respecto la jurisprudencia extranjera señala que: «*La discrecionalidad de la Corte para aceptarla no se extiende a situaciones comunes, repetitivas o meramente contingentes, sino a la necesidad del desarrollo doctrinario con miras a la unificación de la jurisprudencia nacional (...). Como obligada consecuencia, no bastará entonces con que el impugnante haya interpuesto en tiempo el recurso con el señalamiento que haga del evento al que se acoge, pero ni siquiera con la genérica advertencia de que a su juicio se requiere tomar un tema en búsqueda de precisión o ampliación de los criterios, **sino que el esfuerzo ha de adentrarse a señalar ante todo los aspectos errátiles, oscuros o carentes de un debido desarrollo, cuando no las consecuencias de agravio o de injusticia que una interpretación primera haya podido suscitar, todo lo cual implica la necesidad de indicar con toda claridad y precisión en que consiste el pronunciamiento o las variaciones a las cuales se aspira.*** Tal condicionamiento, exige como imperativo al censor, el no quedarse en la simple enunciativa o prédica de que se trata de una impugnación con miras a la necesidad del desarrollo jurisprudencial, **sino el interponerse y a la vez en dicha interposición, sustentarse, y si se trata de la necesidad de intervención de la Corte de cara al desarrollo de la jurisprudencia, plasmar las correspondientes confrontaciones a la jurisprudencia existente y relativa al tema sustancial de que se trate, y/o, aportando criterios en punto de lo cambiable u objeto de ampliación.**

4.5.-En ese sentido, fijado lo anterior, y contrastado con lo alegado por el recurrente, concluimos en la inobservancia de las exigencias fundamentadoras exigibles para que opere el supuesto excepcional y discrecional consistente en la necesidad para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

QUINTO

El numeral dos del artículo quinientos cuatro del Código Procesal Penal, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al apartado dos del artículo cuatrocientos noventa y siete del citado Código.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

Declararon:

I.- INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por el encausado Alex Max Sullca Cáceres, deducido contra la resolución de folios ciento cincuenta y cinco de fecha veintiocho de noviembre de dos mil once que declaró infundado el recurso de nulidad de todo

lo actuado deducido por el precitado recurrente en el proceso penal que se le sigue por el delito de negociación incompatible en el cargo o aprovechamiento indebido en el cargo en agravio de la Municipalidad Provincial de San Antonio de Putina.

II. **CONDENARON** al recurrente al pago de las costas del recurso, que serán exigidas por el Juez de la investigación preparatoria.

III. **ORDENARON** se notifique esta decisión a las partes apersonadas a la instancia.

IV. **DISPUSIERON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal Superior de origen y se dé cumplimiento; archívese; interviniendo el señor Juez Supremo Morales Parraguez por vacaciones del Señor Juez Supremo Pariona Pastrana.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

SALAS ARENAS

NEYRA FLORES

MORALES PARRAGUEZ

13. Ejecutoria Modelo para declarar nula la sentencia condenatoria

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 3641-2011

LIMA

Lima, veinticinco de mayo de dos mil doce.

VISTOS; los recursos impugnatorios interpuestos contra la sentencia de fojas cincuenta y un mil doscientos treinta y cinco, del veintidós de setiembre de dos mil once, por el procesado JORGE CAMET DICKMANN, respecto al extremo que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública - colusión ilegal, en agravio del Estado.

El encausado ALBERTO PANDOLFI ARBULÚ, en cuanto a su condena como autor del delito contra la Administración Pública - colusión ilegal, en agravio del Estado.

El imputado JORGE FRANCISCO BACA CAMPODÓNICO, en lo referido a su condena como autor de los delitos contra la Administración Pública –colusión ilegal y contra la Fe Pública– falsedad ideológica, ambos en agravio del Estado.

El procesado CÉSAR ENRIQUE SAUCEDO SÁNCHEZ, respecto al extremo que lo condenó como autor de los delitos contra la Administración Pública - colusión ilegal y contra la Fe Pública - falsedad ideológica, ambos en agravio del Estado, y por el delito contra la Tranquilidad Pública - asociación ilícita para delinquir, en agravio de la Sociedad.

EL REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO, en cuanto a lo siguiente: i) la absolución de los procesados Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú, Jorge Francisco Baca Campodónico, César Enrique Saucedo Sánchez, Víctor Dionicio Joy Way Rojas, Carlos Alberto Bergamino Cruz, Víctor Enrique Caso Lay y Alberto Fujimori Fujimori por el delito contra la Administración Pública - malversación de fondos, en agravio del Estado; ii) la absolución del procesado Víctor Dionicio Joy Way Rojas por el delito de supresión, destrucción u ocultamiento de documentos, en agravio del Estado; iii) el extremo que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el procesado Víctor Enrique Caso Lay por delito contra la Tranquilidad Pública - asociación ilícita para delinquir, en agravio de la Sociedad, y, iv) el quantum de la pena impuesta a los procesados Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú, Jorge Francisco Baca Campodónico y Cesar Enrique Saucedo Sánchez (cuatro años de privación de libertad suspendida en su ejecución por el termino de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta) .

EL PROCURADOR PÚBLICO ESPECIALIZADO EN DELITOS DE CORRUPCIÓN -parte civil-, en el extremo que fijó en cincuenta millones de nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar los condenados Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú, Jorge Francisco Baca Campodónico, Cesar Enrique Saucedo Sánchez.

Interviene coma ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado.

De conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

CONSIDERANDO

AGRAVIOS EXPRESADOS POR LAS PARTES

PRIMERO: El procesado JORGE CAMET DICKMANN fundamentó su recurso de nulidad a fojas cincuenta y un mil trescientos cincuenta y

siete, alegando como causal de nulidad de la sentencia impugnada, que se vulneraron los siguientes derechos y principios de relevancia constitucional:

A. El principio de presunción de inocencia; en atención a que:

i) La Sala Sentenciadora solo tuvo en cuenta para condenarlo la declaración instructiva de Vladimiro Montesinos Torres, brindada en otro proceso, con afectación de las garantías y exigencias que deben concurrir para la admisión y valoración de la prueba trasladada, pues este tipo de valoración probatoria solo puede ser utilizada respecto de casos relacionados con asociaciones criminales o ilícitas, lo que no ocurre en el presente caso pues la Sala declare) prescrita la acción penal seguida contra el recurrente por delito de asociación ilícita para delinquir. Por otro lado, sostiene que, al no ser parte en la causa donde fue vertida dicha declaración, no pudo ejercer su derecho de defensa y contradicción, y que se transgredió el mandato de la propia Sala Penal Especial de la Corte Suprema, pues cuando esta incorporó como prueba trasladada la referida declaración -en la sesión de audiencia del veinticinco de agosto de dos mil once-, delimitó expresamente que su actuación estaba vinculada al delito de asociación ilícita para delinquir;

En cuanto a la credibilidad de la declaración de Vladimiro Montesinos Torres, se tiene que: i.1.- Se trata de un testimonio referencial o de oídas; ii.2.- No se encuentra mínimamente corroborada con otras acreditaciones indiciarias que consoliden su relato incriminador, tal como lo exige el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco; ii.3.- Se contradice con la declaración que vertió en la presente causa a nivel de instrucción; y, No se tomó en cuenta que Vladimiro Montesinos Torres fue sentenciado por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima por delito de falsedad genérica;

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema expuso una motivación aparente, valorando como medios probatorios de cargo la sentencia de colaboración eficaz de Luis Enrique Duthurburu Cubas y la declaración en juicio oral de Luis Alberto Venero Garrido; sin embargo, tales medios de prueba acreditan su inocencia y no su responsabilidad penal, piles ambos señalaron expresamente que no se entregó ninguna comisión a Jorge Camet Dickmann por la compra de los aviones MIG - veintinueve bielorrusos y que, por el contrario, el descuento o rebaja que este logró sobre el precio de venta de los dieciocho aviones bielorrusos los perjudico al mermar sus utilidades.

B. El derecho a la prueba; toda vez que, refiere, no se valoraron los medios de prueba ofrecidos por el recurrente, siendo estos:

i) La sentencia por colaboración eficaz emitida en el expediente número dieciocho - dos mil uno - B, de fecha diez de diciembre de dos mil dos - admitida en la sesión de fecha veintiséis de agosto de dos mil once-, que acreditaría que el recurrente no recibió comisión y/o pago de parte de los vendedores de los aviones bielorrusos, pues el colaborador eficaz Luis Enrique Duthurburu Cubas no lo mencionó al brindar los nombres de las personas que recibieron comisiones por la compra de dichos aviones;

ii) Las declaraciones en juicio oral de Luis Enrique Duthurburu Cubas y Alberto Venero Garrido -vendedores de los aviones bielorrusos, cuyas declaraciones fueron admitidas y actuadas en las sesiones de fecha veinticuatro y nueve de junio de dos mil once, respectivamente-, quienes señalaron de modo coincidente que no entregaron comisión alguna a Jorge Camet Dickmann;

iii) Diversos oficios -ofrecidos en la sesión de audiencia del trece de setiembre de dos mil once-, que acreditarían que los estudios que señalaron la necesidad de adquirir las aeronaves de guerra, así como el requerimiento de compra de estos aviones fueron realizados por la Fuerza Aérea del Perú y por el Ministerio de Defensa, sin participación alguna del encausado Jorge Camet Dickmann;

iv) El «Estudio para determinar el sistema de armas interceptor más conveniente para la Fuerza Aérea del Perú de febrero de mil novecientos noventa y seis» y la 'Evaluación Técnico - Operativa Económica de las propuestas recibidas para el suministro de un sistema de armas interceptor tipo MIG - veintinueve, de marzo de mil novecientos noventa y seis» -admitidos en la sesión de audiencia de fecha trece de setiembre de dos mil once-, que demuestran que no tuvo participación en la decisión de comprar los aviones de guerra bielorrusos, ni en las negociaciones que hubo entre los vendedores, los representantes de la Fuerza Aérea y del Ministerio de Defensa para determinar la calidad, cantidad y precio de los aviones a adquirir por nuestro país; y,

v) La carta remitida por Treves Intora Association a la Fuerza Aérea del Perú / Ministerio de Defensa, con fecha nueve de abril de mil novecientos noventa y seis, que acreditaría que su única participación en todo el proceso de adquisición de los dieciocho aviones bielorrusos fue conseguir un descuento del once por ciento, conducta que lejos de denotar un acto colusorio o perjudicial para el Estado

Peruano, significó un beneficio para el país y un perjuicio en los intereses y ganancias de los vendedores de aviones.

C. El principio de legalidad; porque los hechos que sirven de fundamento para la condena son atípicos, en atención a lo siguiente:

i) En el delito de colusión desleal se exige que el sujeto activo sea doblemente cualificado, pues además de ser funcionario público debe participar en el proceso de selección o en la ejecución del contrato, siendo que en el presente caso, si bien el recurrente tenía la primera condición, éste no intervino en la contratación por razón de su cargo ni comisión especial;

No se realizó la conducta ilícita pues no existió acuerdo colusorio;

No hubo un perjuicio imputable al recurrente;

No se advierte dolo en su conducta, la misma que consistió únicamente en buscar que se otorgue un menor precio por la compra de los aviones.

D). El principio acusatorio y el de correlación o congruencia; pues señala que el Tribunal introdujo como nuevo hecho a la pretensión incriminatoria del Fiscal, que «se instituyó una organización delictiva dentro del aparato del Estado para crear el denominado fondo de contingencia, organización delictiva que estuvo integrada por Alberto Fujimori Fujimori Vladimiro Montesinos Torres y los ex Ministros de Estado», el cual se ha repetido a lo largo de la sentencia para sustentar la responsabilidad penal del recurrente; sin embargo, agrega que este nuevo hecho no fue objeto del contradictorio en el Juicio Oral, ni fue materia de imputación en la acusación fiscal, en los dictámenes complementarios ni en la requisitoria oral. Considera que la referida creación y mantenimiento de un fondo de contingencia para la perpetuación en el poder del ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, que supone un acuerdo previo para permitir la apropiación ilegal de fondos públicos por parte de terceros, ya fue materia de proceso penal en la Corte Suprema con archivamiento definitivo en la causa número nueve - dos mil tres, por lo que respecto de tal hecho ha operado la cosa juzgada.

E. El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales y el principio de imparcialidad del Órgano Jurisdiccional; en tanto la Sala incurrió en una omisión de motivación, pues no hizo referencia a ninguna de las pruebas actuadas en el Juicio Oral; asimismo, respecto a la reparación civil, no cumplió con demostrar la concurrencia de los presupuestos que permiten determinar la responsabilidad civil (antijuridicidad, daño, nexo causal y factor de atribución) ni señaló

bajo qué criterios fijó el monto que impuso a los procesados por dicho concepto.

SEGUNDO: El encausado ALBERTO PANDOLFI ARBULÚ fundamentó su recurso de nulidad a fojas cincuenta y un mil trescientos noventa y nueve, señalando que se ha emitido sentencia condenatoria en su contra contraviniendo principios de orden constitucional; así sostiene que se vulneró

A. El Principio de Legalidad; pues, la conducta que se le atribuye resulta atípica, al estar ausente uno de los elementos de la tipicidad: la imputación objetiva, y por tanto dicha conducta deviene en impune y no es perseguible penalmente, ello debido a que operan los principios de confianza y de prohibición de regreso:

i) Ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de confianza.- Refiere que, como Presidente del Consejo de Ministros, suscribió junto al Presidente de la República y otros funcionarios públicos los Decretos de Urgencia número cero veintiocho - noventa y seis y cero setenta y cinco - noventa y seis, los cuales autorizaron el desembolso de dinero para que se haga efectiva la compra de aviones MIG - veintinueve y SUKOI - veinticinco en el contexto del conflicto bélico que mantenía el Estado Peruano con el Ecuador; sin embargo, el proceso de licitación y/o negociación que realizó el Estado Peruano con el Estado de Bielorrusia para dichas adquisiciones se efectuó con anterioridad a su designación como Presidente del Consejo de Ministros -producida el tres de abril de mil novecientos noventa y seis, mediante Resolución Suprema número ciento nueve - noventa y seis - PCM-, habiéndose acreditado que fue el Ministro de Economía y Finanzas Jorge Camet Dickmann, quien participó en las negociaciones e incluso viajó a Bielorrusia para gestionar una disminución de los precios. En dicho contexto, suscribió los referidos decretos de urgencia: confiando que los funcionarios que participaron en el requerimiento de armamento, el contacto con los proveedores, las negociaciones para la compra, la fijación de los precios, etc., actuaron en el correcto desempeño de su función pública; sin tener conocimiento de ningún acto colusorio realizado en el momento de las negociaciones u otras irregularidades, en perjuicio del Estado Peruano; sin conocer si parte del dinero desembolsado por el Estado Peruano tenía como destino el «fondo de contingencia» para la reelección. Asimismo, sostiene que el contexto bélico hacia casi imposible revisar al detalle el proceso de selección y/o negociación realizado con anterioridad a su gestión o llevar a cabo un nuevo proceso, pues la urgencia de contar con mayores y mejores armamentos de guerra para equiparar nuestras fuerzas

bélicas era evidente, más aún, si en ese momento el Perú se encontraba en gran desventaja; por tanto, su conducta consistente en la mera suscripción de Decretos de Urgencia no configura el delito de colusión, pues para ello se requiere además algún tipo de participación en el acto colusorio, el mismo que se dio con anterioridad a su designación como Presidente del Consejo de Ministros;

ii) Ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de prohibición de regreso.- Señala que el desembolso efectuado por el Estado para la compra de los aviones nunca fue manejado por la Presidencia del Consejo de Ministros, sino por el Ministerio de Economía y Finanzas en coordinación con el Ministerio de Defensa; que el destino que estos ministerios, a través de sus titulares, le hayan dado a dicho dinero se encuentra fuera de su ámbito de competencia, si le dieron o no algún destino ilícito aprovechándose de su aporte lícito, ello no puede generarle responsabilidad penal, por cuanto su participación se circunscribió al ámbito de lo permitido. Agrega que su designación se efectuó mucho después de haber culminado el proceso de selección, negociación y fijación de los precios y además, la suscripción de los Decretos de Urgencia obedecieron única y exclusivamente a la preservación de la seguridad nacional, en el contexto de la guerra con el Ecuador, debiendo considerarse que, en dicho contexto de conflicto bélico no era irregular o ilícito que la compra de aviones no se comunicara al Congreso e inclusive al Consejo de Ministros en su conjunto; por tanto, la sanción no puede extenderse a todos aquéllos que participaron de alguna forma en la referida adquisición.

B. El deber de motivación de las resoluciones judiciales; sustentado en que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema expuso una motivación aparente y carente de razonabilidad, así se tiene que:

i) No señaló cómo infiere que existió concertación con los interesados en los contratos de adquisición de los equipos bélicos, omitiendo indicar que las actividades referidas a las contrataciones materia del presente proceso se concretaron entre los meses de febrero y marzo de mil novecientos noventa y seis, esto es, un mes antes que el recurrente ingresara al gobierno, lo cual aparece en el propio Informe Final de la Sub Comisión Investigadora de las Denuncias Constitucionales números veintiocho, ochenta y dos y ciento diecinueve;

ii) Incurrió en una grave contradicción, pues señaló que Para la configuración del delito de colusión debe existir necesariamente

concertación con los interesados; sin embargo, concluyó que no cabe duda de la comisión del delito por cuanto al expedirse los Decretos de Urgencia supuestamente se permitió materializar el plan concebido por el ex Presidente Fujimori. Por otro lado, en el supuesto que el ex Presidente hubiera tenido dicha intención en su fuero interno, no se puede sancionar penalmente a terceros por hechos que no le son atribuibles, más aun cuando no existe prueba incriminatoria alguna en dicho sentido.

C. Su derecho de defensa; apoyado en que no se valoró la prueba de descargo aportada por el recurrente, la misma que excluye de manera absoluta su responsabilidad penal por los hechos materia de investigación; así, se tiene que la Sala Penal Especial de la Corte Suprema omitió valorar en el fallo impugnado lo siguiente:

La sentencia de fecha diez de diciembre de dos mil dos, expedida por el Quinto Juzgado Penal Especial, contra el colaborador eficaz Luis Enrique Duthurburu Cubas, en la que se analizó el caso de la compra de aviones MIG - veintinueve y SUKOI - veinticinco, dejando en evidencia quienes eran las personas involucradas en la asociación destinada a obtener provecho económico ilícito por dichas compras, sin que en momento alguno se haya señalado que el recurrente tuvo algún tipo de injerencia, participación o beneficio, hecho que fue ratificado por el propio Luis Enrique Duthurburu Cubas en su declaración testimonial rendida ante la Vocalía de Instrucción con fecha quince de marzo de dos mil cuatro;

ii) Las copias certificadas remitidas por el Congreso de la República, de las transcripciones de las actas de las sesiones llevadas a cabo por: 1. la Sub Comisión Investigadora de las Denuncias Constitucionales número veintiocho, ochenta y dos y ciento diecinueve, que motivaron el presente proceso penal; 2. la Comisión Permanente del Congreso, donde se abordaron las citadas denuncias constitucionales; 3. el Pleno del Congreso de la República, del veintiocho de mayo de dos mil tres, en la Segunda Legislatura Ordinaria - dos mil dos; 4. la Comisión Waisman, encargada de investigar presuntas irregularidades en la adquisición de las aeronaves MIG - veintinueve y SUKOI - veinticinco, la misma que no lo Llamó a declarar ni siquiera en calidad de testigo; 5. la Comisión Morales, encargada de investigar el uso de recursos de la privatización y otros de la Caja Fiscal para gastos de Defensa, al amparo de dispositivos secretos entre agosto de mil novecientos noventa y setiembre del dos mil, la cual tampoco encontró responsabilidad penal contra el recurrente, sino sólo una responsabilidad política;

El Informe Final presentado por la Sub Comisión Investigadora de la Denuncia Constitucional número ochenta y cinco y su Addenda

correspondiente, que guarda similitud con la investigación realizada en el presente proceso, reconociéndose en dicho informe que el refrendo del Presidente del Consejo de Ministros sólo puede acarrear responsabilidad política, mas no penal;

El Informe Final de la Sub Comisión Investigadora de las Denuncias Constitucionales número veintiocho, ochenta y dos y ciento diecinueve, que analizó el proceso de adquisición de los aviones MIG - veintinueve de segundo uso a Bielorrusia;

v) La resolución de fecha catorce de junio de dos mil cinco, emitida por la Vocalía Suprema de Instrucción en la presente causa;

vi) La declaración testimonial de Luis Enrique Duthurburu Cubas, quien señaló que la compra de los aviones se trató directamente con los representantes de la Fuerza Aérea del Perú y que no conoció al recurrente ni tuvo conocimiento de que haya tenido alguna intervención en la compra de los aviones mencionados;

vii) La testimonial de Marcelino Cárdenas Torres, ex Director General del Tesoro Público del Ministerio de Economía y Finanzas, quien sostuvo que correspondió únicamente a la Unidad Ejecutora - Ministerio de Defensa- el uso y control de los recursos asignados, que el recurrente no tuvo alguna injerencia en las asignaciones financieras y que dicho trámite siguió su procedimiento ordinario;

viii) El testimonio de Luis Alberto Venero Garrido, quien indicó que no conoce al recurrente y tampoco sabe si tuvo algún tipo de participación en los hechos; asimismo, refirió que Vladimiro Montesinos Torres únicamente le comentó que tenía que entregarle dinero a Alberto Fujimori Fujimori, al Ministro de Defensa y al Comandante General de las Fuerzas Armadas;

ix) La declaración testimonial del ex Comandante General de la Fuerza Aérea del Perú, Waldo Wilson Richter Urteaga, quien señaló desconocer que el recurrente tuviera algún tipo de participación en la negociación y compra de las aeronaves;

La declaración testimonial del General de la Fuerza Aérea del Perú Carlos Modenesi Cobián, quien sostuvo que conformó una comisión encargada de estudiar y recomendar el sistema de armas que pudiera satisfacer los requerimientos técnicos y operativos de la Fuerza Aérea del Pert), cumpliendo la labor encomendada a través de un informe presentado el mes de febrero de mil novecientos noventa y seis, y que las evaluaciones para la adquisición de los aviones MIG - veintinueve se produjeron con anterioridad al ingreso del recurrente a la función pública;

La testimonial del ex Ministro de Defensa, General en retiro Tomas Castillo Meza, quien refirió que las primeras actividades de compra de armamento se iniciaron en mayo de mil novecientos noventa y cinco, reconociendo de manera implícita que fue la persona encargada de recomendar la adquisición de aeronaves en dos etapas, ello a través del Oficio número cero cero ocho -SG-MD-A de fecha trece de febrero de mil novecientos noventa y seis, siendo que al día siguiente, se aprobó en sesión del Consejo de Defensa Nacional la adquisición antes citada, aprobándose un presupuesto para ello, lo cual demuestra que el recurrente no tuvo participación en los hechos.

D, El principio de presunción de inocencia; argumenta que las únicas pruebas o indicios que motivaron la sentencia condenatoria dictada en su contra son: el haber suscrito y refrendado los Decretos de Urgencia número veintiocho - noventa y seis y setenta y cinco - noventa y seis, y el no haber comunicado los Decretos de Urgencia en cuestión al Congreso de la República y al Consejo de Ministros; sin embargo, éstos no enervan en absoluto la presunción de inocencia que le ampara, pues el contexto político, social y económico en que se llevó a cabo la suscripción de los Decretos de Urgencia, fue el de la lucha antisubversiva y contra el narcotráfico, así como el conflicto bélico con el país de Ecuador, tal como se señaló en la propia sentencia; por lo que se encuentra debidamente justificado su no comunicación al Congreso ni al Consejo de Ministros, obedeciendo ello a razones de seguridad, en tanto la filtración de información sobre la adquisición de armamento de guerra podría haber puesto en grave peligro la seguridad nacional y las negociaciones por la paz; no existiendo más allá de ello ninguna prueba que acredite algún acto colusorio de su parte con otros funcionarios del Estado o con los particulares proveedores de armas.

TERCERO: El imputado JORGE FRANCISCO BACA CAMPODÓNICO fundamentó su recurso de nulidad a fojas cincuenta y un mil trescientos noventa y uno, formulando los siguientes agravios:

Afectación al principio de correlación; pues la sentencia condenatoria -en sus fundamentos veinte y treinta y cuatro- incorpora un hecho que no estuvo comprendido en la acusación formulada por el Ministerio Público, referido al refrendo que hizo el recurrente como Ministro de Economía y Finanzas del Decreto de Urgencia número cero treinta y dos - noventa y ocho.

Agravios de orden probatorio; precisa que:

i) La condena se sustentó en la sindicación de Vladimiro Montesinos Torres, efectuada en otro proceso, seguido en su contra por delito de colusión desleal -debido a que el presente proceso sólo

comprende a altos funcionarios-; no obstante, al tener la condición de testigo impropio, su declaración debió someterse a las reglas de valoración establecidas en el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco /0-ciento dieciséis;

ii) La sentencia reconoció que la declaración de Vladimiro Montesinos Torres se encuentra corroborada con las declaraciones de los testigos Duthurburu Cubas y Venero Garrido; sin embargo, éstos precisaron en el juicio oral que su intervención estuvo relacionada a la adquisición de los dieciocho - aviones MIG - veintinueve y dieciocho aviones SUKOI veinticinco, adquiridos a Bielorrusia en el año mil novecientos noventa y seis, es decir, a un período en que el recurrente no ejerció ningún cargo ministerial, pues fue nombrado Ministro de Economía y Finanzas a partir del mes de julio de mil novecientos noventa y ocho, es decir, dos años después;

La condena se sustentó en la evaluación de prueba indiciaria; sin embargo, no se tomó en cuenta el precedente vinculante establecido en la Ejecutoria Suprema, Recurso de nulidad número mil novecientos doce - dos mil cinco, referido a los requisitos especiales que permiten enervar el derecho de presunción de inocencia en base a prueba indiciaria, apreciándose que en el presente caso no existen indicios plurales, concomitantes ni imbricados entre sí, pues hacen referencia a un período en el que el recurrente no ejerció cargo ministerial alguno;

No intervino en el proceso de adquisición de los tres aviones MIG - veintinueve a Rusia -que guarda relación con el Decreto de Urgencia número treinta y dos - noventa y ocho- ni con la contratación del servicio de reparación y mantenimiento para los aviones MIG - veintinueve y SUKOI - veinticinco adquiridos a Bielorrusia -vinculada al Decreto de Urgencia número treinta y ocho - noventa y ocho-, lo cual se pudo corroborar con: iv 1.- las declaraciones testimoniales del Coronel FAP José Rafael Urquizo Prado, Mayor General FAP César Gallo Lale y Coronel FAP Ricardo Carrillo Velarde - Álvarez, suscriptores del «Informe de la Comisión Especial de Investigación para revisar y analizar el Proceso de Adquisición de los Sistemas de Armas MIG - veintinueve y SUKOI - veinticinco'; iv.2.- con el Acta del Consejo Superior de Defensa de la Fuerza Aérea del Perú número cero cinco - CSFA - noventa y ocho, de fecha nueve de junio de mil novecientos noventa y ocho; iv.3.- con el Contrato número RV/ ochocientos sesenta mil cuatrocientos once millones ciento treinta y un mil tres, de fecha cuatro de julio de mil novecientos noventa y ocho; y, iv.4.- con la Resolución Ministerial número trescientos cuarenta y seis - DE/FAP-CE;

v) No se acreditó la concurrencia del elemento defraudación, necesario para que se configure el delito de colusión desleal, pues según lo declarado por el testigo Coronel FAP José Rafael Urquizo Prado en el juicio oral, los tres aviones MIG - veintinueve adquiridos a Rusia en mil novecientos noventa y ocho -que guardan relación con el Decreto de Urgencia número cero treinta y dos - noventa y ocho- no estaban sobrevalorados; por otro lado, el Informe Técnico Contable no comprendió en su análisis ni conclusiones una probable sobrevaloración de los precios de los aviones adquiridos. Señala que por el contrario, se demostró que de acuerdo a la información contenida en el Oficio número II-sesenta y cinco-SGFA-número cero cuatrocientos cuarenta y tres, remitido por el Secretario General de la Fuerza Aérea del Perú a la Vocalía Suprema de Instrucción con fecha diecisiete de junio de dos mil cuatro, de los tres aviones MIG -veintinueve nuevos, adquiridos a Rusia en mil novecientos noventa y ocho, dos de ellos (al año dos mil cuatro) se encontraban en estado operativo, mientras que uno estaba en mantenimiento; asimismo, conforme al Oficio Secreto número II-ciento setenta-IN0I- número cero setecientos sesenta y ocho, de fecha trece de noviembre de dos mil uno, remitido por el Inspector General de la Fuerza Aérea del Perú al Comandante General, la contratación del servicio de mantenimiento y repuestos para los aviones MIG - veintinueve y SUKOI - veinticinco adquiridos a Bielorrusia en mil novecientos noventa y seis -que guarda relación con el Decreto de Urgencia número cero treinta y ocho - noventa y ocho fue beneficioso y favorable para los intereses de la FAP»;

No se le demostró que existió concertación entre el recurrente y los representantes, accionistas o directores de las empresas Compañía Estatal Rosvooruzhenie, Grupo Ghiss Ibérica Sociedad Responsabilidad Limitada, Beltechexport Enterprise y Treves Intora Association, en el proceso de adquisición de los tres aviones MIG - veintinueve a Rusia, ni en la contratación del servicio de mantenimiento y repuestos para los aviones MIG - veintinueve y SUKOI - veinticinco, adquiridos a Bielorrusia;

Demostró que en mil novecientos noventa y ocho existió una necesidad concreta y real que justificó la decisión del Estado Peruano de adquirir los tres aviones MIG - veintinueve SE nuevos a Rusia, así como contratar el servicio de mantenimiento y repuestos para los aviones MIG -veintinueve y SUKOI - veinticinco adquiridos a Bielorrusia, pues ello ocurrió poco antes de suscribirse el Acuerdo de Paz con Ecuador en el mes de octubre de mil novecientos noventa y ocho, durante una coyuntura de pre conflicto bélico, tal como se puede corroborar con: vii 1.- las declaraciones en el acto oral del testigo Mayor

General FAP César Gallo Lale y del testigo Mayor FAP Rolando Magni Flores; vii.2..- los mensajes cablegráficos enviados por nuestra embajada en Rusia, que daban cuenta de la adquisición de armamento por parte de Ecuador a fines de mil novecientos noventa y siete; vii3.- el Estudio Técnico para la adquisición del sistema de armas de fecha treinta de abril de mil novecientos noventa y ocho, que sustentó dicha adquisición en informaciones referidas a la compra de armamento por parte de Ecuador; vii4.- oficio número cero sesenta y dos - noventa y ocho-P-CCFFAA, de fecha treinta de julio de mil novecientos noventa y ocho, remitido por el Presidente del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas; vii.5.- el oficio número dos-veinte-X/cero uno, de fecha uno de agosto de mil novecientos noventa y ocho, remitido por el Ministro de Relaciones Exteriores al Ministro de Defensa, en los que se dio cuenta de la presencia de personal militar ecuatoriano en territorio peruano al mes de julio de mil novecientos noventa y ocho; y, vii.6.- el informe de la Comisión Especial de Investigación para revisar y analizar el Proceso de Adquisición de los Sistemas de Armas MIG - veintinueve y SUKO! - veinticinco, de fecha ocho de enero de dos mil uno, donde se establece que desde febrero de mil novecientos noventa y cinco, en que concluyó el conflicto armado con el Ecuador, el Perú vivió un estado de tensión de guerra hasta el veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y ocho en que se firmó la paz entre ambos países a través del Acta de Brasilia.

C. Agravios respecto al delito de falsedad ideológica: Fundamenta su impugnación basándose en que:

i) No se demostró que realizó las conductas de insertar o hacer insertar, exigidas por el tipo penal de falsedad ideológica, pues únicamente refrendó los Decretos de Urgencia número cero treinta y dos - noventa y ocho y cero treinta y ocho - noventa y ocho como Ministro de Economía y Finanzas, por lo que su participación se redujo a suscribir conjuntamente con los Ministros de Defensa y el Presidente del Consejo de Ministros, los Decretos de Urgencia expedidos por el Presidente de la República, siendo éste el único funcionario que puede emitirlos, mientras que los Ministros de Estado se encuentran obligados constitucionalmente a suscribirlos para que éstos tengan validez;

ii) No se probó a través de alguna prueba personal, documental o pericial que hubiese insertado o hecho insertar a otro, la declaración «con la aprobación del Consejo de Ministros», habiéndose sustentado la condena en la sola conducta de refrendar los referidos decretos;

iii) No se acreditó la existencia del soporte material y/o instrumento público sobre el que se insertaron las declaraciones falsas, pues

no se demostró la existencia de las autógrafas de los Decretos de Urgencia citados;

CUARTO: El imputado CESAR ENRIQUE SAUCEDO SÁNCHEZ fundamentó su recurso de nulidad a fojas cincuenta y un mil cuatrocientos treinta y ocho, señalando como agravios:

Vulneración a la garantía de la cosa juzgada; toda vez que ya fue condenado por el delito de asociación ilícita para delinquir, mediante sentencia de fecha tres de agosto de dos mil cinco, en la causa número veinticinco dos mil tres, la misma que fue ejecutoriada por la Primera Sala Penal Transitoria con fecha cinco de octubre de dos mil seis, sobre la base de la misma imputación fáctica; asimismo, se declaró fundada la excepción de cosa juzgada en la causa número tres - dos mil cinco por la Tercera Sala Penal Liquidadora, por delito de asociación ilícita, imputándosele en dicho proceso haber conformado una agrupación ilícita para cometer diversos delitos en agravio del Estado y que esta estaba liderada por el ex presidente Alberto Fujimori Fujimori y por su Asesor Presidencial y Jefe -de facto- del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos Torres, en el mismo periodo de tiempo, con los mismos procesados y otros funcionarios; por lo tanto, se dan los tres presupuestos exigidos para declarar la cosa juzgada.

Agravios de orden probatorio; alega que:

i) Se le atribuye la firma de los Decretos de Urgencia número treinta y dos - noventa y ocho y treinta y ocho - noventa y ocho; sin embargo, del primero solo se tiene una fotocopia simple y la firma del segundo no obra en autos, por lo tanto, dichos extremos de la imputación no han sido probados, al no haberse demostrado que los refrendó; por otro lado, se tiene que las transferencia de fondos públicos a los que hacían referencia los citados Decretos de Urgencia- por intermedio del Banco de la Nación a la Fuerza Aérea del Perú (Unidad Ejecutora) se dieron cuando ocupaban el cargo de Ministro de Defensa, Rolando Salazar Monroe y Carlos Bergamino Cruz, respectivamente;

ii) No se tomó en cuenta que en los Decretos de Urgencia citados, no se hace referencia a la finalidad específica de los fondos a transferir;

No hubo una debida apreciación de la normatividad vigente en el momento de los hechos, pues según el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) y al Cuadro para Asignación de Personal (CAP) de la Presidencia del Consejo de Ministros, la responsabilidad por la aprobación de los Decretos de Urgencia aludidos recaía sobre otros funcionarios;

No se probó mediante prueba pericial que la adquisición de los aviones se realizó únicamente con intereses económicos subalternos

de parte de los intervinientes en la contratación y tampoco se probó el perjuicio al Estado en los requerimientos técnicos operativos y logísticos acordados por la Fuerza Aérea del Perú para potenciar la capacidad operativa del sistema integral de armamento de las Fuerzas Armadas, pues los peritos no pudieron realizar los cuadros de comparación de precios;

v) No se realizó la contextualización temporal del desembolso de los fondos públicos, pues no se tomó en cuenta que el recurrente fue Ministro de Estado desde el dieciocho de junio de mil novecientos noventa y siete hasta el veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y ocho, no habiéndose acreditado que se produjo una concertación defraudadora con alguno de los proveedores;

vi) La declaración de Vladimiro Montesinos Torres no se valoró de conformidad con el Acuerdo Plenario referido a la sindicación de testigos; por otro lado, se aplicó de manera incorrecta la institución de la prueba trasladada;

vii) En la sentencia impugnada se han consignado en el rubro «Información Probatoria», un conjunto de pruebas que no lo incriminan, sino que, por el contrario, resultan exculpatorias, pues descartan su responsabilidad penal, como son: vii 1.- el Informe de la Comisión Especial de Investigación para revisar y analizar el proceso de adquisición de los sistemas de armas MIG - veintinueve y SUKOI - veinticinco, presidida por el Mayor FAP César Gallo Lale e integrada por los miembros de la Fuerza Aérea del Perú José Urquizo Prado, Carlos Wilson Mercado y Ricardo Carrillo Velarde Álvarez; vii 2.- el Informe número veinticinco - dos mil uno -CEAF-SBS, suscrito por los miembros del Comité de Asistencia Técnica en análisis financiero de la Superintendencia de Banca y Seguros CEAF; vii 3.- el oficio número diez mil setecientos sesenta noventa y siete DE/DM, suscrito por Cesar Saucedo Sánchez, el mismo que hace referencia al Decreto de Urgencia sesenta - noventa y siete del veinticinco de junio de mil novecientos noventa y siete, que no ha sido materia de imputación en el presente proceso; vii. 4.- las testimoniales de Irma Roxana Córdova Súnico -Secretaria de los ex ministros de Economía Jorge Camet y Carlos Boloña Behr-, de Alfredo Jalilie Awapara -ex Vice Ministro de Economía-, Reynaldo Uladislao Bringas Delgado -funcionario del Ministerio de Economía y Finanzas-, Félix Alcides Pino -funcionario de la Secretaría del Consejo de Ministros desde el año mil novecientos noventa y tres-, Guillermo Carlos Miranda Arosemena -Director General de la Oficina Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas-; y, las declaraciones del procesado Jorge Camet Dickmann, incluyendo la que brindó ante el Congreso de la República;

viii) La Sala Penal ordenó la reserva del proceso contra el ex mandatario Alberto Fujimori Fujimori en la sentencia, lo que es ilegal pues el Poder Judicial chileno, al resolver la extradición, desestime los cargos de colusión desleal, malversación de fondos, falsedad ideológica y asociación ilícita para delinquir en lo relacionado al tema de los Decretos de Urgencia por no estar probados; dicha resolución debió ser evaluada en la sentencia a fin de contextualizar el escenario en que ocurrieron los hechos y lo antecedente respecto a los Decretos de Urgencia materia del presente proceso.

C. Respecto al delito de falsedad ideológica; alega que no se evaluó la normatividad -vigente en la fecha en que se firmaron los Decretos de Urgencia- que regulaba el funcionamiento, funciones y responsabilidades de los funcionarios de la Presidencia del Consejo de Ministros, como el Reglamento de Organización y Funciones (ROF), el Manual de Organización y Funciones (MOF) y el Cuadro para Asignación de Personal (CAP), según los cuales la redacción del contenido de dichos decretos correspondía a otros funcionarios, y por tanto, no puede ser responsable respecto a dicho acto funcional, administrativa ni penalmente.

D. Sobre la vigencia de la acción penal; sostiene que la Sala debió declarar fundada de oficio la excepción de prescripción a favor del recurrente respecto de los delitos de asociación ilícita para delinquir y falsedad ideológica, en virtud a que se pronunció en dicho sentido en cuanto a los procesados Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú y Víctor Dionicio Joy Way Rojas, tanto más, si se desempeñó como Ministro de Estado en la Cartera de Defensa en el período comprendido entre el dieciocho de junio de mil novecientos noventa y siete y el veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y ocho.

QUINTO: El REPRESENTANTE DEL MINISTERIO PÚBLICO fundamentó su recurso de nulidad a fojas cincuenta y un mil quinientos uno, sosteniendo lo siguiente:

En cuanto al extremo que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el procesado Víctor Enrique Caso Lay por el delito de asociación ilícita para delinquir; señala que en el presente proceso, el encausado Caso Lay tiene la condición de reo contumaz; por lo tanto, si bien empezó a correr el plazo de prescripción desde la comisión del delito, éste se interrumpió cuando el Ministerio Público inició sus acciones sobre el delito cometido y se suspendió con la declaración de contumacia, y en consecuencia, no correspondía declarar fundada la excepción de prescripción deducida por la defensa técnica del referido procesado, tanto más si la suspensión del plazo

prescriptorio no vulnera ningún derecho, pues opera no a causa del Estado, sino de la propia acción evasiva del contumaz -por lo que no constituye un derecho-, debiendo tenerse en cuenta, además, que la Constitución no ampara el abuso del derecho.

En lo atinente a la absolución de los procesados de los procesados Jorge Francisco Baca Campodónico, César Enrique Saucedo Sánchez, Víctor Dionicio Joy Way Rojas, Carlos Alberto Bergamino Cruz, Víctor Enrique Caso Lay y Alberto Fujimori Fujimori por el delito contra la Administración Pública - malversación de fondos, en agravio del Estado; sostiene que: Se presenta un supuesto especifico de grave irregularidad u omisión de trámites o garantías establecidas por la ley procesal penal, al no haberse observado lo señalado en el artículo sexto del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional». Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptor y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional-, pues no se tomó en cuenta que en la sentencia recaída en el proceso de inconstitucionalidad número cinco - dos mil uno, el Tribunal Constitucional estableció la distinción conceptual entre la defensa ante la delincuencia y la defensa nacional ante una agresión externa;

La sentencia no explica la fuente de la supuesta «perspectiva evolutiva» con la que pretendió extender el concepto de panificación; por otro lado, contrariamente a lo que se sostiene en la sentencia, el tipo penal no exige que se trate de una partida presupuestal en el sentido estricto del término;

El tipo penal no exige que se afecten partidas sino destinos, por lo tanto, no debe distinguirse donde la ley no lo hace, si el destino de «pacificación» no abarca un conflicto externo entonces el dinero gastado para tal fin no cumple dicho fin, por ende, no puede entenderse que los aviones MIG - veintinueve podían ser empleados en tareas de pacificación, más aún si el propio gobierno -cuyos funcionarios fueron materia del proceso-, asociaron dicho concepto con la lucha contra la delincuencia terrorista y no contra los conflictos externos;

Existió perjuicio, pues se pagaron comisiones ilícitas y hubo sobrevaloración en el precio de los aviones comprados.

C. Respecto a la absolución del procesado Víctor Dionicio Joy Way Rojas, por delito de supresión, destrucción u ocultamiento de documentos, en agravio del Estado; señala que habiendo realizado un estudio de los autos, se desiste en cuanto a este extremo, de

conformidad con el artículo segundo párrafo del artículo trescientos cuarenta y tres del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria por mandato de su Primera Disposición Final.

D. En lo referido al quantum de la pena impuesta a los procesados Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú, Jorge Francisco Baca Campodónico y César Enrique Saucedo Sánchez; alega que:

i) No se motivó de modo suficiente este extremo, pues la Sala Especial Sentenciadora señaló que nos encontramos ante un supuesto de dilación indebida o retraso injustificado no imputable a los procesados, motivo por el cual, rebajó en un año la pena sin especificar los actos concretos de dilación indebida que habría cometido el Estado, ni en qué forma éstos retrasaron el proceso, por lo tanto, no puede determinarse si la rebaja de pena resulta excesiva, apropiada o diminuta; por otro lado, no se advierte en la referida sentencia ninguna consideración de los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, no siendo suficiente que la tipología penal materia de condena implique de por sí una lesión de deberes funcionales, siendo lo correcto determinar la magnitud de esa trasgresión para fijar el quantum de la pena;

ii) El artículo veintidós del Código Penal, faculta al Juez -mas no lo obliga- a reducir la pena sobre la base de la edad del imputado al momento de la comisión de los hechos; sin embargo, en el presente caso no se sabe si se ha tomado en cuenta dicho factor en el caso del procesado Jorge Camet Dickmann. En virtud de lo cual, solicita que este Supremo Tribunal se pronuncie sobre cada uno de los factores que sean aplicables de acuerdo a los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal y en base a la parte considerativa de la sentencia para fijar el quantum de la pena, y en el caso del encausado Camet Dickmann, se establezca claramente si es merecedor de una pena diferenciada respecto de los demás procesados.

SEXTO: La PARTE CIVIL fundamentó su recurso de nulidad a fojas cincuenta y un mil quinientos veintiséis, alegando que la conducta de los sentenciados ha generado un cuantioso perjuicio económico al Estado, el cual se puede determinar con los siguientes medios probatorios:

i) La declaración de Walter Ledesma Rebaza, ex Ministro de Defensa, quien señaló que existió negligencia en la Comisión Técnico Operativa presidida por el Mayor General FAP Rubén Mindela Velarde, existiendo sobrevaluación en la adquisición de los aviones MIG - veintinueve y SUKOI- veinticinco bielorrusos e irregularidades en la participación de las empresas Treves Intora Association y W veintiuno;

ii) La declaración de Walter Ledesma Rebaza, ex Ministro de Defensa, quien precisó que existíos negligencia de parte de la comisión presidida por el General FAP Rolando Magni Flores, que gestionó la firma del contrato para la compra de aviones, al no considerar los repuestos y accesorios para el mantenimiento no programado de dichas aeronaves, situación que motivó la contratación de un Service.

La declaración del General FAP Elesván Bello Vásquez ante el Congreso de la República, donde refirió que se reunió con el procesado Camet Dickmann, debido a que los Tres Comandantes Generales le solicitaron, en su calidad de Ministro de Economía, fondos a fin de afrontar el problema con Ecuador; asimismo, señaló que no se compró un stock de repuestos para mantenimiento no programado como normalmente se hace para garantizar la adecuada operatividad de las aeronaves;

La manifestación de Miguel Medina Ramos, Inspector General de la Fuerza Aérea del Perú, ante la Comisión del Congresista Walter Alejos Calderón, quien precisó que los aviones MIG - veintinueve - comprados el año mil novecientos noventa y seis- comenzaron a llegar el alto mil novecientos noventa y siete;

La manifestación de Alejandro Retes Rivero ante el Congreso de la República, quien realizó un estudio técnico respecto a las adquisiciones del sistema integral de armas con recursos de la privatización, precisando en dicha oportunidad que el dinero utilizado en la compra de aviones y servicio de mantenimiento mediante Decretos de Urgencia, ascendió a quinientos cincuenta y ocho millones de dólares aproximadamente;

El Informe del Presidente de la Comisión Especial de Investigación sobre el use de los recursos de la privatización y otros de la Caja Fiscal para gastos de Defensa al amparo de dispositivos secretos entre agosto de mil novecientos noventa y noviembre de dos mil, determinándose que existió corrupción en la adquisición de dieciocho aviones MIG - veintinueve y dieciocho SUKOI - veinticinco, por un monto total de quinientos noventa y un millones de dólares;

La copia del Decreto de Urgencia número cero treinta y dos - noventa y ocho, que autorizó al Ministerio de Defensa la utilización de los recursos de la privatización, hasta por el monto de ciento veintiséis millones doscientos noventa y tres mil dólares, para la compra de los aviones MIG - veintinueve;

La testimonial de Marcelino Cárdenas Torres, quien declaró que se encargó de recepcionar, custodiar y manejar financieramente los fondos producto de las privatizaciones, que ascendieron

aproximadamente seis millones de dólares, fondos que eran manejados de acuerdo a ciertas disposiciones legales, entre ellas, los Decretos Legislativos y los Decretos de Urgencia;

iv) La testimonial de Luis Enrique Duthurburu Cubas, quien señaló que en el proceso de compra de los dieciocho aviones MIG - veintinueve y dieciocho SUKOI - veinticinco, participó en representación de la compañía Suiza Treves Intora Association, que a su vez era representante del ente representativo del Gobierno de Bielorrusia, teniendo conocimiento por Venero Garrido, del pago de una comisión dádiva a Montesinos Torres de diecisiete millones de dólares;

La testimonial de Luis Alberto Venero Garrido, quien precisó que fue socio de la empresa MT veintiuno junto con Moshe Rothschild, Enrique Benavides y Claus Corpacho- y se encargó de la venta a la Fuerza Aérea del Perú de una cuadrilla de aviones, a cambio de lo cual tuvieron que entregar a Vladimiro Montesinos Torres más de diez millones de dólares como comisión, pago que realizaron con resignación mas no por convicción, siendo tal tipo de negociación común en el mundo; asimismo, señaló que escuchó decir a Montesinos Torres que dicho dinero sería repartido con algún Ministro de Defensa o Comandante General;

La declaración testimonial de Fernando Eduardo Suito Hermosilla, quien manifestó que visó el contrato de la compra de aviones MIG - veintinueve, pagándose por cada uno la suma de veinticinco millones de dólares, que comprendió el valor de la nave sola más el material de guerra y repuestos; y,

xii) El informe pericial técnico contable, que concluye que los recursos de la privatización de empresas del Estado, que estaban destinados a acciones de pacificación y lucha contra la pobreza, fueron destinados hacia el Ministerio de Defensa a través de Decretos de Urgencia, algunos de los cuales no cumplieron con ser aprobados por el Consejo de Ministros, mientras que otros no fueron de conocimiento del Congreso de la República, concluyéndose que no existió justificación para el requerimiento de equipos bélicos.

DELIMITACION DE LOS HECHOS MATERIA DE IMPUTACION:

SÉTIMO: Fluye de la acusación fiscal de fojas cuarenta y siete mil seiscientos treinta y cinco y de los dictámenes complementarios de fojas cuarenta y ocho mil ochocientos cuarenta y tres y cuarenta y nueve mil doscientos doce, los siguientes hechos materia de imputación:

A. Respecto al delito de asociación ilícita para delinquir: Que el ex Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, abusando

del cargo y poder que detentaba, formó y lideró, en concierto con sus entonces Ministros de Estado, Jorge Baca Campodónico, Cesar Enrique Saucedo Sánchez, Víctor Dionisio Joy Way Rojas, Carlos Alberto Bergamino Cruz, Jorge Camet Dickmann y Alberto Pandolfi Arbulú, una asociación delictiva, que amparándose en la dación de Decretos de Urgencia dispusieron indebidamente de los fondos de la privatización, justificando ampliaciones presupuestales excepcionales para los Ministerios de Defensa e Interior, transgrediendo en esencia lo dispuesto por la Ley de Promoción de la Inversión Privada en las empresas del Estado fondos destinados a la erradicación de la pobreza y la pacificación del país-; pues expidieron varios Decretos de Urgencia, inobservando los trámites, disposiciones legales y constitucionales que los regulan, a fin de crear necesidades y requerimientos ficticios de equipos bélicos, bienes y servicios, previamente pactados con empresas sobre el monto y forma de las adjudicaciones del Estado, con el único afán de obtener cuantiosas ventajas económicas.

Señala el Fiscal que a) el Presidente de la República suscribió veintidós Decretos de Urgencia, de los cuales trece dispusieron del dinero producto de la Privatización de las Empresas del Estado; de estos; b) Alberto Pandolfi quien ejerció el cargo de Presidente del Consejo de Ministros del tres de abril de mil novecientos noventa y seis hasta el cuatro de junio de mil novecientos noventa y ocho, y del veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y ocho al cinco de enero de mil novecientos noventa y nueve, participó refrendando los Decretos de Urgencia que los detalla como: i) Decreto de Urgencia número cero veinte - noventa y seis, del diez de abril de mil novecientos noventa y seis; ii) Decreto de Urgencia número cero treinta y cinco - noventa y seis, del veintinueve de mayo de mil novecientos noventa y seis; iii) Decreto de Urgencia número cero setenta y cinco - noventa y seis, del dieciséis de octubre de mil novecientos noventa y seis; iv) Decreto de Urgencia número cero noventa y uno - noventa y seis; v) Decreto de Urgencia número cero sesenta - noventa y siete, del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y siete; e) Víctor Dionisio Joy Way Rojas, ex Presidente del Consejo de Ministros y Ministro de Economía y Finanzas del cinco de enero de mil novecientos noventa y nueve al ocho de octubre de mil novecientos noventa y nueve, refrendó los Decretos de Urgencia número cero cincuenta y dos - noventa y nueve y número cero sesenta - noventa y nueve; d) Jorge Camet Dickmann, ex Ministro de Economía del nueve de enero de mil novecientos noventa y tres al cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho, refrendó las siguientes normas: i) Decreto de Urgencia número cero veinte - noventa y cinco; ii) Decreto

de Urgencia número cero cuarenta y seis - noventa y cinco; iii) Decreto de Urgencia número cero cero uno - noventa y seis, iv) Decreto de Urgencia número cero veinte - noventa y cinco; v) Decreto de Urgencia número cero veintiocho - noventa y seis; vi) Decreto de Urgencia número cero treinta y cinco - noventa y seis; vii) Decreto de Urgencia número cero setenta y cinco - noventa y seis; e) Jorge Baca Campodónico, ex Ministro de Economía del cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho al cinco de enero de mil novecientos noventa y nueve, refrendó el Decreto Urgencia número cero treinta y ocho - noventa y ocho; f) César Enrique Saucedo Sánchez, ex Ministro de Defensa del dieciocho de junio de mil novecientos noventa y siete al veintiuno de agosto de mil novecientos noventa y ocho, suscribió los Decretos de Urgencia número cero treinta y dos - noventa y ocho y número cero treinta y ocho - noventa y ocho; g) Carlos Alberto Bergamino Cruz, ex Ministro de Defensa del quince de abril de mil novecientos noventa y nueve al veinticinco de noviembre de dos mil, refrendó el Decreto de Urgencia número cero cincuenta y dos - noventa y nueve. Por otro lado, motiva el Fiscal, que en cuanto al ex Contralor General de la República, Víctor Caso Lay, su labor dentro de la asociación delictiva liderada por el entonces Presidente de la República, Alberto Fujimori Fujimori, consistió en otorgar visos de aparente legalidad a las adquisiciones de material bélico realizadas mediante Decretos de Urgencia, facilitando así el cumplimiento de los objetivos de la asociación delictiva; que esto se refleja en las adquisiciones de los aviones MIG - veintinueve bielorrusos, piles, incumpliendo su obligación de realizar el control y fiscalización al que estaba obligado por ley, emitió opinión favorable para la compra del indicado sistema de armamento, bajo el rubro de secreto militar, exonerando con ello el procedimiento de licitación pública; sin embargo, esta autorización se emitió tiempo después de la suscripción del contrato, situación que, evalúa como irregular y considera que revela el grado de participación conjunta de los procesados en los hechos objeto de inculpación.

En lo atinente al delito de colusión ilegal: Señala el representante del Ministerio que los procesados citados, quebrantando el deber de lealtad para con los intereses del Estado y violando el principio de confianza, valiéndose de sus cargos públicos concertaron con las principales empresas proveedoras del material bélico, creando necesidades o requerimientos ficticios con el único objeto de obtener ventajosas ganancias patrimoniales en perjuicio de los recursos públicos, siendo uno de estos casos y el ibis emblemático el referido a la compra de dieciocho aviones MIG - veintinueve a la República de Bielorrusia a través del Decreto de Urgencia número cero veintiocho -

noventa y seis, expedido el seis de mayo de mil novecientos noventa y seis, por el que se autorizó un desembolso de doscientos cincuenta y dos millones cincuenta y dos mil cuatrocientos veinte dólares americanos, de los fondos de la privatización; suscribiendo el contrato el día trece de mayo de mil novecientos noventa y seis, por el Director de Material, Rolando Magni Flores con el representante del W veintiuno Interthecnique, Moshe Rothschild; actos que el Fiscal califica como lesivos a los intereses económicos del Estado que no fueron objeto de control de parte de la Contraloría General de la República, a cargo del procesado Víctor Caso Lay; cuya conducta omisiva facilitó la comisión del delito de colusión ilegal.

C. En cuanto al delito de malversación de fondos: Incrimina que, los procesados aludidos, altos funcionarios de la administración pública, lejos de preservar la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, utilizaron en forma indebida los recursos de la privatización, asignándolos a fines distintos a los señalados en la ley que los regula -Decreto Legislativo número seiscientos setenta y cuatro-; determina que la desviación de los fondos públicos del proceso de privatización de las empresas del Estado implicó una erogación presupuestal significativa; asimismo, atribuye al procesado Víctor Caso Lay, no haber cumplido con su función de verificación o control de los gastos públicos.

D. Respecto al delito de falsedad ideológica: Imputa que, los procesados faltaron a la verdad insertando datos y hechos falsos en los Decretos de Urgencia que, con carácter secreto, se emitieron en la época que ejercieron sus funciones, asevera que esta irregularidad la repitieron en las actas o registros donde se consignaba la finalidad u objeto de dichos Decretos de Urgencia pues éstos no tenían otro fin, que no fuera el desvío de los fondos de la privatización, hecho que considera se revela cuando se consigna: «con la aprobación &l Consejo de Ministros», lo que en realidad no se produjo, ni el acuerdo ni la reunión de tal Consejo.

ANÁLISIS DE LOS AGRAVIOS

OCTAVO: Referidos a la condena de los recurrentes Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú, Jorge Francisco Baca Campodónico y César Enrique Saucedo Sánchez, como autores del delito de colusión ilegal.

En cuanto a este extremo, los agravios formulados por los procesados, y que han sido reseñados anteriormente, pueden dividirse en dos órdenes: el primero engloba los argumentos que denuncian una afectación al debido proceso, específicamente al derecho a la prueba y al deber de motivación de las resoluciones judiciales; mientras

que el segundo orden congloba alegaciones de irresponsabilidad penal, que inciden fundamentalmente en la inexistencia o insuficiencia de pruebas; dos aristas en línea de defensa que ameritan discriminarlas y delimitarlas, debido a su relevancia.

Es en razón a que las primeras poseen un alto contenido de carácter constitucional, cuya verificación descartaría la validez del pronunciamiento venido en grado -de conformidad con los artículos doscientos noventa y ocho y doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales- e impediría la evaluación del orden siguiente; que analizaremos y serán de recibo en primer lugar los agravios referidos a graves afectaciones de orden constitucional.

A. Respuesta a los agravios de relevancia constitucional: Afectación al debido proceso.

Tal como ha señalado el Tribunal Constitucional Peruano, el contenido constitucionalmente protegido del debido proceso «comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmersa una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos»[18].

El derecho fundamental a la prueba, según la jurisprudencia constitucional[19], integra el debido proceso y está compuesto por el derecho a ofrecer medios probatorios que se consideren necesarios, a que éstos sean admitidos, adecuadamente actuados, que se asegure la producción o conservación de la prueba a partir de la actuación anticipada de los medios probatorios y que estos sean valorados de manera adecuada y con la motivación debida, con el propósito de darle el merito probatorio que tengan en la sentencia. En tal sentido, la valoración de la prueba debe estar debidamente motivada, con la finalidad de que el justiciable pueda comprobar si dicho merito ha sido efectiva y adecuadamente realizado.

Cabe precisar además, que según la dimensión subjetiva del derecho a la prueba, las partes o un tercero legitimado en un proceso o procedimiento tienen el derecho de producir la prueba necesaria con la finalidad de acreditar los hechos que configuran su pretensión

---

[18] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 10490-2006-AA/TC, de fecha 12 de noviembre de 2007. Fundamento jurídico N° 2.

[19] Véase por todas, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en las siguientes causas: Exp. N° 06712-2005-HC/TC, de fecha 17 de octubre de 2005. Fundamento jurídico N° 15; y, Exp. N° 1014-2007-HC/TC, de fecha 05 de abril de 2007. Fundamento jurídico N° 10.

o defensa; mientras que, en su dimensión objetiva, comprende el deber del Juez de la causa de solicitar, actuar y dar el merito jurídico que corresponda a los medios de prueba en la sentencia; así, en la medida en que el objetivo principal del proceso penal es el acercamiento a la verdad judicial, los jueces deben motivar razonada y objetivamente el valor jurídico probatorio en la sentencia.

Se advierte pues, de manera nítida, una vinculación entre el componente objetivo del derecho a la prueba y el deber de motivación de las resoluciones judiciales, en tanto éste exige que el Órgano Judicial explique en modo suficiente las razones que sustentan su fallo, y que deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso concreto, sino de los hechos debidamente acreditados con la prueba actuada, de modo que sea posible conocer el sustento fáctico y el razonamiento en virtud de los cuales absuelve o condena a un inculpado, constituyendo a su vez un principio constitucional y un derecho que permite a las partes procesales comprobar si la respuesta dada al caso en concreto deviene de una actividad racional adecuada y apoyada con lo actuado en el proceso y no resultado de la arbitrariedad judicial.

Siendo esto así, cobra mayor relevancia la obligación que tiene el Juez Penal de que las pruebas actuadas dentro del proceso sean valoradas de manera adecuada y con la motivación debida, de lo cual se deriva una doble exigencia: En primer lugar, la exigencia del Juez de no omitir la valoración de aquellas pruebas que son aportadas por las partes al proceso penal dentro del marco del respeto a los derechos fundamentales y a lo establecido en las leyes pertinentes; y, en segundo lugar, la exigencia de que dichas pruebas sean valoradas motivadamente con criterios objetivos y razonables.

En consecuencia, la omisión injustificada de la valoración de la prueba aportada por las partes, comporta una vulneración de los derechos fundamentales a la prueba y a la motivación de las resoluciones judiciales, y por ende, a la garantía genérica del debido proceso.

En el caso de autos, advertimos que los procesados Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú y Jorge Francisco Baca Campodónico, han puesto de manifiesto en sus respectivos recursos impugnatorios que el Tribunal de Fallo no valoró en absoluto las pruebas que bajo el imperio de inmediación se actuaron en la etapa de juzgamiento con el fin de sustentar su tesis de defensa y establecer su inocencia respecto de los hechos que a título criminal les atribuye el Ministerio Fiscal.

Al respecto, este Supremo Tribunal considera que la sentencia recurrida vulneró tanto el derecho a la prueba como el deber de motivación de las resoluciones judiciales -componentes del debido proceso-, en atención a que no existió pronunciamiento alguno en el fallo respecto a las pruebas ofrecidas por los recurrentes -las mismas que fueron admitidas y actuadas en el juicio oral-.

Resulta obvio que toda persona que participa en un proceso cuenta con un conjunto de garantías y derechos esenciales, cuya vigencia debe hacerse efectiva no solo al iniciarse el proceso o durante su trámite, sino fundamentalmente en la decisión que le pone fin, pues en este momento en que la persona espera, respecto a la prueba actuada, que exista un juicio lógico, así como una motivación razonada del derecho y de los hechos; actividad judicial cuya ausencia en el presente caso ha sido reclamada por los impugnantes, pues pese a que la actividad probatoria desarrollada por las partes procesales ha sido vasta, su validación y/o valoración en la sentencia se muestra exigua e incompleta; en efecto, la condena por el delito de colusión se asienta fundamentalmente en la declaración del testigo impropio Vladimiro Montesinos Torres - prueba trasladada-, en las declaraciones de los testigos Duthurburu Cubas y Venero Garrido, y en la referencia ilativa a que firmaron los Decretos de Urgencia6, sin establecer una conexión lógica entre lo declarado por Vladimiro Montesinos Torres y la prueba actuada; omitiendo señalar cal es el juicio deductivo que le hace arribar a tal conclusión, no se aprecia en este sentido un discurso justificativo que atribuya de manera individualizada primero, e integrada después, valor reconstructivo, o no, a los diferentes medios que integran el cuadro probatorio.

La enunciación del contenido de la declaración de Vladimiro Montesinos Torres no es suficiente para validar una conclusión, ni la cita a las declaraciones de los testigos Duthurburu y Venero, pues si bien sus declaraciones en el proceso de reconstrucción de los hechos son relevantes, no se advierte un ejercicio conectivo entre lo declarado por éstos y la infracción de deber con contenido colusorio respecto a cada uno de los encausados; de ahí que advirtamos la ausencia de un estándar minimalista en la valoración y el control de la racionalidad y calidad cognitiva de la decisión del Tribunal de Juzgamiento.

Sólo a modo de ejemplo -pues resultaría inconducente señalar cada medio de prueba no valorado- tenemos que la tesis defensiva del procesado Camet Dickmann se sentó en que no intervino en la contratación estatal por razón de su cargo ni comisión especial, que no existió perjuicio alguno y que, por el contrario, obtuvo un descuento

significativo en la compra de bienes efectuada por el Estado. En igual sentido, la línea defensiva del inculpado Pandolfi Arbulú decantó por su actuación en el proceso contractual del Estado bajo el principio de confianza y por ausencia de imputación objetiva por aplicación del principio de prohibición de regreso, argumentos centrales de defensa a las que no se dieron respuesta en la sentencia venida en grado.

El procesado Baca Campodónico, entre otros argumentos defensivos, planteó que no intervino en el proceso de adquisición de los aviones MIG - veintinueve a Rusia, ni en la compra del servicio de reparación y mantenimiento para los aviones MIG - veintinueve y SUKOI - veinticinco, adquiridos a Bielorrusia, ni existe defraudación, orientando el inculpado Saucedo Sánchez su línea defensiva en la ajeneidad al acto colusorio; sin embargo, tampoco existe pronunciamiento al respecto.

En esta misma línea de evaluación de la sentencia recurrida, advertimos que igualmente se decanta de manera genérica por la responsabilidad de los procesados, haciendo mención a la actividad desarrollada en la fase previa al juicio oral, pues bajo el título «Información Probatoria», se menciona, reseña y sintetiza un conjunto de actuaciones judiciales de diversa índole, sin efectuarse sobre ellas ningún juicio de valor, advirtiéndose que dichas actuaciones textualmente son las mismas que -en número de ciento veintiocho- se citan en la acusación fiscal.

Resulta evidente que la simple enumeración, enunciación o listado de la prueba a título -en este caso- de «información probatoria, no satisface la exigencia de motivación de la sentencia. Afirmar que la decisión de condena objeto de análisis se encuentra respaldada con las pruebas que únicamente se han indexado o inventariado, implicaría admitir como motivación valida un discurso meramente ilativo, circular, tautológico, sin la profundización de análisis que compete a la decisión de fondo.

La motivación de la sentencia, como repetidamente hemos señalado, debe contener necesariamente la valoración conjunta de la prueba, tanto de cargo como de descargo, a fin de determinar la responsabilidad penal o la inocencia de los procesados, adquiriendo mayor importancia esta exigencia cuando los abogados defensores -ejerciendo el derecho de defensa que asiste a sus patrocinados-, lejos de limitarse a la simple negación de los cargos imputados -al amparo del principio constitucional de presunción de inocencia, según el cual no se encuentran obligados a demostrar su irresponsabilidad penal-, efectúan una defensa técnica activa y dinámica, contradiciendo la tesis láctica fiscal con una propia y ofreciendo prueba abundante para sustentarla y valorarla, como ocurre en el caso de autos.

El caudal probatorio que retina pruebas, tanto de cargo como de descargo, acompañado además con argumentos a favor y en contra de los diferentes aspectos fácticos relativos a los cargos imputados, genera necesariamente un estado de contradicción que debe ser resuelta en la sentencia con una adecuada valoración probatoria; si como ha ocurrido en la sentencia recurrida se analiza únicamente algunas pruebas que se consideran de cargo, se omiten otras de singular valía, determinándose la responsabilidad penal de los imputados en base a dicho juicio, resulta evidente que nos encontramos ante una decisión con una motivación aparente y radicalmente insuficiente, que no toma en cuenta la totalidad de los elementos ofrecidos para la dilucidación de los hechos ni da respuesta a las diversas posturas presentadas por las partes.

De ahí que afirmemos que no existe una estricta correspondencia entre el contenido de la sentencia y las cuestiones oportunamente planteadas por las partes, pues no se advierte una valoración probatoria, ese juicio de aceptabilidad de los resultados probatorios; el Tribunal Especial no ha atribuido a la amplia prueba actuada un determinado valor o peso, no hay una valoración individualizada de las pruebas, no consideró todas las pruebas practicadas, las favorables y desfavorables a ambas tesis: la de defensa e incriminación, seleccionó sólo algunas.

Estando a tal situación, y siendo que este Tribunal Supremo actúa en el caso de autos como Órgano de Revisión, no resulta posible suplir, completar o enmendar la ausencia absoluta de valoración de la prueba de descargo, no sólo en atención a que corresponde a la Sala Penal Sentenciadora la motivación razonada de los hechos y la apreciación de las pruebas aportadas con criterio de conciencia -de conformidad con el artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales-, permitiendo ello la evaluación de su corrección y razonabilidad por la instancia superior, sino además porque tal ejercicio implicaría emitir un primer pronunciamiento sobre dicho aspecto, contra el que las partes no tendrían oportunidad de formular cuestionamiento alguno, restringiendo así sus derechos de defensa y a la pluralidad de instancias que les asiste por mandato constitucional.

Al respecto, resulta ilustrativo lo expuesto por el Tribunal Constitucional español, al señalar que «(...) la motivación de la sentencia es una exigencia sin la cual -como es generalmente reconocido- se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquélla, del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la sentencia está motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho (...).

Consecuentemente, queda claro que los agravios referidos a la falta de motivación de la sentencia por ausencia total de valoración de las pruebas de descargo y la verificación de ausencia de valoración de pruebas de cargo origina, de manera indefectible, respecto al delito de colusión, la nulidad de la sentencia como mecanismo de reacción jurídica en cuanto al extremo en que se incurrió en tal vicio insubsanable.

Por estos fundamentos, vía revisión de la decisión, este Supremo Tribunal hallándose en la obligación de efectuar un control de validad de la justificación mediante el análisis de la corrección lógica de los argumentos que exponga- frente a su orfandad manifiesta, se encuentra compelido a la declaración de nulidad de la recurrida.

B. Precisión respecto a los agravios referidos a la atipicidad de la incriminación.

Los recurrentes Pandolfi Arbulú y Camet Dickmann esgrimen agravios sustentando la atipicidad de la conducta atribuida -incluso este último sostiene una afectación al principio de legalidad-, los que no son de recibo por este Supremo Tribunal, en atención a que sus argumentos inciden no en la ausencia de elementos del tipo penal del delito de colusión desleal en la descripción fáctica que efectuó el representante del Ministerio Público en su acusación escrita, sino en la corroboración de dicha hipótesis en la realidad.

En efecto, los argumentos que respaldan la pretensión del procesado Camet Dickmann apuntan a sostener que en el presente caso no se encuentra demostrada la vinculación que exige el tipo penal con el proceso de contratación de las aeronaves, ni la concertación con los particulares, ni el perjuicio al Estado; argumentos que por su propia construcción se refieren a un juicio de valoración probatoria que no es posible atender, en tanto dada la ausencia de valoración realizada por el Tribunal de Juzgamiento, el de Alzada no puede construir un primer nivel probatorio que genere indefinición a una de las partes del proceso, pues traduciría su actuación a convertirse en instancia única.

En el caso del encausado Pandolfi Arbulú, los fundamentos con los que puede dilucidarse si la conducta que realizó -no la que le imputa el Ministerio Fiscal- no resulta reprochable penalmente en base a los principios de confianza y de prohibición de regreso, requieren necesariamente de un ejercicio de valoración probatoria que, por los mismos fundamentos expuestos para el procesado Camet Dickmann, no es viable realizar. En tal virtud, los aspectos referidos a la participación concreta que tuvieron dichos encausados en el proceso

de contratación materia del presente proceso, deberán ser materia de evaluación en n nuevo juicio oral, debiendo dilucidarse también todos los cuestionamientos de orden probatorio alegados por los recurrentes.

NOVENO: En lo referente a la condena del recurrente César Enrique Saucedo Sánchez como autor del delito de asociación ilícita para delinquir.

A. Delimitación de la pretensión impugnatoria.

De los agravios formulados por el procesado César Enrique Saucedo Sánchez al interponer su recurso de nulidad, se aprecia que el único cuestionamiento que realiza contra su condena por el delito de asociación ilícita para delinquir se sustenta piramidalmente en la vulneración al principio de cosa juzgada, en tanto argumenta que con anterioridad ya fue condenado por el mismo delito en la causa número veinticinco - dos mil tres, mediante sentencia de fecha tres de agosto de dos mil cinco, que fue ratificada por la Primera Sala Penal Transitoria a través de su Ejecutoria Suprema de fecha cinco de octubre de dos mil seis; asimismo, alega que también se ha declarado fundada una excepción de cosa juzgada a su favor en el expediente número tres - dos mil cinco, por la Tercera Sala Penal Liquidadora. En tal sentido, el presente pronunciamiento se limitará a dar respuesta a los concretos agravios expuestos por dicha parte en lo referido al delito en cuestión.

B. La cosa juzgada como causal de extinción de la acción penal.

El artículo cinco del Código de Procedimientos Penales señala, que la excepción de cosa juzgada procede cuando el hecho denunciado ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera, en proceso penal seguido contra la misma persona; así, la cosa juzgada constituye una causa de extinción de la acción penal y tiene como fundamento la prohibición de revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada, como lo contempla el artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, prohibición que se encuentra ratificada en el artículo noventa del Código Penal, que establece lo siguiente: «nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón de un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente».

C. Requisitos para que opere la cosa juzgada.

A efectos de declararse fundada la excepción de cosa juzgada debe constatarse la triple identidad requerida para su configuración; a saber:

Identidad de la persona perseguida (limite subjetivo de la cosa juzgada); es decir, que el sujeto contra quien haya recaído la sanción y el incluido en el segundo proceso, sea el mismo;

Identidad del hecho punible y de fundamento (limite objetivo de la cosa juzgada); conforme a este segundo requisito, ambos procesos

deben estar referidos al mismo suceso histórico y subsumirse en tipos penales de carácter homogéneo, lo cual podrá corroborarse al comparar los fundamentos de hecho de la decisión judicial firme y de la denuncia o acusación de la causa en que se promueve la excepción; y, Resolución Firme; que puede ser un fallo absolutorio o condenatorio, o un auto consentido o ejecutoriado, dicho de otro modo, que el primer proceso haya fenecido totalmente y no sea susceptible de medio impugnatorio alguno.

D. Precisiones respecto al delito de asociación ilícita.

El Acuerdo Plenario de las Salas Penales, Permanente y Transitorias de la Corte Suprema, número cuatro-dos mil seis/ CJ-ciento dieciséis, de fecha trece de octubre de dos mil seis, estableció que el delito de asociación ilícita para delinquir «sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación (...) sin que se materialicen sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan, no se requiere llegar a la precisión total de cede acción individual en tiempo y lugar»; lo cual debe concordarse con lo expuesto en el Acuerdo Plenario de las Salas Penales Permanente y Transitorias, número ocho-dos mil siete/CJ ciento dieciséis, de fecha dieciséis de noviembre de dos mil siete, que alude a una posible participación de un mismo sujeto en varias organizaciones criminales, pero precisa que si una persona como parte de una organización criminal puede cometer una serie de delitos no implica que tenga que sancionarse por asociación ilícita para delinquir por cada delito que cometa.

E. Verificación de la extinción de la acción penal en aplicación del principio de cosa juzgada.

El objeto criminal de la asociación ilícita es uno genérico e indeterminado, empero no puede negarse que, siendo perfectamente posible la pertenencia de una misma persona a varias agrupaciones delictivas, la determinación de su orientación o finalidad ilícita desde la cual se expresa su vocación para cometer diversos delitos resulta de gran utilidad a fin de establecer si, analizadas las dos situaciones fácticas concretas, nos encontramos o no ante una misma asociación.

En tal sentido, se tiene que la Ejecutoria Suprema obrante a fojas cuarenta y nueve mil setecientos sesenta y ocho, del cinco de octubre de

dos mil seis -que recayó sobre la sentencia de fojas cuarenta y nueve mil setecientos cincuenta, del tres de agosto de dos mil cinco, causa Asuntos Varios número veinticinco - dos mil tres-, precedente que invoca como fundamento de su pretensión impugnatoria, precisa en sus considerandos tercero y quinto, que el encausado César Enrique Saucedo Sánchez formó parte de una asociación con el propósito colectivo de cometer delitos, que en dicho caso obedecía a un patrón delictivo consistente en la previa concertación entre altos mandos del Estado para la adquisición de armamento, donde el procesado, como Ministro de Defensa, se encargó de expedir las correspondientes Resoluciones Ministeriales que autorizaban las compras, mientras que el Comandante General del Ejército estableció los supuestos requerimientos y dispuso la ejecución de la adquisición, ordenando posteriormente la elaboración de los expedientes de las licitaciones, contándose además con la intervención de los funcionarios que conformaron el Comité de Adjudicación y el Comité Económico en el trámite de regularización, presentándose la característica del elemento de permanencia que les daba su continuidad en el desempeño de sus cargos.

En el presente caso, la incriminación contra el procesado César Enrique Saucedo Sánchez, radica en que éste en su condición de Ministro de Defensa integró con otros Ministros de Estado, una asociación delictiva liderada por el ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori; en tal contexto, dicho encausado refrendó los Decretos de Urgencia número cero treinta y dos -Noventa y ocho y número cero treinta y ocho - noventa y ocho, a través de los cuales se transfirió fondos de la privatización de las empresas del Estado, destinados al desarrollo de programas orientados a la erradicación de la pobreza y a la pacificación del país, justificando ampliaciones presupuestales excepcionales para los Ministerios de Defensa e Interior, para ser utilizados en la celebración de contratos sobre adquisiciones del Estado, inobservando los trámites, disposiciones legales y constitucionales que los regulan, con el único afán de obtener cuantiosas ventajas económicas.

En consecuencia, se advierte que, si bien se cumple el requisito de identidad de la persona perseguida, pues el procesado Cesar Enrique Saucedo Sánchez fue sentenciado en la causa número veinticinco - dos mil tres, así como el requisito de resolución firme, en tanto se verifica que no cabe medio impugnatorio alguno contra la Ejecutoria Suprema de fecha cinco de octubre de dos mil seis, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en el proceso precedente ; sin embargo, se aprecia con claridad que no se presenta el requisito de la Identidad del hecho u objeto del proceso, pues,

conforme a las precisiones que se han realizado, resulta evidente que nos encontramos ante dos asociaciones ilícitas distintas, ambas formadas con el propósito de cometer delitos pero con un fin distinto y con ámbitos de actuación plenamente diferenciados, por lo que, no pueden ampararse los agravios expresados por el recurrente.

Cabe anotar además que si bien el recurrente alegó de manera escueta que se declaró fundada una excepción de cosa juzgada a su favor en el expediente número tres dos mil cinco, por la Tercera Sala Penal Liquidadora, no obra medio probatorio alguno para amparar su pedido, por lo que debe desestimarse dicho agravio.

DECIMO: En lo atinente al extremo que declare) fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida por el procesado Víctor Enrique Caso Lay, por delito de asociación ilícita para delinquir.

A. Sustento de la decisión cuestionada y de la pretensión impugnatoria.

El Tribunal de Fallo, en la sentencia impugnada, sostuvo que el procesado Caso Lay fue Contralor General de la República hasta el veintiocho de junio de dos mil, por ende, en dicha data cesó su permanencia en la organización criminal. Considera que, descontando al plazo de prescripción que empezó a correr desde esa fecha, el período de veintidós meses y dos días correspondientes al tiempo que duró el procedimiento de antejuicio, hasta el momento en que dictó sentencia transcurrieron nueve años y cinco meses; y estableciendo el plazo de prescripción extraordinario en nueve años para el delito en cuestión, se verificaría la extinción de la acción penal.

El representante del Ministerio Público -que impugna este extremo-, expone sólo un agravio concreto, referido a la suspensión del plazo prescriptorio desde la fecha en que el encausado fue declarado reo contumaz, circunstancia que considera no tomó en cuenta la Sala Sentenciadora.

B. Primer supuesto de suspensión de prescripción que se advierte en el presente caso.

El artículo ochenta y cuatro del Código Penal regula la suspensión de la prescripción de la acción penal, con el siguiente tenor «Si el comienzo o la continuación de/proceso penal depende de cualquier cuestión que deba resolverse en otro procedimiento, se considera en suspenso la prescripción hasta que aquél quede concluido»; en tal sentido, se advierten en dicho Cuerpo Normativo dos modalidades de suspensión del plazo de prescripción, una originaria, referida al comienzo del proceso penal, y otra sobreviniente, que incide en la continuación del proceso, teniendo la primera efectos jurídicos más

intensos, en tanto la Ley Penal admite que en determinados casos el inicio del proceso penal sólo es posible si previamente se ha culminado satisfactoriamente un procedimiento extrapenal que posee entidad propia, el mismo que constituye un obstáculo infranqueable para el ejercicio de la acción penal, y por tanto, determina que el plazo de prescripción deba computarse desde el momento en que dicho impedimento es superado. Esta modalidad de suspensión del plazo de prescripción, que se configura por mandato directo y expreso de la Ley, se presenta con claridad en los casos en que, por la condición especial del agente - alto funcionario público-, se requiere la autorización previa emitida por el Congreso de la República en el procedimiento de antejuicio.

En efecto, según lo establecido en el artículo cien de la Constitución Política del Estado -referido al antejuicio-, «en caso de resolución acusatoria de contenido penal, del Fiscal de la Nación formula denuncia ante la Corte Suprema en el plazo de cinco días El Vocal Supremo Penal abre la instrucción correspondiente»; por lo tanto, el antejuicio es siempre la antesala a un proceso penal, por mandato constitucional; y por ende, las altar autoridades que poseen tal prerrogativa solo pueden ser sujetos de acción penal luego que lo autorice el Congreso.

Ella determina, indefectiblemente, que en tanto no se emita la decisión parlamentaria de Ha Lugar a la causa, los plazos de prescripción de la acción penal no transcurren por estar suspendidos.

Resulta claro, entonces, que mientras no exista la autorización congresal o si, al finalizarse el procedimiento de antejuicio, el Congreso declara No Ha Lugar a la formación de causa- de ningún modo podrá viabilizarse el inicio del proceso penal, conforme a la configuración diseñada por la Constitución Política del Estado; en este caso, el fundamento de la suspensión de la prescripción radica en la imposibilidad real de actuación de las autoridades competentes para iniciar y llevar a cabo el procesamiento penal, y en consecuencia, debe considerarse como fecha de inicio del cómputo del plazo de prescripción el día siguiente de la publicación de la resolución congresal que declara Ha Lugar a la formación de causa contra el alto funcionario, pues, de conformidad con lo preceptuado en el artículo ochenta del Código Penal, el antejuicio constituye un procedimiento distinto e independiente al proceso penal, del cual depende el inicio de este; y por consiguiente, el plazo prescriptorio solo puede computarse desde que concluye dicho procedimiento, pues junto con él, concluye también la prerrogativa que impedía ejercitar la acción penal contra el aforado, eliminándose el impedimento de dar inicio al proceso penal.

C. Segundo supuesto de suspensión de prescripción que se advierte en el presente caso.

Por otro lado, se tiene que, ademes de los supuestos contenidos en el Código Penal, el artículo uno de la Ley número veintiséis mil seiscientos cuarenta y uno, introduce como causal de prolongación del plazo de prescripción la declaración de contumacia del imputado, pues estatuye que «...tratándose de contumaces, el principio de la función jurisdiccional de no ser condenado en ausencia, se aplica sin perjuicio de la interrupción de los términos prescriptorios, la misma que opera desde que existen evidencias irrefutables que el acusado rehúye del proceso y hasta que el mismo se ponga a derecho. El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción», de lo que se desprende claramente que por mandato de la Ley no puede computarse a efectos de la prescripción el tiempo transcurrido entre la declaración de contumacia y la puesta a derecho del imputado, dejando a salvo el tiempo transcurrido con anterioridad a dicha declaración -el mismo que no pierde su eficacia cancelatoria de la acción penal.

Ahora bien, debe precisarse que cuando la última frase del artículo uno de la aludida Ley señala que «El Juez encargado del proceso declara la condición de contumaz y la suspensión de la prescripción», éste no reconoce al Juez una potestad discrecional para disponer o no la suspensión de la prescripción, tampoco permite entender que si no se pronuncia expresamente al respecto debe estimarse que la prescripción no ha sido suspendida, por cuanto se trata de un efecto jurídico necesario -imposible de obviar- de la prolongación del plazo de Prescripción, de suerte que declarada la contumacia automáticamente se une, por imperio de la Ley, el efecto de la suspensión del plazo de prescripción, tanto más si es en dicha oportunidad en que el Juez verifica la renuencia del encausado a someterse al proceso, constituyendo esta circunstancia fáctica el fundamento tanto de la declaración de contumacia como de la suspensión de los plazos de prescripción; por tanto, no cabe interpretar que si el Juez ha constatado en efecto que el procesado rehúye del proceso, existe la posibilidad de aplicar sólo una de las consecuencias jurídicas citadas; consecuentemente, la suspensión del plazo de prescripción se produce en virtud a la declaración de la contumacia pero se origina en la misma causa, no es independiente de ella ni requiere un juicio adicional de justificación.

D. Cómputo del plazo prescriptorio.

Estando a lo expuesto, se tiene que: i) el inicio del cómputo del plazo de prescripción para el encausado Víctor Enrique Caso Lay, en

tanto se requería de una resolución autoritativa del Congreso para su procesamiento penal -de conformidad con el artículo cien de la Constitución Política del Estado-, debe efectuarse desde el día siguiente de la publicación en el Diario Oficial «El Peruano» de la Resolución Legislativa del Congreso de la República número cero quince - dos mil dos - CR, esto es, el tres de junio de dos mil tres, pues con el cumplimiento de dicha formalidad se habilitó la posibilidad de incoar el proceso penal contra el citado encausado; y, ii) mediante resolución de fecha veintitrés de abril de dos mil cuatro, obrante a fojas cuarenta y dos mil quinientos cincuenta y dos, se declaró reo contumaz al procesado Víctor Enrique Caso Lay; por tanto, desde dicha fecha quedó suspendido el plazo de prescripción en forma automática.. En consecuencia, teniendo en cuenta que en la fecha en que ocurrieron los hechos materia de imputación el delito de asociación ilícita para delinquir, previsto en el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, se encontraba sancionado con pena privativa de libertad no mayor de seis años, al que debe añadirse la mitad de dicho término a fin de obtener el plazo de prescripción extraordinario, se advierte que desde el tres de junio de dos mil tres hasta el veintitrés de abril de dos mil cuatro, han transcurrido únicamente diez meses y veinte días, encontrándose suspendido dicho plazo en tanto el citado procesado no se ponga a disposición de la justicia; por lo que, la acción penal se encuentra aún vigente, siendo del caso revertir la decisión impugnada.

DECIMO PRIMERO: En cuanto a los agravios del procesado Cesar Enrique Saucedo Sánchez referidos a la prescripción de la acción penal por los delitos de asociación ilícita para delinquir y falsedad ideológica.

Precisiones

El procesado Saucedo Sánchez ha señalado en su recurso de nulidad que debió declararse fundada de oficio la excepción de prescripción a su favor, respecto de los delitos de asociación ilícita para delinquir y falsedad ideológica; en tal sentido, resulta necesario tomar en cuenta las pautas expuestas en el considerando anterior, a fin de efectuar el cómputo del plazo prescriptorio y determinar si la acción penal en cuanto a dichos delitos se encuentra vigente.

Cómputo del plazo prescriptorio.

Habiéndose ya establecido que el plazo de prescripción para los procesados comprendidos en la presente causa debe computarse desde el tres de junio de dos mil tres, pues desde dicha fecha se habilitó la posibilidad de incoar el proceso penal, y teniendo en cuenta que en la fecha en que ocurrieron los hechos materia de imputación los delitos de asociación ilícita para delinquir y falsedad ideológica -previstos en los

artículos trescientos diecisiete y cuatrocientos veintiocho del Código Penal, respectivamente- se encontraban sancionados con pena privativa de libertad no mayor de seis años, se tiene que el plazo de prescripción extraordinario -nueve años en ambos casos- aún no ha vencido, pues a la fecha, en el caso concreto, han transcurrido ocho años, once meses y veintidós días, por lo que la acción penal se encuentra vigente, debiendo desestimarse la pretensión prescriptiva en este extremo de su recurso.

DÉCIMO SEGUNDO: Respecto al extremo que condenó a los recurrentes Jorge Francisco Baca Campodónico y César Enrique Saucedo Sánchez como coautores del delito de falsedad ideológica.

A. Supuestos de afectación al derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

El Tribunal Constitucional, ha señalado en reiterada jurisprudencia que el contenido constitucionalmente garantizado del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales queda delimitado, entre otros, en los siguientes supuestos: i) Inexistencia de motivación o motivación aparente, que se presenta cuando una decisión no da cuenta de las razones mínimas que la sustentan, no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico; u) Motivación insuficiente, que se refiere básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada; iii) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión; y, iv) Deficiencias en la motivación externa, que se presenta cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica, lo cual ocurre, por lo general, en aquellos casos donde suelen presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas.

Por todas, véase la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Exp. N° 728-2008-PHC/TC, de fecha 13 de octubre de 2008. Fundamento jurídico N° 7.

B. La motivación expuesta en el fallo recurrido.

La sentencia impugnada en lo referente al delito de falsedad ideológica imputado en el presente caso, parte de un desarrollo

doctrinario del tipo penal -ver parágrafo treinta y tres-, luego señala que: «la imputación concreta por este delito es que los encausados Saucedo Sánchez y Baca Campodónico, en su entonces calidad de Ministros de Estado, suscribieron los Decretos de Urgencia número cero treinta y dos -noventa y ocho y cero treinta y ocho - noventa y ocho, en los que se consignaba que la dación de dicho decretos era con la aprobación del Consejo de Ministros' lo que en realidad no ocurrid; con lo que se configura la conducta de insertar datos falsos en un documento público»; en seguida fundamenta el perjuicio ocasionado por dicha conducta -véase parágrafo número treinta y cuatro- y, finalmente, concluye que los citados encausados son responsables penalmente del delito materia de análisis -párrafo treinta y cinco-.

De lo expuesto, se advierte que la decisión del Tribunal de Fallo presenta una válida motivación interna en su razonamiento, pues indica como premisas: a) que los procesados suscribieron dos Decretos de Urgencia en que se consignó falsamente que se contaba con la aprobación del Consejo de Ministros, con lo cual se configuró la conducta descrita en el tipo penal; y, b) que dicha conducta causó un perjuicio; concluyendo a partir de dichas premisas que existe responsabilidad penal de los citados encausados. Sin embargo, se evidencia una falta de motivación externa, pues la primera premisa no ha sido sustentada con ningún elemento de prueba; en efecto, entre la conducta imputada -citada en la sentencia-, que incide en el hecho falso contenido en los documentos suscritos por los procesados, y la conclusión «lo que en realidad no ocurrió-, no se ha exteriorizado ningún sustento probatorio que vincule a los imputados con los hechos atribuidos, lo cual impide no solo comprobar si la citada premisa fáctica responde a la prueba actuada, sino además ejercer el respectivo control sobre su corrección y razonabilidad. Esta falta de justificación externa, acarrea indefectiblemente la nulidad de la sentencia -en cuanto a este extremo se refiere-, al no haberse analizado debidamente la validez fáctica de las premisas en que se sustentó la responsabilidad penal de los procesados con un juicio probatorio racional y objetivo, que permita conocer e identificar plenamente las razones o justificaciones que formaron convicción en los Magistrados que emitieron la sentencia cuestionada.

Por otro lado, emerge que el Tribunal de Instancia, al pronunciarse por el delito de falsedad ideológica, no ha comprendido la totalidad de hechos imputados, pues conforme se puede apreciar de la imputación fiscal, los cargos formulados contra los recurrentes no se reducen únicamente a la suscripción de Decretos de Urgencia que contenían

información no verdadera, sino que también se establece que dichos actos ilícitos «se repitieron en las actas o registros donde se consignaba la finalidad u objeto de dichos Decretos de Urgencia pues éstos no tenían otro fin, que no fuera el desvío de los fondos de la privatización ' aspecto fáctico que no ha sido mencionado ni evaluado en la sentencia; por lo que, dicha omisión genera una incongruencia entre lo acusado y lo resuelto y nos conduce al imperativo de anular la misma.

DÉCIMO TERCERO: En cuanto a la absolución de los procesados Jorge Francisco Baca Campodónico, César Enrique Saucedo Sánchez, Víctor Dionicio Joy Way Rojas, Carlos Alberto Bergamino Cruz, Víctor Enrique Caso Lay y Alberto Fujimori Fujimori, del delito de malversación de fondos.

A. Sustento de la decisión cuestionada y de la pretensión impugnatoria.

La Sala Sentenciadora expone como fundamento del sentido absolutorio de su fallo, la atipicidad de la conducta atribuida a los procesados, toda vez que, según lo establecido en la Ley de Privatización, los recursos debían destinarse «al desarrollo de programas orientados a la erradicación & la pobreza y a la pacificación del país», no haciendo mención el Fiscal a destinos o partidas presupuestales específicos, sino sólo a una política de gobierno: en esa línea interpretativa, la Sala concluyó que la «pacificación del país», desde una perspectiva evolutiva, comprende tanto la seguridad interna como la externa; asimismo, sustentó dicho extremo absolutorio en la inexistencia de programas específicos y pliego presupuestal, situación que conceptúa determina la imposibilidad de identificar el sector afectado y el perjuicio concreto que se habría causado al Estado.

De manera congruente con ello, el representante del Ministerio Público al expresar agravios, sostiene principalmente que el destino que tenían los fondos de la privatización, esto es, a la pacificación del país», comprendía sólo la lucha contra el terrorismo y no la solución de los conflictos externos; de otro lado, en cuanto a la inexistencia de partidas presupuestales especificas, alega que el tipo penal únicamente exige la afectación de destinos y no de partidas.

En tal sentido, a efectos de dar respuesta a los agravios citados, se hace necesario desarrollar y precisar la forma en que se presenta el elemento descriptivo «aplicación definitiva diferente a la destinada», que constituye una condición objetiva en el acto de malversación típico -realizado por el funcionario público- para que se configure el delito de malversación de fondos.

B. La aplicación definitiva diferente a la destinada en el delito de malversación de fondos.

En el delito de malversación de fondos, la conducta del funcionario o servidor público que se cuestiona se asienta siempre en dar una aplicación pública definitiva a los bienes públicos, diferente a la que originariamente estaban destinados de manera oficial, con lo cual se afecta el servicio o función encomendada, se exige pues, la acreditación de un inconveniente en la prestación de un servicio o función, establecidos previamente, cuyo origen sea precisamente la indebida aplicación de los recursos estatales. Como consecuencia de lo señalado, se tiene que el delito en mención requiere para su configuración una afectación -en los términos descritos- identificada plenamente, -en tanto dicha circunstancia se presenta como esencial a fin de determinar de manera concreta el perjuicio ocasionado.

En ese orden de ideas, queda claro que el destino oficial tiene que estar señalado expresamente en la norma correspondiente, siendo precisamente dicho respaldo legal el que permite luego la corroboración de la aplicación diferente de los fondos públicos asignados o administrados por el sujeto activo -o respecto de los cuales existía un vinculo funcional-; debe tenerse en cuenta además, que la aplicación diferente del dinero o bienes públicos debe ser definitiva, es decir, que debe verificarse la imposibilidad de que estos vuelvan o se encaminen al destino oficial que tenían fijado legalmente en un inicio; así, no ser relevantes penalmente las desviaciones de fondos que sean susceptibles de retorno o devolución, en atención al principio de lesividad.

Atipicidad de la conducta imputada.

En atención a lo antes expuesto, se tiene que en el presente caso la hipótesis fáctica que constituye el núcleo de la imputación del representante del Ministerio Público, se encuentra referida a que los procesados «utilizaron en forma indebida los recursos de la privatización, asignándolos a fines distintos a los señalados en la ley que los regula, determinándose que la desviación de los fondos públicos del proceso de privatización de las empresas del Estado implicó una erogación presupuestal significativo; al respecto, debe precisarse en primer lugar que el Decreto Legislativo número seiscientos setenta y cuatro, Ley de Promoción de la Inversión Privada de las Empresas del Estado, publicado en el Diario Oficial «El Peruano», el veintisiete de setiembre de mil novecientos noventa y uno (norma invocada por el Fiscal), establece en su quinta disposición complementaria, transitoria y final, que «Los recursos que se obtengan como consecuencia del proceso a que se refiere esta Ley, constituyen ingreso del Tesoro Público y deberán destinarse al desarrollo de programas orientados a la erradicación de la pobreza y a la pacificación del país». En atención a

ello, se advierte con claridad que los destinos contemplados en dicha norma -tanto la erradicación de la pobreza como la pacificación del país- son de espectro amplio, o como señala la sentencia, omnicomprensivos, lo que resulta acorde con la parte considerativa de dicha norma, que resalta la necesidad de otorgar al Estado Peruano «los instrumentos necesarios para una recuperación económica en el más corto plazo, que le permita contar con recursos para aplicarlos a la seguridad, la salud, la educación y la infraestructura vial entre otros».

Ante tal circunstancia y de conformidad con el principio de legalidad, sólo podrá entenderse satisfecho el elemento típico aplicación diferente a la destinada, con aquellos usos de los fondos públicos que no puedan entenderse abarcados por la finalidad «pacificación del país»; debe tomarse en cuenta que el término «pacificación al que alude el Decreto Legislativo número seiscientos setenta y cuatro, no constituye un término conceptualizado, delimitado o desarrollado por nuestro ordenamiento jurídico; por lo tanto, no cabe realizar una interpretación *in malam partem* restringiendo su significado literal al momento de determinar qué supuestos pueden considerarse distintos a él; así, debe dejarse sentado que según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, los significados de la palabra «pacificar», según el contexto en que aparezca, son: «1. tr. Establecer la paz donde había guerra o discordia. 2. tr. Reconciliar a quienes están opuestos o discordes. U. t. c. prnl. 3. intr. Tratar de asentar paces pidiéndolas o deseándolas. 4. prnl. Dicho de lo que está turbado o alterado: Sosegarse y aquietarse.

En consecuencia, estando a los agravios expresados por el representante del Ministerio Público, no puede sostenerse que la finalidad de pacificación del país se encuentra referida únicamente a la lucha contra el terrorismo, con exclusión de la búsqueda de solución a los conflictos de naturaleza externa, piles ello implicarla utilizar el contenido semántico de dicha palabra en modo restringido, limitado y arbitrario, en perjuicio de los procesados. En efecto, la pretensión impugnatoria objeto de análisis solo podría estimarse si de manera expresa e inequívoca la norma en cuestión indicara que los recursos obtenidos como consecuencia del proceso de privatización deben destinarse a la lucha contra el terrorismo; ello no es así, y por tanto, la compra de armamento en un contexto de conflicto bélico con un país limítrofe -como es de público conocimiento-, no puede ser ajeno a la finalidad de pacificación del país comprendida en la ley citada.

Finalmente, en cuanto a la grave irregularidad que acusa el representante del Ministerio Público al fundamentar su recurso de

nulidad, consistente en no haberse tornado en cuenta la sentencia dictada por el Tribunal Constitucional en el proceso de inconstitucionalidad número cinco - dos mil uno, debe anotarse que la sentencia que menciona el impugnante se emitió en el proceso por acción de inconstitucionalidad que interpuso el Defensor del Pueblo contra diversos artículos de los Decretos Legislativos números ochocientos noventa y cinco y ochocientos noventa y siete y de las Leyes números veintisiete mil doscientos treinta y cinco y veintisiete mil trescientos treinta y siete; en dicha resolución, el Tribunal Constitucional no aborda en lo absoluto el tema de la pacificación del país, no vincula dicha expresión con el delito de terrorismo, ni proporciona elementos que permitan establecer dicho nexo; advirtiéndose que en dicha sentencia el Supremo Interprete de la Constitución plantea la necesidad de esclarecer el significado y los alcances del concepto Seguridad Ciudadana -a fin de resolver la acción de inconstitucionalidad-, lo que no resulta materia de controversia en el caso de autos, pues -como se ha señalado- el tema a dilucidar a fin de dar respuesta a la pretensión impugnatoria planteada por el representante del Ministerio Público es si el destino delimitado en el Decreto Legislativo número seiscientos setenta y cuatro con la expresión pacificación del país excluye de modo inobjetable la posibilidad de utilizar los fondos estatales para afrontar un escenario de conflicto bélico con un país vecino; consecuentemente, la sentencia constitucional citada por el recurrente carece de relevancia para resolver el presente caso, pues resulta totalmente ajena a lo que aquí es objeto de discusión, y por tanto, debe desestimarse el citado agravio y concluir que en este extremo debe validarse la sentencia del Tribunal de Juzgamiento.

DÉCIMO CUARTO. Sobre la pena impuesta y la reparación civil.

Aun cuando nos hemos pronunciado por la nulidad de la sentencia por los delitos de -colusión y falsedad ideológica, por lo que en apariencia devendría en inútil evaluar la determinación judicial de la pena -la dosimetría penal realizada- y la reparación civil fi3ada, resulta necesario, sin embargo, evaluar estos aspectos, en tanto -en el mismo camino anterior- nos impetran a declarar la nulidad de la sentencia.

La sentencia condenatoria, según lo previsto en el artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales, debe contener la pena principal que debe sufrir el reo, las penas accesorias y el monto de la reparación civil; no obstante, resulta evidente que el cumplimiento de tal disposición debe realizarse en armonía con la exigencia constitucional de

motivación de las resoluciones judiciales, más aún, si en la decisión final, cuando es condenatoria, se produce la afectación de derechos fundamentales, debiendo realizarse tal afectación en forma constitucionalmente legítima, esto es, con la plena observancia de los principios del debido proceso y la tutela judicial efectiva.

Así, tenemos que la determinación de la pena constituye uno de los aspectos centrales y de mayor relevancia en la sentencia, para lo cual el legislador ha previsto los diferentes criterios, así como las circunstancias objetivas y subjetivas para su correcta e idónea determinación, los mismos que se encuentran contemplados en los artículos cuarenta y cinco, cuarenta y seis y cuarenta y seis A del Código Penal; por otro lado, la reparación civil se rige por el principio del daño causado, cuya unidad procesal civil y penal protege el bien jurídico en su totalidad y garantiza el oportuno derecho indemnizatorio del afectado; por tanto, no debe fijarse en forma genérica, sino que es necesario individualizarla y determinarla en forma prudencial y proporcional a la entidad del daño causado por la comisión del delito; así, el artículo noventa y tres del Código Penal estipula que la reparación civil comprende: a) la restitución del bien o -si no es posible- el pago de su valor, y b) la indemnización de los daños y perjuicios.

De la revisión de la sentencia impugnada -específicamente, su parte tercera- se advierte que, respecto a la determinación de la pena, el Tribunal de Fallo determinó la pena a imponer a los condenados Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú, Jorge Francisco Baca Campodónico, Cesar Enrique Saucedo Sánchez en cuatro altos de privación de libertad -suspendida en su ejecución por el termino de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta-, sin tomar en cuenta ninguno de los criterios que para tal fin prevé la ley penal, con lo cual también omitió fundamentar su decisión; en efecto, se aprecia que luego de mencionar los delitos por los que se hallo -responsables penalmente a los procesados, se expuso como conclusión que les correspondía la pena de seis años de privación de libertad, sin exponer motivación tuna, lo cual de por si resulta irrazonable, toda vez que a los encausados Camet Dickmann se les condenó por un delito[10], a Baca Campodónico por dos[11] y a Saucedo Sánchez por tres[12], no habiéndose sustentado las razones que sustentarían un trato igualitario en la imposición de la pena pese a la divergencia cuantitativa de delitos cometidos, limitándose el Colegiado a señalar posteriormente que dicho quantum de pena había sido determinado «*en virtud a la proporcionalidad del hecho*» –ver parágrafo número cincuenta y dos-, afirmación que en modo alguno satisface la exigencia de motivación de la sentencia. Luego de ello, el

Tribunal Sentenciador señaló que, en el presente caso, se produjo un retraso injustificado no imputable a los procesados, conclusión que únicamente sustentó en la duración del proceso, sin analizar otros supuestos contemplados en la jurisprudencia constitucional para establecer si existe vulneración al plazo razonable de duración del proceso.

De igual modo, en cuanto a la reparación civil, se ha producido una afectación grave al deber de motivación, pues se advierte una ausencia absoluta de fundamentos que respalden la determinación de la suma que se impuso por concepto de reparación civil, habiéndose consignado únicamente lo siguiente: «*la comisión de delitos ha generado daños a los fondos públicos, por lo que para reparar el mismo se debe fijar un monto adecuado y proporcional, es decir, cincuenta millones de soles*»; lo que evidencia no una insuficiencia de motivación respecto a los factores que permitirían individualizar y determinar en forma prudencial y proporcional la reparación civil -en función a la entidad del daño causado por la comisión del delito-, sino su inexistencia absoluta.

DÉCIMO QUINTO: Alcances de la nulidad de la sentencia:

Estando a lo expuesto, se ha verificado una grave afectación al debido proceso -deber de motivación de las resoluciones judiciales y derecho a la prueba-, por la presencia de vicios insubsanables en la sustanciación del proceso, vinculados principalmente con la valoración de la actividad probatoria; sin embargo, tal circunstancia no genera la nulidad total de la sentencia recurrida -pues ello originaría un perjuicio injustificado a los procesados-, por cuanto en el extremo del delito de malversación de fondos, se advierte la atipicidad de la conducta desde la perspectiva de los cargos formulados.

En este sentido, no corresponde someter a nuevo juicio oral por los cargos formulados por el representante del Ministerio Público respecto a este delito -en tanto la corrección del sentido absolutorio de dicho extremo ha sido verificada en forma positiva-; mientras que, respecto al extremo condenatorio por el delito de asociación ilícita para delinquir, debe declararse su nulidad, pues aún cuando se han desestimado los agravios expresados por el procesado Saucedo Sánchez -referidos únicamente a la extinción de la acción penal en aplicación del principio de cosa juzgada-, no resulta posible quebrar la unidad del proceso, toda vez que tanto la pretensión punitiva como la civil, fueron planteadas en forma conjunta respecto de la totalidad de cargos que le imputó el órgano persecutor, las mismas que no han recibido una respuesta razonada, motivada ni congruente por el

Tribunal Sentenciador, con lo cual se vició de nulidad la totalidad del sentido condenatorio de la sentencia.

En igual sentido, por el delito de colusión desleal respecto a los procesados Jorge Camet Dickmann, Alberto Pandolfi Arbulú y Jorge Francisco Baca Campodónico, por el delito de falsedad ideológica en cuanto a este último, y por el delito de asociación ilícita para delinquir respecto a Víctor Enrique Caso Lay, debe anularse la sentencia venida en grado y llevarse a cabo un nuevo juicio oral, recomendando celo y celeridad.

DÉCIMO SEXTO: Del plazo razonable.

El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente número cero cuatro mil ciento cuarenta y cuatro, dispuso que este Supremo Tribunal cumpla con resolver en el plazo de ciento veinte días naturales el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia dictada en la presente causa.

En el caso concreto, la emisión del presente pronunciamiento se hace dentro del plazo fijado por el Tribunal Constitucional, pero además, con absoluto respeto al plazo que la Ley Orgánica del Poder Judicial nos otorga.

Sin embargo, aun cuando la citada sentencia constitucional afirma que en la presente causa se ha vulnerado el derecho al plazo razonable, nuestra actuación como Órgano de Revisión respecto de la sentencia -impugnada por la totalidad de sentenciados, así como por el Ministerio Público y la defensa del Estado-, tiene como directriz ineludible no solo el análisis de corrección de la resolución venida en grado tanto en su aspecto material como procesal, sino además la búsqueda de la vigencia efectiva de los derechos que tienen las partes del proceso y de las garantías que deben primar en el Estado Constitucional de Derecho, atendiendo además a que a todo Juez le compete el ejercicio de la justicia constitucional.

Es por ello que si bien nuestra decisión no pone fin al proceso -sino que ordena se realice un nuevo juicio oral respecto a los delitos de colusión, asociación ilícita y falsedad ideológica-, ello se debe a que la falta de motivación que se ha constatado en la sentencia constituye una grave afectación al debido proceso que no permite bajo ningún supuesto convalidar su sentido condenatorio ni revertirlo disponiendo la absolución de los procesados.

Adoptar alguna de esas opciones, implicaría, a criterio de este Supremo Tribunal, la afectación al principio de interdicción de la arbitrariedad y, como se ha señalado, convertiría a este Órgano Revisor en una instancia (mica, sin que exista ninguna justificación para ello,

pues ningún juicio de revisión o control puede realizarse sobre lo que no está motivado mínimamente. La demanda de justicia no se satisface solo porque se decida sobre el caso, sino cuando se decide con buenas razones explicadas, explicables y fundamentalmente razonables.

Ahora bien, frente a la decisión del Tribunal Constitucional y la respuesta dada al caso concreto por este Supremo Tribunal no puede afirmarse que nos apartamos de un criterio establecido por dicho órgano constitucional, la solución a que hemos arribado -ampliamente sustentada- conduce a la consecución de un fin constitucional y afirma la independencia del Poder Judicial, reconocido en el inciso dos del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política, pues todo órgano que radica jurisdicción tiene la obligación de adoptar resoluciones que reafirmen de manera efectiva las garantías judiciales y el respeto al debido proceso -de conformidad con el artículo ocho de la Convención Americana sobre derechos humanos-; en tal sentido, entendemos que cuando el Tribunal Constitucional expresa un criterio determinado lo realiza dentro del marco al respeto de la independencia judicial, consciente que las decisiones judiciales se convierten en instrumentos activos de democratización.

Este Supremo Tribunal, en base a los fundamentos expuestos, tiene la plena convicción que la única respuesta posible al presente caso, es declarar la nulidad de la sentencia, de conformidad con el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales; cuyo sustento nuclear es su carácter eminentemente constitucional, dada la grave vulneración al deber de motivación de las resoluciones judiciales, más grave aún tratándose de una decisión de fondo que sobre la base de una motivación insuficiente determinó la responsabilidad penal y civil de los procesados y les impuso las respectivas consecuencias jurídicas.

Debe descartarse también toda posibilidad de finalización del proceso sin un pronunciamiento sobre el fondo, pues ello implicaría asumir un rol que corresponde únicamente al legislador, al crear una nueva causa de la extinción de la acción penal no contemplada en ninguna norma del ordenamiento jurídico; tenemos la firme convicción que resulta totalmente inviable fundamentar una posición en tal sentido, pues aún cuando pueda determinarse que la duración del proceso se extendió excesivamente por causas no imputables a los encausados, la actuación negligente del Estado debe ser contrarrestada utilizando mecanismos legítimos, que no anulen completamente la posibilidad de consecución de los fines constitucionales del proceso ni generen la impunidad de hechos de extremada gravedad e impacto

social como los que son materia del presente proceso, lo que incluso entraría en colisión con el derecho a la verdad.

En efecto, los actos que se investigan - referidos a la compra de bienes y servicios de material bélico por un valor superior a quinientos sesenta millones de dólares- tienen vinculación con el quebrantamiento del deber de probidad y lealtad de altos funcionarios públicos -desde la tesis del fiscal-, denominado en el tramado conceptual como corrupción, al agruparse en éste una diversidad de actos criminales que poseen como denominador común el abuso del poder encomendado.

Corrupción que tiene impacto en el nivel de desarrollo humano, pues hay un vínculo entre éste y los derechos humanos, en la medida que cuando se trata de fondos destinados a la erradicación de la pobreza -así lo señala la acusación efectividad y, sin duda, acción fiscal respecto a los fondos utilizados en los actos contractuales cuestionados- se socava su efectividad y, sin duda se daña los derechos humanos y las expectativas de desarrollo de los potenciales beneficiarios, generalmente personas vulnerables.

Finalmente, a fin de reducir en la máxima medida de lo posible las limitaciones a los derechos de los procesados, se hace imperativo disponer que éstos concurran al nuevo juzgamiento con la medida de comparecencia simple, debiendo dejarse sin efecto todo tipo de restricción que se haya dictado en la presente causa.

Por las razones expuestas, concluimos que este Supremo Tribunal no puede en modo alguno suplir las graves deficiencias que posee la sentencia sometida a análisis, por lo que debe declararse su nulidad en los extremos precisados.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos en los considerandos precedentes, los miembros de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, declararon:

NO HABER NULIDAD en la misma sentencia de fojas cincuenta y un mil doscientos treinta y cinco, del veintidós de setiembre de dos mil once, en el extremo que absolvió a los procesados JORGE CAMET DICKMANN, ALBERTO PANDOLFI ARBULÚ, JORGE FRANCISCO BACA CAMPODÓNICO, CÉSAR ENRIQUE SAUCEDO SÁNCHEZ, VÍCTOR DIONICIO JOY WAY ROJAS, CARLOS ALBERTO BERGAMINO CRUZ, VÍCTOR ENRIQUE CASO LAY y ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI por el delito contra la Administración Pública - malversación de fondos, en agravio del Estado;

IL HABER NULIDAD en la sentencia , en el extremo que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal deducida

por el procesado Víctor Enrique Caso Lay por delito contra la Tranquilidad Pública - asociación ilícita para delinquir; y reformándola declararon infundada dicha excepción, debiendo continuarse con el proceso según su estado;

III. NULA la misma sentencia, en el extremo que condenó a: i) JORGE CAMET DICKMANN, ALBERTO PANDOLFI ARBULÚ, JORGE FRANCISCO BACA CAMPODONICO y CESAR ENRIQUE SAUCEDO SÁNCHEZ como autores del delito contra la Administración Pública - colusión ilegal, en agravio del Estado; ii) CESAR ENRIQUE SAUCEDO SÁNCHEZ, como autor del delito contra la Tranquilidad Pública - asociación ilícita para delinquir, en agravio de la Sociedad; y, iii) JORGE FRANCISCO BACA CAMPODÓNICO y CÉSAR ENRIQUE SAUCEDO SÁNCHEZ como coautores del delito contra la Fe Pública - falsedad ideológica, en agravio del Estado; y les impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta, tres años de inhabilitación y fijó cincuenta millones de nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberían abonar a favor de los agraviados;

MANDARON se realice nuevo Juicio Oral por otro Colegiado, teniéndose en cuenta lo señalado en la presente resolución; RECOMENDARON celo y celeridad;

DEJARON SIN EFECTO todas las restricciones impuestas a los procesados JORGE CAMET DICKMANN, ALBERTO PANDOLFI ARBULÚ, JORGE FRANCISCO BACA CAMPODÓNICO y CÉSAR ENRIQUE SAUCEDO SÁNCHEZ, imponiéndoseles mandato de comparecencia simple.

NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.

Interviniendo los señores Jueces Supremos Salas Arenas, Miranda Molina, Valcárcel Saldaña y Morales Parraguez, por impedimento de los Señores Jueces Supremos Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga, Príncipe Trujillo y Villa Bonilla.

SS.

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

VALCARCEL SALDAÑA

MIRANDA MOLINA

MORALES PARRAGUEZ

14. Sentencia Modelo para Absolver en materia de Colusión Desleal -Imposibilidad de construir probatoriamente un *factum* de colusión desleal, a partir de coordinaciones o infracciones de naturaleza administrativa - Insuficiencia del relato incriminatorio del colaborador eficaz - La pluralidad de causalidades resulta insuficiente: «Caso Mobetek»

EXP. N° 20-2003-A.V. SALA PENAL ESPECIAL. ART. 17° CPP
PON.: Sr. SAN MARTÍN CASTRO

Lima, dieciocho de octubre de dos mil cinco.-

VISTOS; en audiencia oral y pública, el juzgamiento a cargo de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema, integrada por los Señores San Martín Castro, Presidente, Palacios Villar y Lecaros Cornejo, bajo la dirección de debates del Señor San Martín Castro, contra los acusados ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI y JORGE CAMET DICKMANN por delitos de asociación ilícita para delinquir, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos en agravio del Estado; y, contra el acusado VÍCTOR CASO LAY por delitos de incumplimiento de deberes de función y omisión de denuncia en agravio del Estado.

Los acusados FUJIMORI FUJIMORI y CASO LAY se encuentran en la condición de reos contumaces según el mérito del auto de fojas mil ochocientos diez, en consecuencia, no tienen registradas sus generales de ley. Por el contrario, las generales de ley del acusado presente CAMET DICKMANN son las siguientes: es natural de Lima, nacido el veintitrés de septiembre de mil novecientos veintisiete, casado, con siete hijos, Ingeniero Civil, empresario, y con domicilio real en calle Pamplona número ciento setenta - Chacarilla del Estanque, Surco. Está sufriendo mandato de detención domiciliaria este proceso. No tiene condenas en su haber. Registra otros dos procesos, no culminados. Así consta del boletín de condenas y de la hoja carcelaria de fojas novecientos cuarenta y siete y novecientos cincuenta y dos.

ANTECEDENTES

I. PROCEDIMIENTO

1°. En virtud de la denuncia constitucional, corriente de fojas quinientos cincuenta y seis a quinientos ochenta y cuatro, del seis de noviembre de dos mil uno, formulada por los integrantes de la Comisión Investigadora de la deuda pública externa mil novecientos noventa - dos mil, señores Congresistas Rafael Valencia-Dongo Cárdenas, Ernesto Aranda Dextre, Jhony Peralta Cruz y Jorge Mera Ramírez -no aparece la firma del Congresista Ronnie Jurado Adriazola- contra el ex

Presidente Alberto Fujimori Fujimori, el ex Ministro de Economía y Finanzas Jorge Camet Dickmann y el ex Contralor General de la República Víctor Caso Lay, por delitos -respecto de los dos primeros denunciados- de asociación ilícita, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos, y -en lo atinente al último- omisión de deberes de función y de omisión de denuncia, se dio inicio al procedimiento parlamentario de acusación constitucional contra dichos ex Altos Funcionarios Públicos. La indicada denuncia se sustentó en el Informe Número 001-2001-CIDPE, del veintisiete de octubre de dos mil uno cuatro, de fojas una a cuarenta y tres -sin incluir anexos- de la indicada Comisión Investigadora que a su vez incorporó a otros Ex Altos Funcionarios Públicos y comprendió otros hechos.

2°. La Sub Comisión Investigadora del Congreso designada para el conocimiento de la indicada denuncia constitucional, signada con el número cuarenta y uno, con fecha doce de julio de dos mil dos emitió el correspondiente Informe Final, por mayoría, el mismo que corre de fojas quinientos veintiséis a quinientos cincuenta y cinco. Este Informe fue aprobado el día veintiuno de abril de dos mil tres por la Comisión Permanente del Congreso según se observa a fojas quinientos cincuenta y cinco; y, luego de ser sustentado en el Pleno del Congreso por la Sub Comisión Acusadora el día catorce de mayo de dos mil tres, previo ejercicio de defensa o alegato oral en dicha sede por el imputado Camet Dickmann y la abogada defensora del encausado Caso Lay, se aprobó la Resolución Legislativa acusatoria en la mencionada sesión del Congreso del día catorce de mayo de dos mil tres. Se trata de la Resolución Legislativa número 0012-2002-CR, publicada en el diario Oficial «El Peruano» del día miércoles veintiuno de mayo de ese año, que aprueba declarar HABER LUGAR a formación de causa contra los citados imputados por los indicados delitos, previstos y sancionados por los artículos 317°, 376°, 384° y 389° del Código Penal -respecto de los dos primeros- y 377° y 407° del Código acotado -en relación al último de los nombrados-.

3°. La Señora Fiscal de la Nación, en cumplimiento del artículo 100° de la Constitución, con fecha dos de junio de dos mil tres, recibida el día tres de dicho mes y año, formuló la pertinente denuncia penal ante la Sala Penal de la Corte Suprema, según se aprecia de fojas quinientos ochenta y siete a quinientos noventa y cinco. La Sala Penal Permanente por resolución de esa fecha de fojas quinientos noventa y seis instituyó la Vocalía de Instrucción y la Sala Penal Especial para la investigación y el enjuiciamiento respectivo, así como derivó los autos al Vocal Instructor designado.

4°. El señor Vocal Instructor por auto de fojas quinientos noventa y ocho, del doce de junio de dos mil tres, abrió instrucción en la vía ordinaria contra ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI Y JORGE CAMET DICKMANN por delitos de asociación ilícita para delinquir, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos en agravio del Estado; y, contra VÍCTOR CASO LAY por delitos de incumplimiento de deberes de función y de omisión de denuncia en agravio del Estado.

5°. Seguida la causa con arreglo a su naturaleza ordinaria y concluida la etapa de instrucción, el señor Fiscal Supremo en Segunda Instancia - Sala Penal Especial, mediante dictamen de fojas dos mil trescientos sesenta y uno formuló acusación sustancial contra los indicados imputados FUJIMORI FUJIMORI, CAMET DICKMANN y CASO LAY por los delitos ya señalados, y solicitó se le imponga a los dos primeros acusados doce años de pena privativa de libertad e inhabilitación por tres años y al pago solidario de un millón de nuevos soles, y al último cuatro años de pena privativa de libertad, treinta días multa y cien mil soles por concepto de reparación civil a favor del Estado.

6°. La Sala Penal Especial a fojas dos mil trescientos noventa y dos dictó el auto de enjuiciamiento, del veintidós de febrero del presente año, por los mismos delitos materia de acusación fiscal. La audiencia se instaló e inició el uno de julio último, conforme al acta de fojas dos mil seiscientos once.

7°. Desarrollado el acto oral conforme a las actas que corren en autos, formulados los alegatos de la defensa de las partes y la autodefensa del imputado presente, corriendo en autos sus conclusiones escritas; y, deliberado en privado, este Tribunal procede a emitir la presente sentencia.

II. HECHOS Y CARGOS

8°. El Informe de la Sub Comisión Investigadora del Congreso - que es el que relata los cargos y que, sucesivamente, en las diferentes fases del procedimiento parlamentario vino siendo aprobado- señala que los hechos objeto del procedimiento parlamentario tienen como base legal de referencia la Ley número 26265, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y tres, denominada «Ley de Endeudamiento Externo para el Sector Público para mil novecientos noventa y cuatro», que consideraba operación de endeudamiento externo a toda modalidad de préstamo así como cualquier otra operación que conlleve financiamiento que tenga por objeto la adquisición de bienes y servicios, así como el apoyo a la balanza de

pagos, a plazos mayores de un año, acordadas con personas naturales o jurídicas no domiciliadas en el país. Los hechos que incorpora se circunscriben a la expedición de dos Decretos Supremos -firmados por el Ex Presidente Fujimori Fujimori y los Ex Ministros de Economía y Finanzas Camet Dickmann y de Defensa Víctor Malca Villanueva- y, obviamente, a las operaciones y conductas que ello entrañó. Se trata del Decreto Supremo número 184-94-EF, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, que aprobó con la firma Mobetek Representaciones Sociedad Anónima un crédito hasta por siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuenta y ocho dólares americanos destinado a financiar la adquisición de repuestos para helicópteros Ml-diecisiete-Uno B y camiones Mercedes Benz para el Ministerio de Defensa - Ejército Peruano; y, del Decreto Supremo número 164-95-EF, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, que precisó que las antedichas operaciones de endeudamiento aprobadas por el Decreto Supremo anteriormente citado -también se incluyó el Decreto Supremo número 183-94-EF-, serán acordadas con la firma Mobetek Representaciones S.A. - Sucursal Panamá, y que continúan vigentes las disposiciones contenidas en los dos Decretos Supremos ya referidos.

9°. Precisa el Informe de la Sub Comisión Investigadora que la empresa Mobetek era una empresa peruana constituida y domiciliada en el Perú, por lo que al firmarse el Decreto Supremo número 184-94-EF no se cumplió con lo dispuesto en la Ley número 26265. De igual modo puntualiza que con la aprobación del Decreto Supremo número 164-95-EF se trató de crear un mecanismo que «legalizara» la operación concertada, lo que no procede dado que la sucursal y la principal constituyen una misma persona jurídica. La operación no se realizó el año mil novecientos noventa y cuatro y, por eso, se emitió el Decreto Supremo número 164-95-EF que precisó que la operación de endeudamiento externo se realizará con la empresa Mobetek Representaciones -Sucursal Panamá, siendo de destacar que en el último párrafo de la exposición de motivos de dicho Decreto Supremo se menciona que 'en concordancia con el Decreto Legislativo número 560, Ley del Poder Ejecutivo, y la Ley número 26392, Ley de Endeudamiento Externo del Sector Público para mil novecientos noventa y cinco, la precisión debe aprobarse mediante Decreto Supremo con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros'. A juicio de la Sub Comisión, que asume la posición de la denuncia constitucional respectiva, Mobetek Representaciones - Sucursal

Panamá carece de personalidad jurídica, pues no es sujeto de derechos y obligaciones distintos de la principal, y el patrimonio que la principal le asigna y el que desarrolla la sucursal pertenecen a la principal; además, dentro de los procedimientos de registro bajo las leyes de Panamá, se considera Mobetek Representaciones como una sociedad de Lima Perú, y que se inscribe como sociedad extranjera en el registro panameño. Ello significa, según la Sub Comisión, que dicha empresa no cumplió los requisitos considerados en las Leyes número 26265 y 26392, de endeudamiento externo del Sector Público para los años mil novecientos noventa y cuatro y mil novecientos noventa y cinco, respectivamente.

10°. El Informe destaca que al interior del Estado se configuró una organización delictiva liderada por el Ex Presidente Fujimori Fujimori y, en el presente caso, se concretó con la firma de los dos Decretos Supremos cuestionados, a través del Consejo Nacional de Defensa. El acusado Camet Dickmann como Ministro de Economía y Finanzas integraba el Consejo Nacional de Defensa, que determinaba las necesidades de materias militares y de cualquier tipo por parte de las Fuerzas Armadas, de suerte que actuaba como juez y parte en las adquisiciones.

11°. Aparece de lo investigado -siempre según el citado Informe- que a instancia del Ministerio de Defensa, el Ministerio de Economía y Finanzas, a través de sus órganos de línea y de asesoría, consideró que la operación de endeudamiento externo solicitada por el Ministerio de Defensa estaba arreglada a ley; y como la operación no se realizó durante el año mil novecientos noventa y cinco, el diez de noviembre de ese año el Ministro Malca Villanueva envió una comunicación al Ministro Camet Dickmann expresándole la necesidad de la expedición de Decretos Supremos ampliatorios -que superaran las observaciones legales que impedían la concreción de las operaciones y, en este caso, precisara la fuente de financiamiento- que permitan su ejecución a cargo del Programa Anual de Concertaciones mil novecientos noventa y cuatro. Un dato importante es la discrepancia hallada entre el número de unidades y los precios unitarios de la licitación privada y secreta que realizó el Sector Defensa y el contrato financiero que suscribió el Banco de la Nación y sus anexos que discrepan de la oferta ganadora de la licitación.

12°. El Ex Contralor Caso Lay -tal como señala el Informe- tenía la responsabilidad de supervisar las operaciones de la deuda pública en su calidad de titular del Sistema Nacional de Control por imperio

del Decreto Ley número 26162. La Contraloría no inició ninguna acción contra los funcionarios públicos involucrados en la adquisición con endeudamiento externo materia del Decreto Supremo número 184-94-EF -ésta tenía la obligación de revisar y auditar los procedimientos de la adquisición y el financiamiento de los mismos-, que muy bien pudieron determinarse a través de los Informes de Auditoría de la Cuenta General de la República -no era un límite, al respecto, que la documentación era secreta-, tanto más si la operación se desarrolló en el curso de tres años al cabo del cual recién se ejecutó, incluso pudo muy bien haber merecido un examen especial considerando que era evidente la nulidad del aludido Decreto Supremo.

13°. La Fiscalía de la Nación asumió esos hechos y calificación típica en su denuncia formalizada de fojas quinientos ochenta y siete. Se subsumió la conducta antes descrita en los artículos 317°, 376°, 384°, 389°, 377° y 407° del Código Penal. Destaca la denuncia formalizada lo siguiente:

a) Que los repuestos y accesorios fueron adquiridos con el carácter de secreto militar, cuando en realidad no tenían tal condición, ello con la finalidad de evitar la publicidad del procedimiento de adquisición y de las normas de aprobación del financiamiento;

b) Que, como la empresa Mobetek Representaciones estaba ubicada en el Perú, no se cumplía el requisito de contratarse con una empresa no domiciliada en el país, en tanto que Mobetek Representaciones -Sucursal Panamá era una sucursal, no la empresa matriz;

c) Que esa irregularidad, al ser advertida, se trató de subsanar con la emisión del Decreto Supremo número 164-95-EF, mediante el cual se precisaba que la operación se estaba realizando con la empresa Mobetek Representaciones - Sucursal Panamá;

d) Que el ex Contralor Caso Lay no ejerció el control correspondiente de los contratos firmados entre el Estado y Mobetek Representaciones, estando obligado por ley a hacerlo y más aún si el contrato tuvo una duración de tres años, término suficiente para tomar conocimiento de esos hechos.

14° En la acusación fiscal de fojas dos mil trescientos sesenta y uno se afirma lo siguiente:

a) Que en el año mil novecientos noventa y tres el Ministerio de Defensa convocó la Licitación Privada número 20/93-SMGE para

adquirir repuestos para helicópteros MI-diecisiete-Uno B y camiones Mercedes Benz, por un monto de siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuenta y ocho dólares americanos;

b) Que por Resolución Ministerial número 308-DE, del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, se aprobó la Buena Pro a favor de Mobetek Representaciones Sociedad Anónima;

c) Que el veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro el Ministro de Defensa autorizó la licitación y la calificó de prioritaria a los efectos de la aprobación del endeudamiento externo, siendo que entre ese día y el treinta de diciembre se emitieron las opiniones favorables de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, y de la Dirección General de Presupuesto, a la vez que se aprobó la citada operación de endeudamiento externo el mismo treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro por medio del Decreto Supremo número 184-94-EF, aclarado mediante Decreto Supremo número 164-95-EF, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, que modificó la fuente de financiamiento al establecerse que sería la Sucursal de Panamá de la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima la encargada de la adquisición de los referidos repuestos para Helicópteros MI-diecisiete-Uno B y camiones Mercedes Benz;

d) Que con dicha aclaración se pretendió subsanar la fuente de financiamiento, pues debía ser una empresa no domiciliada en el país como lo exigía la Ley de Endeudamiento externo para el Sector Público de mil novecientos noventa y cuatro, número 26265;

e) Que la empresa Mobetek Representaciones Sucursal Panamá fue creada el treinta de noviembre de mil novecientos noventa y cinco - cerca de un año después de la promulgación del Decreto Supremo número 184-94-EF-, suscritos por los acusados Fujimori Fujimori y Camet Dickmann; esto es, cuando se expidió dicho Decreto Supremo la empresa beneficiada: Mobetek Representaciones Sucursal Panamá, no existía. En consecuencia, dicha filial se constituyó con la finalidad de dar apariencia de legalidad a la irregular adquisición de los repuestos;

f) Que, por lo expuesto, Fujimori Fujimori y Camet Dickmann se concertaron ilícitamente con los miembros de Mobetek Representaciones para la adquisición de repuestos para helicópteros y camiones por un monto de siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuenta y ocho dólares americanos, y que con la finalidad de evitar cualquier acción de control o fiscalización las adquisiciones fueron calificadas como una operación de deuda externa

destinada a financiar la adquisición de los referidos bienes con el carácter de secreto militar, aprobado por el Decreto Supremo número 184-94-EF, norma posteriormente aclarada por el Decreto Supremo número 164-95-EF;

g) Que los repuestos y accesorios de los vehículos de transporte, como son bombas de agua, bombas de aceite, cajas de frenos, pastillas de freno, entre otros, se adquirieron con carácter de secreto militar, en forma privada, a fin de evadir la transparencia y publicidad que norma toda compra del Estado;

h) Que, por ello, los imputados Fujimori Fujimori y Camet Dickmann dolosamente

dispusieron de dineros del Estado -siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuenta y ocho dólares americanos- como títulos de deuda externa, a pesar de conocer que la fuente de financiamiento era de origen nacional;

i) Que el ex Contralor Caso Lay incumplió su misión de cautelar o supervisar la legalidad de las operaciones de la deuda pública, y mantuvo una actitud omisiva por no haber ejercido el control correspondiente en los contratos celebrados por el Estado con la firma Mobetek Representaciones. No inició las acciones civiles, penales o administrativas contra los involucrados en las irregulares adquisiciones de endeudamiento externo.

FUNDAMENTOS

I. FUNDAMENTOS DE HECHO. INFORMACIÓN PROBATORIA

15°. El encausado CAMET DICKMANN -Ministro de Economía y Finanzas entre el uno de enero de mil novecientos noventa y tres al cinco de junio de mil novecientos noventa y ocho-, en su instructiva de fojas novecientos treinta y cuatro, ampliada a fojas dos mil setenta y cuatro, niega los cargos que se le formulan. Sostiene que el trámite para la expedición del Decreto Supremo número 184-94-EF no demoró cuarenta y ocho horas, pues la comunicación del Ministro de Defensa se limitó a reclamar la demora de los funcionarios en concluir la tramitación de su solicitud de endeudamiento externo, la misma que llevaba en curso, en el Ministerio de Economía y Finanzas, no menos de seis meses; que la adquisición de los repuestos materia de la licitación privada cuestionada no fue tratada en el Consejo de Defensa Nacional; que la contratación con una empresa nacional fue un error administrativo en que incurrieron los funcionarios del Sector Economía

y Finanzas que intervinieron en esa tramitación -lo que fue constatado por el Ministro Silva Ruete al exonerarlos de cargos por tratarse de un error administrativo-; además, Mobetek Representaciones Sucursal Panamá en efecto se constituyó en el extranjero; que la calificación de secreto militar de las adquisiciones cuestionadas está claramente impuesta por el Decreto Supremo número 003-ED-SG, del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y nueve, que estipula como secreto militar los repuestos de armamento, equipos, herramientas, vehículos, material y maquinaria en general; que, por otro lado, al revisar la documentación con motivo del procedimiento parlamentario de acusación constitucional incoado en su contra advirtió que en el contrato de suministros finalmente celebrado se redujo el número de unidades de repuestos a adquirirse y se habían incrementado muchos precios unitarios de esas unidades, aunque se mantuvo -quizás para disimular- la cifra global autorizada a financiarse; agrega que en el procedimiento de licitación no interviene el Ministerio de Economía y Finanzas, que recién lo hace una vez que el Ministro de Defensa culmina el procedimiento anterior, etapa segunda en la cual intervienen el Vice Ministro de Hacienda, los Directores de Crédito Público y de Prepuesto y la Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, que con intervención del Banco de la Nación, elaboran el proyecto de Decreto Supremo, el mismo que rubrican en señal de aceptación; que una vez que el Decreto Supremo es firmado por el Ministro de Economía y Finanzas y por el Presidente de la República se inicia la tercera etapa que es la de su implementación, desarrollada por funcionarios de los sectores participantes, en la que no interviene el Ministro de Economía y Finanzas.

16°. En el acto oral -actas de fojas dos mil seiscientos treinta y cuatro a dos mil seiscientos cuarenta y dos, dos mil seiscientos cincuenta y tres a dos mil seiscientos sesenta y cuatro, y dos mil seiscientos setenta y tres a dos mil seiscientos ochenta y cuatro- el citado encausado CAMET DICKMANN reitera lo expuesto en sede de instrucción. Precisa que su Despacho conoció inicialmente del endeudamiento solicitado por el Sector Defensa por una llamada telefónica del Ministro de Defensa que llamaba la atención por la demora en el trámite de aprobación, que ya tenía más de seis meses, y que existía el riesgo de perderse porque estaba ya por finalizar el año, por lo que convocó al Vice Ministro de Hacienda y le recomendó que en cuarenta y ocho horas culmine el trámite, lo que en efecto sucedió. Agrega que no advirtió que en el primer Decreto Supremo se incurrió

en un error, que califica de administrativo sin dolo, y que confió en los funcionarios de su Sector. Acota que, igualmente, tuvo conocimiento del error incurrido recién cuando se le dio cuenta con un Proyecto de Decreto Supremo rectificatorio, respecto al cual se le informó que con el nuevo Decreto Supremo se subsanaba un aspecto técnico, de carácter jurídico, no advertido, vinculado al domicilio de la empresa que otorgaba el financiamiento, que en este caso era de Panamá. Sostiene, además, que fue él quien en el Congreso advirtió de los cambios realizados en el contrato de suministro respecto a las cantidades y valores de lo que debía adquirirse -aunque se respetó el valor del financiamiento-, que no conoce al titular de Mobetek, que no recibió presión o indicación de ningún funcionario o persona para aprobar el financiamiento objeto de este proceso penal. Por otro lado, de la revisión de la documentación que realizó con motivo de la investigación parlamentaria pudo advertir que inicialmente la financiación de la adquisición correspondía a la empresa Metropolitan Investment Corporation, pero a sugerencia del Banco de la Nación se excluyó a esa empresa a fin de que el Estado se entienda con una sola persona jurídica y que el proveedor también financie la adquisición.

17°. Los testigos que han declarado en el acto oral son: David Rolando Lescano Arredondo -fojas dos mil seiscientos noventa y seis-, José Fernando Lituma Agüero -fojas dos mil setecientos cinco a dos mil setecientos diecisiete-, Guillermo Carlos Miranda Arosemena -fojas dos mil setecientos treinta y dos a dos mil setecientos cuarenta y seis-, Rocío del Pilar Mercedes Montero Lazo -fojas dos mil setecientos cuarenta y seis a dos mil setecientos cincuenta y uno-, Manuel Díaz Mariños -fojas dos mil setecientos sesenta y siete a dos mil setecientos setenta y nueve-, Juan Ricardo Aquino Adrianzén -fojas dos mil setecientos setenta y nueve a dos mil setecientos ochenta y ocho-, Hugo Francisco Gonzáles Ríos -fojas dos mil ochocientos veintitrés a dos mil ochocientos veintinueve-, Luis Enrique Mayaute Ghezzi -fojas dos mil ochocientos veintinueve a dos mil ochocientos treinta y uno-, Américo Abelardo Fernández Cáceres -fojas dos mil ochocientos treinta y uno a dos mil ochocientos treinta y cuatro-, y Alfredo Jalilie Awapara -fojas dos mil ochocientos cuarenta y ocho a dos mil ochocientos cincuenta y tres-.

18°. El aporte de dichas testificales es el siguiente:

A. LESCANO ARREDONDO, Director de Gestión de Crédito de la Dirección de Crédito Público, declaró que el pedido del Sector Defensa ocurrió el primer semestre de mil novecientos noventa y cuatro -el

trámite demoró unos nueve o diez meses más o menos-; que en el procedimiento previamente intervino el Banco de la Nación; que su Área -de Endeudamiento- elaboró el primer Decreto Supremo; que su Despacho entendió que todos los requisitos se habían cumplido, pero no se analizó las características de la persona jurídica que otorgaba el financiamiento por no ser de su competencia; que, posteriormente, el Banco de la Nación objetó varios aspectos del contrato, en especial el del domicilio, y que con la opinión favorable de Asesoría Jurídica se promovió un segundo Decreto Supremo; que en ambos casos no recibió presión alguna ni recibió a los representantes de Mobetek; y que por su actuación fue investigado administrativamente y absuelto mediante una Resolución Ministerial.

B. LITUMA AGÜERO, Director Ejecutivo de Crédito Público y, luego, Director de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas cuando los hechos, expresa que el Ministerio de Defensa envió el expediente solicitando el endeudamiento en el mes de mayo de mil novecientos noventa y cuatro -fueron varios los expedientes sobre endeudamiento, un total de siete-, el que fue remitido al Banco de la Nación para su evaluación, siendo la empresa Mobetek la única que superó las observaciones -exigencia, planteada entre junio o julio de ese año, de que no sea la empresa MIC la que financie la operación y que más bien sea el mismo proveedor el que lo haga y que se arregle internamente con esa finalidad-, lo que ocurrió en el mes de octubre o noviembre de ese año; que luego de ese paso, al encontrarla conforme -con el informe favorable del Banco de la Nación y de su Área- se remitió el expediente a Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas; que no revisó, en esa primera oportunidad, si Mobetek como persona jurídica cumplía con los requisitos de ley; que respecto al segundo Decreto Supremo fue el Banco de la Nación, aproximadamente en enero de mil novecientos noventa y cinco, que advirtió el error, y durante ese lapso, con la intervención de Asesoría Jurídica, cumplidas las exigencias de corrección en orden a la empresa que financiaría la operación -la constituida en Panamá, y no la del Perú-, se propuso dicho Decreto Supremo; que en ambos trámites no ha recibido presiones, indicaciones u órdenes para pronunciarse en uno o en otro sentido, menos se ha reunido con representantes de Mobetek.

C. MIRANDA AROSEMENA, Director General de la Oficina de Asesoría Jurídica del

Ministerio de Economía y Finanzas cuando los hechos, dice que a su Oficina le correspondió la revisión legal del expediente y del

Decreto Supremo que se le había enviado -no interviene, luego, en la elaboración y suscripción del contrato de financiamiento, a cargo del Banco de la Nación, como agente financiero del Estado-;que a sugerencia del Banco de la Nación el financiamiento lo iba a realizar la misma empresa; que Mobetek realizaba operaciones tanto en Perú como en Panamá; que la Ley General de Sociedades en ese momento no regulaba expresamente el tema del domicilio de la sociedad, por lo que aplicando el Código Civil consideró que el domicilio es el lugar de las ocupaciones habituales y si las operaciones se realizan en diversos lugares se le considera domiciliada en cualquier de ellos, por lo que se consideró que la empresa tenía domicilio en Panamá y, por ende, podía hacer endeudamiento externo; que posteriormente, con motivo de la objeción del Banco de la Nación - respecto a que el financiamiento debía correr por cuenta de Mobetek Sucursal Panamá y que era con esa empresa que debía entenderse la operación-, su Oficina exigió que la sucursal no sólo esté constituida en el exterior sino también inscrita en el Perú, trámite que se cumplió y, por ello, se emitió el segundo Decreto Supremo.

D. MONTERO LAZO, Directora de Asuntos Económico Administrativos de la Oficina General de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas, señala que sólo intervino en el segundo Decreto Supremo -antes había estado de licencia en el extranjero, y el doce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco se le encargó la Oficina General por vacaciones del titular-; que sólo intervino en un segundo momento para constatar que el documento registral que se exigió efectivamente se había acompañado; que la ley de endeudamiento sólo decía que las empresas debían estar domiciliadas en el exterior, y como en la Ley General de Sociedades el punto no era claro se entendió que como Mobetek realizaba operaciones en Panamá ese también era su domicilio, y que lo que se exigió luego fue que la Sucursal de Panamá se inscriba en Perú; que, finalmente, en todo el trámite en que intervino no recibió orden, indicación, presión de funcionario o persona alguna para actuar en algún sentido.

E. DÍAZ MARINOS, Gerente de Operaciones con el Exterior del Banco de la Nación a partir de marzo de mil novecientos noventa y cinco, acota que su predecesor Ingeniero Adolfo Indacochea el veinticuatro de enero de mil novecientos noventa y cinco hizo notar a la Dirección de Crédito Público que existían discrepancias respecto al domicilio del financista, que era el Perú, cuando debía tener domicilio en el exterior -

en el proyecto de contrato se decía Mobetek Representaciones Sucursal Panamá y en la norma se hacía mención a Mobetek Representaciones-, discrepancias que reiteró él en una comunicación escrita; que luego del último Decreto Supremo -que entiende superó las observaciones, tal como opinó el asesor jurídico del Banco-, hechas las consultas, aclaraciones y coordinaciones necesarias, el contrato de financiamiento recién lo firmó el diecinueve de junio de mil novecientos noventa y siete; que el Banco, como agente financiero, no sugirió cambio alguno respecto a la empresa que iba a financiar la operación.

F. AQUINO ADRIANZÉN, trabajador de la empresa Mobetek Representaciones y titular de una acción -luego de cuatro-, así como miembro del Directorio, sostiene que figuró como accionista de la empresa a pedido del dueño Moshe Rothschild Chassin; que una primera empresa que iba a financiar la operación de adquisición de repuestos, finalmente, no pudo hacerlo -no sabe si MIC era empresa de Rothschild Chassin-, y por eso en el año mil novecientos noventa y cinco se amplió el objeto social de la empresa en Panamá, Mobetek Representaciones Sucursal Panamá, que se constituyó en mayo de mil novecientos noventa y cuatro; que realizó gestiones para la concreción del contrato, pero es ajeno a cualquier irregularidad o acto irregular.

G. GONZÁLES RÍOS, Jefe del Servicio de Material de Guerra del Ejército, señala que el procedimiento licitario que concluyó con el otorgamiento de la buena pro a Mobetek Representaciones se llevó a cabo normalmente, sin interferencias o presiones, y que luego en el año mil novecientos noventa y seis con la expedición del último Decreto Supremo el Comandante del Comando Logístico del Ejército General Mayaute Ghezzi le ordenó la confección del contrato, por lo que tuvo varias reuniones para la modificación del anexo dos del contrato de suministro con Moshe Rothschild Chassin, lo que determinó incluso recuperar un contrato ya firmado y que en uno de ellos incluso se adulteró su firma. De esos cambios no tuvo conocimiento el Ministro de Economía. Puntualiza que la ejecución del contrato se llevó a cabo en mil novecientos noventa y siete, y que la clasificación de secreto militar se debió a que se trató de repuestos para aeronaves de combate. Agrega que después de estos hechos, para otra adquisición -esta vez de tres helicópteros pesados, ofrecidos por la empresa de Moshe Rothschild Chassin- lo llamó el ex Presidente Fujimori Fujimori para decirle que ese señor había presentado una cotización y que hablara con su piloto, el generalSilva.

H. MAYAUTE GHEZZI, Comandante General del Comando Logístico del Ejército, señala que durante su gestión se llevó a cabo la ejecución del contrato analizado y que llegó por conducto regular el último Decreto Supremo para su ejecución, el que lo remitió al Servicio de Material de Guerra para su cumplimiento. Inicialmente niega haber ordenado al general Gonzáles Ríos recuperar un contrato ya firmado, pero luego reconoce el oficio que mandó al indicado general ordenando la recuperación del mismo y que lo hizo por orden del Comandante General del Ejército, general Hermoza Ríos; el cambio importó una variación de la especificación de algunos repuestos.

I. FERNÁNDEZ CÁCERES, Jefe de la Oficina de Economía del Ejército, acota que intervino luego de la expedición del último Decreto Supremo y firmó el contrato de suministro y dos addemdun -importaron modificación de quienes figurarían como proveedores y financiadores de los plazos y la fecha del contrato-, pero no se firmaron modificaciones de lo adquirido; no hubo modificaciones en la parte presupuestal, y por tanto no está a su alcance lo relacionado con la variación de la lista de repuestos.

J. JALILIE AWAPARA, Vice Ministro de Hacienda, acota que los dos Decretos Supremos fueron tramitados por la Dirección de Crédito Público, que revisa las condiciones financieras de las Licitaciones aprobadas por el Sector Defensa, y lo hace en coordinación con el Banco de la Nación, agente financiero del Estado. Los trámites se demoraron por una serie de problemas institucionales en la Dirección de Crédito Público y en el Banco de la Nación, pero el proceso se inició desde principios del año, antes del reclamo del Ministro de Defensa, concluyendo a fines de diciembre, y que el otro Decreto Supremo se expidió porque el Banco de la Nación -a quien se le envío todos los antecedentes por ser el agente financiero designado- encontró discrepancias dado que el contrato decía Mobetek Representaciones Sucursal Panamá y el Decreto Supremo sólo Mobetek Representaciones, lo que se corrigió siguiendo las indicaciones de Asesoría Jurídica. Agrega que el Banco de la Nación inicialmente recomendó que el proveedor sea también el financista. Precisa que debe diferenciarse la aprobación de la operación de endeudamiento externo de la ley anual de endeudamiento externo, en cuyos ámbitos debe aprobarse la concertación de la operación, la cual puede demorar uno o más años, pero ésta ya nació y fue aprobada.

19°. Respecto a la prueba instrumental, es del caso resaltar las siguientes, que permitirán una perspectiva global del asunto sometido a enjuiciamiento:

A. El Decreto Supremo número 184-94-EF, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro (fojas cuarenta y nueve, repetido a fojas mil cuarenta y ocho), firmado por los Ministros Camet y Malca, así como por el Presidente Fujimori. Esta norma -según sus considerandos- se expidió al amparo de la Ley número 26265 - Ley de endeudamiento externo del Sector Público para mil novecientos noventa y cuatro, y tenía como marco las Resoluciones Ministeriales número 1308-DE/EP, del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres [que claramente decía en su parte introductoria la adquisición realizada por el Ejercito - Comando Logístico del Ejército - Servicio de Material de Guerra del Ejército era para la adquisición de repuestos para helicópteros Ml-diecisiete-Uno B y camiones Mercedes Benz *mediante endeudamiento externo]*, y número 0911-DE/EP, del catorce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro -que autorizó el gasto de la adquisición con cargo al Programa Anual de Concertaciones de Deuda Externa correspondientes al año fiscal mil novecientos noventa y cuatro-, mediante las cuales se aprobó la buena pro a la firma Mobetek Representaciones, para la adquisición de repuestos para Helicópteros Ml-Diecisiete-Uno B y de Camiones Mercedes Benz, por un monto total de siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuenta y ocho dólares americanos -la fuente es la Licitación Privada número 20/93-SMGE- [véase fojas cincuenta y uno a cincuenta y tres]. Las adquisiciones tenían el carácter de secreto militar, a cuyo efecto se invocó el artículo uno del Decreto Supremo número 003-89-DE/SG, del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y nueve -copia completa del mencionado Decreto Supremo corre a fojas dos mil treinta y ocho-. El Decreto Supremo primeramente señalado, número 184-94-EF, aprobó dicha operación de Endeudamiento Externo a celebrarse entre la República del Perú y la firma Mobetek Representaciones Sociedad Anónima, designó al Banco de la Nación como Agente Financiero del Estado en dicha operación de crédito, y lo autorizó a suscribir los documentos representativos del mismo.

B. Carta de fojas mil cuarenta y tres, dirigida por Mobetek Representaciones -firmada por Moshe Rotschild, Gerente General- al Gerente de Operaciones con el Exterior del Banco de la Nación, del veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, es decir, dos meses antes de la emisión del Decreto Supremo número 184-94-EF, en virtud de la cual se precisaba que su empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima, Sucursal Panamá, se encuentra

en condiciones de financiar la adquisición de los suministros solicitados por el Ministerio de Defensa - Ejército Peruano. Esta oferta, según la carta de fojas mil cuarenta y cuatro, del quince de noviembre de mil novecientos noventa y cuatro, cursada por el Gerente de Operaciones con el exterior del Banco de la Nación Adolfo Indacochea Herrera al Director General de Crédito Público del Ministerio de Economía y Finanzas, se ajustó a los términos de la recomendación del Banco. Según el Informe número 33/94-EF/75.21, del treinta de diciembre de mil noventa y cuatro, elaborado por el Director General de Crédito Público -que formó parte del trámite y fue invocado en el aludido Decreto Supremo-, corriente a fojas mil cuarenta y cinco, la operación de crédito cumplió con las exigencias de la Ley de Endeudamiento Externo para mil novecientos noventa y cuatro, aunque allí se hizo mención a Mobetek Representaciones Sociedad Anónima, no a la Sucursal de Panamá.

C. A fojas ciento setenta y dos corre el oficio número 9305-MD-06/10.00, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, en virtud del cual el Ministro de Defensa Malca Villanueva se dirige al Ministro de Economía y Finanzas Camet Dickmann y solicita la atención prioritaria de la operación de crédito externo antes citada. De igual manera, a fojas ciento setenta y seis corre otro oficio dirigido por el Ministro de Defensa al Ministro de Economía y Finanzas, signado con el número 216-MD-06/19.00, sin fecha ni cargo de recepción, referente a varias adquisiciones del Sector Defensa, por el que pide la agilización administrativa para materializarlas el año mil novecientos noventa y cuatro o primeros meses del próximo año. Con fecha veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, asimismo, aparecen varios documentos oficiales, tales como: *i)* oficio del Comandante General del COLOGE, General León Varillas, de fojas ciento setenta y tres, dirigido al Comandante General del Ejército, opinando favorablemente para la concertación de la operación de endeudamiento externo; *ii)* memorando de fojas ciento setenta y ocho, del Director General de Presupuesto Público al Director General de Crédito Público, mediante el cual se opina por la continuación del trámite de la operación en referencia en tanto no requieren recursos adicionales del Tesoro Público. Existen otros dos oficios, esta vez del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro; en el primero -de fojas ciento setenta y uno-, el Director General de Crédito Público se dirige al Ministro de Defensa, por el que certifica que el financiamiento para la presente operación está incluido en el Programa

Anual de Concertaciones externas de mil novecientos noventa y cuatro; y, en el segundo, el Director General de la Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía y Finanzas (fojas ciento ochenta y cinco) se dirige al Vice Ministro de Hacienda, Jalilie Awapara, mediante el cual opina favorablemente al proyecto de Decreto Supremo de aprobación de endeudamiento externo materia de análisis.

D. Carta EF/92.4421 N° 091-95, del diez de febrero de mil novecientos noventa y cinco, de fojas trescientos doce, que contiene como anexo el documento «Proyectos de Contratos de Suministros y Financiamiento Ministerio de Defensa - Ejército Peruano/Mobetk Rep. por USD. 7 257 158 y USD 948 000,00», cursada por el Banco de la Nación al Director General de Crédito Público, mediante la cual observa varios ámbitos del proyecto de contrato, entre los que destaca que el Decreto Supremo menciona a Mobetek Representaciones y no a Mobetek Representaciones Sucursal Panamá, que es la entidad financista, así como la falta de Poder de ambas empresas. Luego de los trámites correspondientes que se llevaron a cabo con intervención del Ejército, del Ministerio de Economía y Finanzas y del Banco de la Nación, con fecha veintisiete de septiembre de mil novecientos noventa y cinco - fojas trescientos cuatro-, el Gerente del Departamento de Operaciones con el Exterior del Banco de la Nación, Díaz Marinos, se dirige al Director General de Crédito Público, señalando que «...la *Escritura Pública de ampliación de los fines de la Sociedad Mobetek Representaciones S.A., formalizada en la República de Panamá, a nuestro entender no es suficiente para la suscripción de los contratos de financiamiento ya que se mantiene pendiente la observación efectuada con nuestra Carta EF/92.4421 N° 091-95 del 95.02.10 en lo concerniente a/ dispositivo aprobatorio en el cual se hace referencia a Mobetek Representaciones S.A. como entidad prestamista...*».

E. La comunicación anterior dio lugar a la intervención de la Oficina de Asesoría Jurídica del Ministerio de Economía Finanzas. Ésta mediante Oficio número 1178-95-EF/60, del veintitrés de octubre mil novecientos noventa y cinco, de fojas trescientos uno, firmado por Guillermo Miranda Arosemena, Director General, dirigido al Director General de Crédito Público, le requiere copia del documento que acredita la inscripción del Título a favor de Mobetek Representaciones Sociedad Anónima Sucursal Panamá en el Registro Mercantil de Lima. Posteriormente, dicha Oficina emitió el Oficio número1391-95-EF/60, del doce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, de fojas doscientos noventa y cinco, firmado por Rocío Montero Lazo, que tenía a la vista el Proyecto de Decreto Supremo que precisaba que las

operaciones de Endeudamiento Externo serán acordadas con la Sucursal Panamá de Mobetek, en virtud del cual consideró que dicha empresa está inscrita en la Oficina Registral de Lima y Callao conforme al artículo 334° de la Ley General de Sociedades -a fojas mil quinientos ochenta y dos y mil quinientos ochenta y tres corren copia certificada de la comunicación de Lituma Agüero y de la respuesta de Montero Lazo, ambas del doce de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, acerca del Proyecto de Decreto Supremo rectificatorio-

F. El Decreto Supremo número 164-95-EF corre en fotocopia a fojas cuarenta y seis. Fue suscrito por los Ministros Camet Dickmann, Malca Villanueva y Córdova Blanco, así como por el Presidente Fujimori Fujimori, y dictado con el voto aprobatorio del Consejo de Ministros. En los considerandos se indicó que era necesario precisar quelas citadas operaciones de endeudamiento externo serán acordadas con la firma Mobetek Representaciones Sociedad Anónima - Sucursal Panamá, lo que en efecto se hizo, a la vez que se ratificó las demás disposiciones del Decreto Supremo número 184-94-EF. A fojas mil quinientos treinta y nueve corre copia del acta de Consejo de Ministros del día veintiocho de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, donde consta la aprobación del aludido Decreto Supremo, de carácter secreto, presentado por el Ministro de Defensa.

G. A fojas ciento seis corre la escritura Pública de constitución simultánea de la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima [según la constancia de fojas ciento quince vuelta, la sociedad se registró el catorce de mayo de mil novecientos noventa y dos - a fojas trescientos noventa y ocho aparece la ficha respectiva]. Dicha empresa, a su vez, conforme aparece de fojas doscientos cinco, se inscribe en Panamá el veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, que incluyó el acta de Junta Directiva de Mobeteck Representaciones del treinta de mayo de mil novecientos noventa y cuatro que acordó constituir una sucursal en Panamá. Por Escritura Pública de fojas doscientos dieciséis, inscrita el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y cinco, se protocoliza en Panamá el acta de Junta General Extraordinaria de Accionistas de Mobetek Representaciones del catorce de julio de mil novecientos noventa y cinco, que acordó ampliar el objeto social de la sociedad, consistente en «*...celebrar dentro y fuera del país todo tipo de operaciones de crédito, contrato de arrendamiento financiero, leasing, léase back, financiar la adquisición y/o venta de Bienes y Servicios de cualquier naturaleza u otros contratos de financiamiento* ...». Y, según la ficha registral de fojas

trescientos noventa y nueve se regularizó la constitución de Mobetek Representaciones en la Ciudad de Panamá y la ampliación del objeto social de la sociedad, lo que ocurrió el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco. Las copias literales remitidas por la Superintendencia Nacional de Registros Públicos corren de fojas ochocientos cuarenta y tres a fojas ochocientos cincuenta.

H. El contrato de financiamiento fue aprobado, luego de la opinión favorable del Director General de Crédito Público del trece de mayo de mil novecientos noventa y siete, a instancia del Banco de la Nación, según es de verse de fojas doscientos cincuenta y cuatro y doscientos cincuenta y cinco. A fojas noventa y cinco corre el contrato de suministros y financiamiento, sin fecha; y, luego se firman dos addendum, de fechas cinco de febrero de mil novecientos noventa y siete y catorce de ese mes y año (fojas ciento cincuenta y nueve y ciento sesenta y siete, respectivamente). El contrato de financiamiento es de diecinueve de mayo de mil novecientos noventa y siete, conforme aparece a fojas mil ochenta y uno (véase oficio de fojas mil setenta y ocho cursado por el Banco de la Nación al Jefe de la Oficina de Economía del Ejército); allí se entendió a la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima como la que otorgará el financiamiento a través de Mobetek Representaciones - Sucursal Panamá y al Banco de la Nación como agente Financiero del Estado y a los efectos del financiamiento del precio total del contrato.

I. A fojas dos mil cuarenta y dos y dos mil cincuenta corren copias de la Resolución Ministerial número 284-2003-EF/43, del diecinueve de junio de dos mil tres, y del Informe Final emitido por la Comisión Especial de Procesos Administrativos Disciplinarios designada por Resolución Ministerial número 123-2002-EF/43, mediante la cual se instauró proceso administrativo disciplinario a Fernando Lituma Agüero, Guillermo Miranda Arosemena, Reynaldo Bringas Delgado y David Lescano Arredondo. La Comisión, y la Resolución Ministerial, no hallaron responsabilidad en los investigados, en tanto (1) que la intervención del Ministerio de Economía y Finanzas se circunscribió al financiamiento; (2) que al momento de los hechos Mobetek Representaciones tenía domicilio en Lima y en Panamá, consecuentemente, según el artículo treinta y tres del Código Civil, se considera domiciliada en cualquiera de ellos, tanto más si la Ley General de Sociedades no contenía una definición acerca del domicilio de una sucursal constituida en el extranjero, y el artículo uno, segundo párrafo, de la Ley de endeudamiento no precisaba si la condición de no

domiciliado en el país requería ser acreditada, además de la sucursal, por la sede principal de la empresa financista; (3) que antes no se pudo advertir -por la información proporcionada- que Mobetek Representaciones no domiciliaba en el extranjero; (4) que la operación de endeudamiento externo estuvo sustentada en el marco legal correspondiente y se cumplieron las exigencias respectivas; y, (5) que las condiciones del contrato de financiamiento fueron aceptadas por el Banco de la Nación, que informó que la empresa había cumplido con satisfacer las recomendaciones que al respecto había formulado.

J. A fojas dos mil ochenta y seis corre el escrito cursado por Hugo Francisco Gonzáles Ríos, que se acogió a la colaboración eficaz y que por sentencia que en copia certificada corre a fojas dos mil ochocientos cinco fue condenado a cuatro años de pena privativa de libertad cuya ejecución se suspendió condicionalmente por los delitos de colusión, falsedad ideológica, asociación ilícita para delinquir, cohecho propio y peculado en agravio del Estado. Allí aparece la siguiente información relevante: (1) que una vez que se promulgó el Decreto Supremo número 164-95-EF el Servicio de Material de Guerra del Ejército elaboró el proyecto de contrato de compra venta respectivo, el mismo que fue visado el doce de febrero de mil novecientos noventa y seis por el Asesor Legal del Comando Logístico del Ejército -el proyecto hace mención que los repuestos estaban contenidos en el anexo cero dos y que formaba parte del contrato, de suerte que los repuestos para vehículos Mercedes Benz ascendía a seis millones ochocientos cuarenta y cinco mil doscientos nueve con ochenta y cuatro céntimos de dólares americanos, y los repuestos para helicópteros ascendía a cuatrocientos once mil novecientos cuarenta y ocho con dieciséis céntimos de dólares americanos, lo que hacía un total de siete millones doscientos cincuenta y siete mil ciento cincuenta y ocho dólares americanos-; (2) que mediante Nota Informativa cursada por el Servicio de Material de Guerra del Ejército al Comandante General del Ejército el día veinte de febrero de mil novecientos noventa y seis -fojas dos mil ciento quince-, a pedido de éste, se señaló el motivo de la variación de la cantidad de repuestos, el cual estaba radicado en que en el año noventa y cuatro - noventa y cinco se había adquirido dieciséis helicópteros MI-Diecisiete-Uno B, de modo que las necesidades previstas de conjuntos principales para cuatro helicópteros ya no era prioritarias, por lo que se solicitó a la firma Mobetek la posibilidad de suministrar mayor cantidad con repuestos Mercedes Benz en reemplazo de los conjuntos principales, lo que fue aceptado por la firma y gestionado

al Comando Logístico del Ejercito con oficio Número 200-JMB.7b/ 03.02, del treinta y uno de julio de mil novecientos noventa y cinco; (3) que, en tal virtud, el contrato de suministro -que aparece sin fecha- fue firmado el veintitrés de febrero de mil novecientos noventa y seis o en una fecha muy cercana; (4) que a mérito de la Hoja Informativa número 10 E-5 del dieciséis de mayo de mil novecientos noventa y seis -fojas dos mil ciento treinta y ocho-, cursada por el Jefe de la oficina de Economía del Ejército al Comandante General del Ejército, da cuenta que se cursó al Banco de la Nación los contratos de suministro debidamente firmados por la institución, a la que se solicitó la suscripción de los contratos de financiamiento, el mismo que a su vez está solicitando la remisión de copia de la Escritura Pública que evidencia la constitución de la firma Mobetek Representaciones Sociedad Anónima - Sucursal Panamá; y, (5) que a mérito de un requerimiento del Comandante General de la Aviación del Ejército, mediante el cual se solicita repuestos para helicópteros MI diecisiete B y MI ocho, que no estaban considerados en el contrato, por un monto de dos millones y medios de dólares americanos, lo que da lugar a la Hoja Informativa número 16 E-5 del veintiséis de agosto de mil novecientos noventa y seis, que a su vez determinó la orden de que se recupere el contrato de compra venta cero uno- noventa y seis, y que en coordinación con el proveedor se reformule el contrato para que se satisfaga el pedido de la Aviación del Ejército, esto es, que se repriorice los repuestos para vehículos Mercedes Benz, lo que en efecto se cumple; además, se falsifica su firma en el oficio de fecha veintinueve de agosto de mil novecientos noventa y seis en orden a la remisión de los originales de las constancias de funcionamiento en Panamá de una sucursal de Mobetek -las que no existían-, y luego por indicación del vendedor se reformulan los precios de los productos por devaluación del dólar americano frente al marco alemán -véase fojas dos mil ciento cuarenta y uno y siguientes-, pese a que esa reformulación requería de una nueva Resolución Ministerial del Sector Defensa.

II. VALORACIÓN DE LA PRUEBA APORTADA

20°. La prueba personal e instrumental que se ha detallado en la Sección anterior permite al Tribunal, independientemente de una interpretación de su contenido en orden a las exigencias típicas objeto del título de imputación, que se realizará en otra Sección, formular las siguientes conclusiones:

A. Que correspondió al Sector Defensa, a través del Ejército Peruano, llevar a cabo el proceso licitario para la adquisición de repuestos para

camiones Mercedes Benz y Helicópteros MI - diecisiete - Uno B. Ésta se concretó en la Licitación Privada número20/93-SMGE, que adjudicó la Buena Pro a la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima. La Resolución Ministerial número 1308-DE, del treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y tres, que en su parte introductoria hacía referencia que la adquisición sería mediante endeudamiento externo, aprobó el otorgamiento de la Buena Pro, y precisó el monto y el ámbito puntual de los repuestos correspondientes. Esa norma, empero, sólo mencionaba a la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima para la adquisición y financiamiento. Posteriormente, la Resolución Ministerial número 0911-DE, del catorce de octubre de mil novecientos noventa y cuatro, modificó la anterior en un ámbito puntual, esto es, para que el gasto de la adquisición se realice con cargo al Programa Anual de Concertaciones de Deuda Externa correspondientes al año fiscal mil novecientos noventa y cuatro (PAC-noventa y cuatro), atendiendo a la reprogramación de la adquisición. La licitación fue privada porque las adquisiciones se clasificaron como secreto militar, a cuyo efecto se invocó el Decreto Supremo número 003-89-DE/SG, del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y cuatro.

B. Que por imperio del artículo dos de la Ley número 26265, tratándose de una operación de endeudamiento externo, correspondía al Ministerio de Economía y Finanzas dictar el Decreto Supremo de aprobación de la misma. El Decreto Supremo número 184-94-EF, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, a los efectos de las exigencias formales cumplió los requisitos de trámite correspondientes, pero pese a que la operación debía entenderse con una persona jurídica no domiciliada en el país conforme al artículo uno in fine de la Ley número 26265 - Ley de Endeudamiento Externo del Sector Público para mil novecientos noventa y cuatro, se consignó en su texto sólo a la empresa Mobetek Representaciones domiciliada en el Perú. No aparece constancia que algún funcionario o entidad del Sector Economía y Finanzas, en esa ocasión, se haya percatado de ese dato sustancial. Es de resaltar, por otra parte, que los trámites tendientes a la aprobación de la operación de endeudamiento externo se iniciaron desde los primeros meses del año mil novecientos noventa y cuatro, y que a instancia del Ministro de Defensa, en comunicación dirigida al Ministro de Economía y Finanzas, acusado Camet Dickmann, los últimos días del mes de diciembre de ese año, se apuraron los trámites que concluyeron en la dación del Decreto Supremo correspondiente.

C. Que remitidos los actuados al Banco de la Nación, designado por la norma como Agente Financiero del Estado, el Departamento de Operaciones con el Exterior advierte ese hecho sustancial y formula los reparos correspondientes. Ello origina reuniones de coordinación con funcionarios del Ejército Peruano, del Ministerio de Economía y Finanzas y, también, con el representante de la firma Mobetek, a consecuencia de lo cual, luego de los informes correspondientes, legalmente necesarios, se emitió el Decreto Supremo número 164-95-EF, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco - esta vez con acuerdo del Consejo de Ministros por imponerlo la Ley número 26392, de Endeudamiento Externo del Sector Público para mil novecientos noventa y cinco-, que precisó que las operaciones de endeudamiento externo aprobadas por el Decreto Supremo anterior serán acordadas con la firma Mobetek Representaciones - Sucursal Panamá.

D. Que Mobetek Representaciones se inscribió en el Perú el catorce de mayo de mil novecientos noventa y dos; luego, en virtud a que por Acta de Junta Directiva del treinta de mayo de mil novecientos noventa y cuatro se decidió constituir una sucursal en Panamá, ésta se inscribe en ese país el veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro. Acto seguido, por acta de Junta General de Accionistas del catorce de julio de mil novecientos noventa y cinco, se amplió el objeto social de la empresa para celebrar operaciones de crédito y toda clase de contratos de financiamiento, ampliación que se inscribió en Panamá el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y cinco. Finalmente, la constitución de la sucursal en Panamá y la ampliación del objeto social se inscriben en los Registros Públicos de Lima y Callao el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco. Por tanto, cuando se expidió el primer Decreto Supremo la Sucursal de Panamá de Mobetek Representaciones no tenía como objeto social celebrar contratos de financiamiento, y recién, el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, se inscribe en Perú la modificación del objeto social y la sucursal que se había constituido e inscrito en Panamá. Lo anterior ya se había regularizado cuando se promulgó el Decreto Supremo número 164-95-EF, siendo éste uno de los factores que determinó la demora en la expedición del aludido Decreto Supremo.

E. Que en el ámbito del Ministerio de Economía y Finanzas se tenía claro que el contrato de financiamiento -y, por ende, la operación de endeudamiento externo-debía entenderse con una persona jurídica no domiciliada en el país -así fluye de los primeros pasos dados por el

Banco de la Nación *[véase en especial el punto b) del párrafo 19°]*- y, sobre esa base, se estimó que quien debía contratar con el Estado era Mobetek Representaciones Sucursal Panamá, pero inicialmente no se efectuó una revisión de ese ámbito y por falta del deber objetivo de cuidado los documentos constitutivos del primer Decreto Supremo y la norma misma sólo mencionaron a la empresa domiciliada en el Perú, sin un análisis riguroso al respecto. Desde este punto de vista es inaceptable lo que se indica en el Informe del Ministerio de Economía y Finanzas elaborado con motivo del proceso disciplinario incoado a los funcionarios que intervinieron en ese trámite, en el sentido que antes no se pudo advertir -por la información proporcionada- que Mobetek Representaciones no domiciliaba en el extranjero, pues el análisis integral del caso en orden a la operación de endeudamiento externo comprendía, desde luego, revisar si la persona jurídica no estaba domiciliaba en el país.

F. Que, luego de la dación del Decreto Supremo número 164-95-EF, la suscripción final de los contratos de suministro -de exclusiva responsabilidad del Sector Defensa-y de financiamiento -a cargo del Banco de la Nación- demoró un tiempo adicional. Es de resaltar, sin embargo, que el contrato de suministro sufrió cambios, no sólo a través de dos addendum sino porque se modificó la lista de bienes objeto de adquisición, tal como fue indicado por el acusado Camet Dickmann y lo documentó, igualmente, el colaborador Gonzáles Ríos, lo que en todo caso no es un ámbito de competencia o responsabilidad del Ministerio de Economía y Finanzas, del Consejo de Ministros y de la Presidencia de la República.

21°. Se cuestiona como aspectos fácticos que denotan una lógica de colusión fraudulenta, en *primer lugar*, la declaración de secreto militar de lo adquirido y, por ende, que se haya llevado a cabo una licitación privada. Aun cuando ese es un ámbito de exclusiva competencia del Sector Defensa, a través del Ejército, pues por imperio de la ley el Sector Economía y Finanzas sólo interviene para aprobar una operación de endeudamiento externo, es de precisar que existe el Decreto Supremo número 003-DE/SG, del cuatro de abril de mil novecientos ochenta y nueve -vigente con anterioridad a la licitación-, cuyo artículo uno califica de secreto militar precisamente los repuestos para vehículos, naves, aeronaves y maquinaria en general, que es el caso de la presente adquisición. Por consiguiente, ese argumento no tiene carácter incriminador. No se puede sostener que la calificación de secreto militar tuvo como objeto evitar cualquier acción de control

o fiscalización, en tanto se trató de un trámite preestablecido por la ley, en el que desde la perspectiva formal no se festinó paso técnico o administrativo alguno. Ni siquiera existe un cuestionamiento serio y documentado en ese ámbito.

22°. Se afirma, en *segundo lugar*, como antecedente, que en el procedimiento licitario, hasta la expedición de las Resoluciones Ministeriales aprobatorias de la buena pro, medió una lógica de favorecimiento indebido a la empresa Mobetek Representaciones, cuyo representante estaría ligado a la red de corrupción con Altos Funcionarios Públicos, civiles y militares. Empero, tampoco existe prueba que permita sostener, por lo menos indiciariamente -siquiera como indicio procedimental-, tal afirmación. El propio colaborador Gonzáles Ríos señala que ese trámite no fue irregular, y que tanto en su desarrollo como en la decisión adoptada no medió presión, sugerencia o favoritismo a empresa alguna. No hay, pues, base para sostener lo contrario. Del propio trámite licitario no se desprende, en modo alguno, un supuesto de concierto indebido entre el Sector Defensa y la empresa Mobetek para el otorgamiento de la buena pro. No existe prueba documental, personal, directa o indiciaria, que abone esa referencia incriminatoria.

23°. Se aduce, en *tercer lugar*, que la colusión se expresa en el hecho que se aprobó la operación de endeudamiento externo pese a su objetiva ilegalidad tanto porque Mobetek en la fecha de los hechos no estaba autorizada para hacerlo cuanto porque la licitación caducó al vencerse el año en que se acordó y, de igual manera, la operación de deuda externa al vencerse el año en que se aprobó, sin que se haya ejecutado. Ahora bien, a los efectos del análisis correspondiente es de puntualizar, preliminarmente, que no está en discusión que el financiamiento correspondía a una persona jurídica no domiciliada en el país, y por tanto que la empresa en cuestión debía ostentar esa calidad. Sentada esa premisa, cabe señalar, al respecto, lo siguiente:

A. La operación de deuda externa tuvo como antecedente las dos Resoluciones Ministeriales del Sector Defensa, de mil novecientos noventa y tres y de mil novecientos noventa y cuatro; esta última, en lo esencial, reprogramó el gasto de la operación de deuda externa para el indicado año. El Decreto Supremo número 184-94-EF, del treinta de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro, aprobó esa operación, fijó el período de amortización y el interés anual sobre los saldos, así como estableció que el servicio de amortización, intereses, comisión y demás gastos será atendido por el Ministerio de Economía y Finanzas. Luego, el Decreto Supremo número 164-95-EF, del

veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cinco, se limitó a precisar que esa operación se entenderá con Mobetek Representaciones Sociedad Anónima -Sucursal Panamá. En rigor, conforme consta del oficio de fojas ciento setenta y dos, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y cuatro -cursado por el Ministro de Defensa Malca Villanueva al Ministro Camet Dickmann-, la determinación de la norma aplicable al procedimiento de aprobación de la Operación de Endeudamiento Externo lo fija la autorización del Sector Defensa, por lo que la ley aplicable a la presente operación de endeudamiento es la Ley número 26265, Ley de Endeudamiento externo del Sector Público para mil novecientos noventa y cuatro. No existe pues ilegalidad intrínseca alguna en la emisión del primer Decreto Supremo cuestionado y, luego, del segundo.

B. No es de recibo aceptar que como la licitación se aprobó en el año mil novecientos noventa y tres, toda la documentación ulterior, incluyendo las normas respectivas y necesarias para su implementación, debió consolidarse y dictarse el mismo año, y, además, que la operación misma debía por lo menos empezar a ejecutarse ese mismo año. La licitación -como se ha expuesto- no tiene cuestionamiento alguno, al igual que la norma que la aprueba, por lo que fijado ese marco, lo relacionado con la aprobación del endeudamiento externo sigue una lógica propia. Ésta se aprobó el mismo año mil novecientos noventa y cuatro con cargo al programa de ese año; en ese momento es cuando la Dirección General de Crédito Público emitió la certificación de Endeudamiento e incluyó la citada operación en el Programa Anual de Concertaciones Externas de mil novecientos noventa y cuatro, tal como el Sector Economía y Finanzas hizo saber al Sector Defensa mediante oficio de fojas ciento setenta y uno. De otro lado, el hecho que al año siguiente se corrigió el primer Decreto Supremo -pero no en el ámbito de la propia aprobación del endeudamiento externo sino respecto a la entidad que financió la operación- no es jurídicamente significativo, por cuanto es de diferenciar la promulgación y publicación de la ley anual de endeudamiento externo, en cuyos ámbitos debe aprobarse la concertación respectiva -lo que en efecto se hizo-, de la propia operación de endeudamiento, cuyo perfeccionamiento y ulterior ejecución puede durar un tiempo determinado, que incluso puede exceder el año calendario de su aprobación; pese a ello la operación, presupuestalmente, ya fue aprobada y registrada. Por consiguiente, ese dato en sí mismo tampoco es relevante desde el punto de vista jurídico penal.

24°. Se considera, en *cuarto lugar*, que fue ilegal aprobar la operación de endeudamiento externo porque Mobetek Representaciones y Mobetek Representaciones Sucursal Panamá no estaban habilitadas para concertarla, pese a lo cual fue expresamente permitida por el Ministerio de Economía y Finanzas, a cargo en ese entonces del acusado Camet Dickmann, y por extensión del acusado Fujimori Fujimori. Sobre el particular es de puntualizar:

A. Es cierto que el endeudamiento externo debe realizarse con una persona jurídica no domiciliada en el país -así lo dispone el artículo 1° de la Ley número 26265-, pero también lo es que en el presente caso la Resolución Ministerial del Sector Defensa aprobó la licitación respectiva que incluía la financiación correspondiente, cuyo gasto se efectuaría con cargo al Programa Anual de Concertaciones (endeudamiento externo) mil novecientos noventa y cuatro, lo cual implicaba una operación de endeudamiento externo, que necesitaba de la aprobación por el Sector Economía y Finanzas, vía Decreto Supremo.

B. Es cierto, igualmente, que en el primer Decreto Supremo se consignó a la empresa Mobetek Representaciones Sociedad Anónima, que era una empresa que tenía domicilio en el Perú, pese a que todo el procedimiento de aprobación se entendió con una empresa domiciliada en el exterior -ello es obvio si se toma en cuenta la ley invocada y aplicada, y la propia expedición del Decreto Supremo aprobatorio de la operación-. Este error o defecto se corrigió con el Decreto Supremo número 164-95-EF. Además, la primera Resolución Ministerial del Sector Defensa hacía mención a un endeudamiento externo.

C. Cuando se aprobó la buena pro Mobetek Representaciones tenía existencia legal y cuando correspondía aprobar la operación de endeudamiento externo -vía Decreto Supremo- la Sucursal de Panamá ya había sido creada -Acta de Junta Directiva del treinta de mayo de mil novecientos noventa y cuatro-, la cual se inscribió en ese país el veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro. Asimismo, luego de todos los trámites iniciados a instancias del Banco de la Nación, y antes de la expedición del segundo Decreto Supremo, Mobetek Representaciones había cumplido con las exigencias legales correspondientes, pues (1) con fecha catorce de julio de mil novecientos noventa y cinco amplió su objeto social para celebrar operaciones de crédito y toda clase de contratos de financiamiento, (2) ampliación que se inscribió en Panamá el veinticinco de julio de mil novecientos noventa y cinco, y, luego, (3) la constitución de la sucursal en Panamá y la ampliación del objeto social se inscribió en los Registros Públicos de Lima y Callao el cuatro de diciembre de mil novecientos noventa y cinco.

D. A partir de lo expuesto, y desde las exigencias jurídico penales, esos defectos y correcciones ulteriores ¿importan una concertación ilegal o voluntad deliberada de violar la ley? No existen bases fácticas y jurídicas para responder positivamente. Si no existen objeciones a la aprobación de la buena pro, y en el procedimiento iniciado para aprobar la operación de endeudamiento externo se han cumplido los requisitos legales respectivos para que el Ministro y el Presidente de ese entonces dicten el Decreto Supremo -así como, en su día, el Consejo de Ministros- [ningún funcionario que intervino en esos trámites ha señalado haber recibido presiones, llamadas, órdenes o conminaciones para aprobar a como dé lugar la indicada operación de endeudamiento externo], entonces, no es posible concluir que en función al error inicial y porque la Sucursal de Panamá amplió su objeto social y se inscribió en el Perú después del primer Decreto Supremo, medió un supuesto de concierto punible para defraudar al Estado. La premisa en la que se asienta los Decretos Supremos cuestionados no es falsa o tuvo su origen en la comisión de un delito; al contrario, no está lastrada por irregularidades o defectos de origen, lo que el propio colaborador de la justicia Gonzáles Ríos ha reconocido en el acto oral; y, si ello es así mal se puede sostener que lo que a continuación se llevó a cabo -trámites legales para la expedición de la norma legal aprobatoria-, tampoco contaminados con presiones o injerencias indebidas, es producto o parte de un concierto punible. Por lo demás, en el propio ámbito de los órganos técnicos se consideró que la entidad financista debía estar ligada a la empresa que ganó la buena pro -se descartó a la empresa Metropolitan Investement Corporation (MIC) indicada inicialmente por Mobetek- y, ante ello, luego de las acciones respectivas, conforme señaló el propio Banco de la Nación, Mobetek Representaciones -necesariamente la Sucursal de Panamá- fue la única empresa que aprobó las exigencias correspondientes: tal dato fluye de lo expuesto por el propio encausado Camet Dickmann, avalado por los funcionarios del Sector Economía y Finanzas Lituma Agüero y Miranda Arosemena, y por el tenor de los oficios de fojas mil cuarenta y tres y mil cuarenta y cuatro.

E. Opinable fue en su día, desde la perspectiva jurídica, si una Sucursal en el extranjero de una persona domiciliada en el Perú se considera domiciliada o no domiciliada en el país, y si ésta puede financiar operaciones en las que interviene la Principal. La opinión del Sector responsable fue que debía entenderse que no era domiciliada en el país y, por ende, que la operación de endeudamiento externo

procedía -ni siquiera se discutió el último punto-. No existe en este tema, desde la perspectiva de este Supremo Tribunal Penal, base alguna para entender esa opinión como ilegal: el propio Poder Ejecutivo, ya con otra Administración, no lo entendió así - por eso que, entre otras razones, no sancionó a los funcionarios que intervinieron en esos trámites-, y ni siquiera existe una acción judicial -y, esencialmente, fallo judicial-que la cuestiona.

F. Otro dato, especialmente relevante, estriba en señalar, en *primer lugar*, que ningún funcionario técnico del Sector Economía y Finanzas, incluido del Banco de la Nación, y del Sector Defensa, ha señalado que los encausados Fujimori Fujimori y Camet Dickmann los presionaron o determinaron a aprobar, a como dé lugar, el endeudamiento externo; y, en *segundo lugar*, que la firma de los Decretos Supremos cuestionados por ambos acusados tuvo como marco previo el cumplimiento de los informes y visaciones legalmente exigibles para aprobar un endeudamiento externo.

Nada hace pensar que, a sabiendas de su ilegalidad -supuesto incluso no probado-, se ordenó la iniciación, continuación y consolidación de los trámites técnico administrativos correspondientes, y menos que se firmaron ambos Decretos Supremos -aprobando el endeudamiento externo- pese a la existencia de un vicio de origen en los mismos.

III. FUNDAMENTOS DE DERECHO. ANÁLISIS JURÍDICO PENAL

25°. El Congreso y, en especial, la Fiscalía han calificado los hechos imputados a los acusados FUJIMORI FUJIMORI y CAMET DICKMANN COMO delitos de asociación ilícita, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos, previstos y sancionados por los artículos 317°, 376°, 384° y 389°, respectivamente, del Código Penal; y, al acusado CASO LAY como delitos de incumplimiento de deberes de función y omisión de denuncia, previstos y sancionados por los artículos 377° y 404°, respectivamente, del Código Penal. El Tribunal analizará cada delito por separado, según la valoración de la prueba ya realizada.

26°. El delito de MALVERSACIÓN DE FONDOS, desde la perspectiva de la *acción típica*, consiste en que el agente da una aplicación pública diferente a los dineros o bienes públicos de aquella a la que están destinados. El destino de los bienes, en este caso, de los dineros públicos, debe estar legalmente asignado en una norma concreta y, pese a ello, el funcionario público vinculado funcionalmente con éstos -que tiene

el control jurídico- los desvía a otro ámbito o esfera pública. Un acto de malversación, desde luego, puede importar -entre otros supuestos- la utilización de los fondos públicos en forma no prevista por la ley, siempre dentro de la esfera oficial o pública. En el presente caso, sin embargo, se trató de fondos comprometidos para el endeudamiento externo, cuya formalización se cumplió puntualmente. Como se ha destacado en la Sección anterior, a partir de los hechos ya esclarecidos, la aprobación del endeudamiento externo no importó un acto de malversación, en tanto se comprometió fondos públicos siguiendo todos los pasos previstos por la ley de endeudamiento externo, y el hecho que el segundo Decreto Supremo aclaró el primero y fuera expedido el año mil novecientos noventa y cinco no es lesivo al ordenamiento financiero pues la operación, en sí misma, ya había sido aprobada y comprometido los fondos designados para el año mil novecientos noventa y cuatro al expedirse el Decreto Supremo número 184-94-EF. De igual manera, el que se hayan suscrito los contratos, de suministro y de financiación, tiempo después tampoco entraña una ilegalidad desde que éstos están en función a la aprobación de la Resolución Suprema y del Decreto Supremo correspondientes, normas que marcan y definen el compromiso presupuestal. En consecuencia, no existe base para afirmar la comisión de ese delito.

27°. El delito de COLUSIÓN ILEGAL -que es un delito de infracción de deber-, cuyo bien jurídico tutelado es el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado, y su objeto es el patrimonio administrado por la Administración Pública, en su ámbito objetivo incorpora dos elementos necesarios: la concertación con los interesados y la defraudación al Estado o ente público concreto:

A. La *concertación*, como se sabe, significa ponerse de acuerdo con los interesados, pero este acuerdo debe ser subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados, y de los principios que informan la actuación administrativa. La concertación, al exigir una conjunción de voluntades o pacto, se erige en un delito de participación necesaria.

B. Por otro lado, en cuanto a la *defraudación*, como este Tribunal lo ha entendido en una oportunidad anterior, la conducta que lo define está dirigida al gasto público en los marcos de una contratación o negociación estatal, incide en la economía pública en tanto debe implicar una erogación presupuestal Lo que es evidente y, por tanto, necesario desde la perspectiva del tipo legal, de ahí el peligro potencial que se requiere, es que deben darse conciertos colusorios que tengan

idoneidad para perjudicar el patrimonio del Estado y comprometer indebida y lesivamente recursos públicos.

28°. Se ha insistido con énfasis que el concreto proceso licitario, por lo menos hasta el otorgamiento de la buena pro a la empresa Mobetek Representaciones, no presenta observaciones legales. El propio colaborador Gonzáles Ríos, Jefe del Servicio de Material de Guerra, ha sido enfático en ese punto. A su vez, el procedimiento seguido en el Sector Economía y Finanzas -en la Alta Dirección y en los Órganos de Línea y de Asesoría-, que incluyó el Banco de la Nación, siguió los pasos legalmente prescritos. Aparecen en los Decretos Supremos cuestionados las visaciones de todos los funcionarios que intervinieron -y que debieron hacerlo- en el trámite, y se cumplió con la aprobación de los mismos bajo las exigencias jurídicas que establecían la Ley de Endeudamiento Externo y la Ley del Poder Ejecutivo. Es importante resaltar, en *primer lugar*, que los funcionarios que han intervenido en el procedimiento en el Sector de Economía y Finanzas, uniformemente, han expuesto que no recibieron indicaciones, presiones o conminaciones para que opinen en un sentido determinado tanto por el Ex Ministro Camet Dickmann cuanto por el Ex Presidente Fujimori Fujimori; tampoco existe prueba a partir de otras fuentes que descarte esas afirmaciones, ni siquiera la acusación la invocó como *factum* de su imputación. En *segundo lugar*, que ya en el ámbito del Sector Economía y Finanzas, incluido el Banco de la Nación, se produjeron una serie de negociaciones y coordinaciones con Mobetek y los funcionarios del Sector Defensa - Ejército Peruano, en aras de concretar la aprobación de la operación de endeudamiento externo y la formulación del contrato de financiamiento, pero esas coordinaciones no pueden calificarse de ilegales o lesivas al interés público en tanto se verificaron regularmente, sin ánimo de ocultación y con el objetivo de concretar el encargo legalmente impuesto. En *tercer lugar*, por el resultado, tampoco puede entenderse que se produjo un concierto lesivo al interés de la Administración, porque los Decretos Supremos se acomodaron al monto final establecido por las Resoluciones Ministeriales del Sector Defensa, y no existe en las propias configuraciones del endeudamiento aprobado cláusulas, requisitos o condiciones lesivas al interés nacional, que por lo demás tampoco han sido cuestionadas puntual y acabadamente por la acusación.

29°. Desde la perspectiva trazada en el párrafo anterior, cabe concluir que no existen pruebas que, siquiera mínimamente, puedan establecer la presencia de un concierto ilegal y de una defraudación,

en cuanto perjuicio potencial, al ordenamiento financiero o presupuestal del Estado. No sólo se trata de que los bienes objeto de la licitación finalmente llegaron al Perú y que el Estado honró sus obligaciones financieras respecto al contrato de financiamiento -así aparece, por lo demás, del informe elevado por el Banco de la Nación materia del oficio de fojas dos mil seiscientos cuarenta y siete-, sin haber cuestionado su legalidad -tampoco aparece de autos que lo haya anunciado-, sino que el colaborador Gonzáles Ríos sólo ha señalado que en otra contratación -en su fase preliminar de posible adquisición de aeronaves para el Ejército-, realizada con fecha posterior a la operación de que se trata, hizo mención a una llamada del acusado Fujimori Fujimori interesándose por la necesidad de determinada adquisición que podía ser concretada por el titular de Mobetek Representaciones Moshe Rothschild Chassin. Esa sola afirmación, sin embargo, requiere de una corroboración, por lo menos periférica que le conceda credibilidad, pero aun así de ella no puede desprenderse unívocamente que la presente adquisición -realizada antes de aquélla- se debió a una interferencia y decisión del acusado Fujimori Fujimori. En el caso de autos, ningún otro testigo corrobora tal aserto, por lo que la pluralidad de causalidades que permite ese sólo dato le resta fuerza para inferir, con toda corrección lógica, que la interferencia también se produjo en la licitación y endeudamiento externo materia de este proceso.

30°. El delito de ASOCIACIÓN ILÍCITA PARA DELINQUIR es un delito autónomo, de convergencia, de peligro abstracto y de carácter permanente, que se consuma con la mera pertenencia a una asociación ilícita -ilicitud que se deriva de sus propios fines-de dos o más personas, cuyo objeto es cometer delitos. Dos elementos son imprescindibles para su configuración: **(a)** que la agrupación o unión de personas tenga cierta duración en el tiempo o estabilidad, y cierta organización en la que quepan distinguir funciones; y, **(b)** como elemento tendencial o finalista, el propósito colectivo -de la agrupación- de perpetrar delitos.

31°. En el presente caso, desde la propia concreción de la imputación, centrada en un solo procedimiento licitario, o más exactamente, en la expedición de dos normas que en esencia aprobaron una operación de endeudamiento externo, en las que -como se ha puntualizado- no han mediado la comisión de conductas delictivas, por ese sólo hecho, no puede desprenderse que se instituyó en el ámbito del aparato del Estado una organización delictiva, que integrarían el Ex Presidente Fujimori Fujimori y el Ex Ministro Camet Dickmann. Por

consiguiente, a partir de un hecho –no delictivo, según las conclusiones que se han arribado en la presente sentencia- no es posible colegir, indiciariamente, la constitución independiente o autónoma de una asociación ilícita. Las descripciones que se hacen sobre el particular son muy escasas y no tienen entidad para construir, con arreglo a las exigencias típicas y criminalísticas - comisión de varios hechos o, por lo menos, capacidad operativa y finalidad de perpetrarlos- un supuesto penalmente relevante de asociación ilícita. De modo que la absolución en este ámbito se impone por la propia lógica de las cosas. Empero, es de señalar que *esta absolución en modo alguno involucra -no puede hacerlo- otros cargos por el mismo delito de asociación ilícita para delinquir que puedan estar sustentados en una perspectiva temporal distinta y en otros hechos indiciarios o delitos perpetrados,* acabadamente probados, desde luego. Y ello es así por la lógica autónoma del delito en cuestión y porque en el *sub lite* no se ha involucrado otros hechos ni personas.

32°. El delito de ABUSO DE AUTORIDAD GENÉRICO es un tipo legal subsidiario -tiene lugar en tanto el acto concreto cometido por el funcionario público no esté previsto específicamente en otra figura penal cometida por funcionarios, carácter subsidiario que está dado por la naturaleza objetiva de la ilegalidad cometida-, en cuya virtud se debe realizar en perjuicio de alguien un acto arbitrario cualquiera. Lo esencial en esta figura delictiva es el obrar *in fraudem legis* del funcionario concernido, pues su actuación se basa en una falsedad consciente; el acto debe ser objetivamente ilegal -afirmación y ejercicio de un poder que se sabe ilegal, y afirmación y suposición de hechos que se saben falsos, como condición del acto de autoridad ejercitado- y, fundamentalmente, con conocimiento de esa falsedad, a sabiendas que se actúa vulnerando la ley. El funcionario, por consiguiente, realiza una conducta dentro de su ámbito de dominio funcional, pero lo hace en situaciones que no corresponde, conducta que está completada por el conocimiento de esa improcedencia.

33°. A partir de lo expuesto, es obvio que en los actos vinculados a la expedición de los dos Decretos Supremos cuestionados no se realizó, por parte de los acusados Fujimori Fujimori y Camet Dickmann, conducta arbitraria alguna. Esas normas, como se ha acotado, no son objetivamente ilegales ni entrañaron una arbitrariedad lesiva al interés público. Además, según expresaron los funcionarios que han declarado en autos, los imputados no los presionaron ni sugirieron siquiera que realicen un acto funcional en algún sentido. El hecho que el Ex Ministro Camet Dickmann convoque al Vice Ministro

de Hacienda, ante la comunicación del Ministro de Defensa, para que acelere los trámites administrativos referidos al endeudamiento externo, de ninguna manera puede tipificar un acto arbitrario, de abuso de autoridad, pues constituye en todo caso una llamada de atención para que acelere o cumpla un trámite urgido por el Sector Defensa. Por lo demás, esa precisión no era para que se apruebe a como dé lugar el endeudamiento externo, sino para que se culminen con celeridad los análisis técnico administrativo correspondientes.

34°. Finalmente, se imputa al Ex Contralor General de la República CASO LAY haber cometido dos delitos omisivos: incumplimiento de deberes funcionales y omisión de denuncia. Se afirma que el Ex Contralor no dispuso la supervisión de esta operación de endeudamiento público externo, pese a que tenía la obligación de revisar y auditar los procedimientos de la adquisición y el financiamiento de los suministros en cuestión, pese al tiempo de duración del trámite de aprobación del endeudamiento cuestionado, de celebración de los contratos respectivos y de su ejecución.

35°. Para el análisis de la imputación contra el Ex Contralor Caso Lay debe tenerse en cuenta las siguientes circunstancias: **a)** que el artículo 6° de la Ley del Sistema Nacional de Control vigente en esa época -Decreto Ley número 26162- establecía que el control del Sistema es selectivo y posterior; **b)** que el artículo 19° de dicha Ley prescribía que el Contralor podía requerir a los órganos del Sistema las acciones de control que a su juicio sean necesarios, de igual manera el artículo 24° disponía que las acciones de control se realicen si se estiman pertinentes o si lo requiera el Congreso; **c)** que los órganos del Sector Defensa o del Sector Economía y Finanzas no pusieron en conocimiento a la Contraloría o a algún órgano del Sistema que ésta dirige lo sucedido con la aprobación de la operación de endeudamiento externo que se cuestiona, tampoco lo hizo el Congreso de la República; y, **d)** que la Contraloría no emite opinión previa para la Licitación Privada, para su aprobación o para la emisión de normas vinculadas al endeudamiento externo.

36°. Según la doctrina penalista, la comprobación de la tipicidad en los delitos propios de omisión -que son delito de desobediencia-, como los que son objeto de imputación, requiere de la verificación de tres elementos: situación típica generadora del deber, no realización de la acción mandada y poder de hecho de efectuar la acción mandada, que apuntan a comprobar que la acción realmente realizada por el omitente no es la mandada. El problema, en el presente caso, se

ubica en los dos primeros elementos. El primero exige la presencia de una determinada situación de hecho que representa un peligro para el bien jurídico: si no existe delito alguno, como se ha concluido, mal puede configurarse una situación de peligro para la adecuada promoción y represión de los delincuentes; de otro lado, si bien se llevó a cabo una operación de deuda pública, ella en sí misma no representa un peligro para el normal orden y legal desenvolvimiento de la función de los órganos del Estado. El segundo elemento: no realización de la acción que es objeto del deber, exige comprobar la acción que realizó el obligado y la que requiere el cumplimiento del deber de actuar. En el presente caso, la ley, como se ha indicado en el párrafo anterior, sólo impone a la Contraloría -y, por ende, al Contralor- un control selectivo y posterior, no la obligaba a auditar o examinar necesariamente toda operación de deuda pública, tanto más si tal actividad no había sido requerida por el Congreso, por algún órgano de la Administración o fue demandada en virtud de alguna denuncia pública o ciudadana. Lo expuesto revela, sin duda, que no se cumplen los elementos fundamentales para estimar que el acusado CASO LAY, como Contralor General, omitió o desobedeció un mandato del orden jurídico, realizó un comportamiento distinto del ordenado por la norma, no intervino a pesar de poder hacerlo. Cabe agregar, por último, que no existe prueba que conoció de esa operación y, menos, que se le haya informado que en su aprobación existían irregularidades que hacían imperativa su intervención.

IV. OTROS PUNTOS PLANTEADOS Y DEBATIDOS

37°. La defensa de los acusados Fujimori Fujimori y Camet Dickmann en sus alegatos finales, alternativamente, estimaron que determinados delitos se encuentran prescritos. Así, respecto del primero, se invoca tal situación en relación a los delitos de abuso de autoridad y malversación de fondos, y, en relación al segundo, se propone la extinción de la acción penal respecto de los delitos de asociación ilícita, malversación y abuso de autoridad -así incluso aparece de la cuadragésima conclusión-. Sobre el particular, aun cuando de autos fluye un claro supuesto de inexistencia de los hechos punibles acusados, es del caso -a fin de cumplir con una motivación integral de todas las pretensiones deducidas en juicio- un pronunciamiento sobre este punto.

38°. El inicio del cómputo del plazo de la prescripción para ambos imputados, en tanto se requería de una resolución acusatoria del Congreso para el procesamiento penal, por imperio del artículo 84° del Código Penal, tiene lugar luego que -de conformidad con el artículo

100° de la Constitución- se decide haber lugar a la formación de causa y, por tanto, quedó concluido, lo que en el presente caso ocurrió el catorce de mayo de dos mil tres, fecha de la Sesión del Congreso que la aprobó [no puede estimarse que existió un plazo anterior que debe contarse luego de la culminación del procedimiento parlamentario pues, legalmente, no podía incoarse proceso penal alguno sin contar con la autorización parlamentaria]. Los plazos extraordinarios, en virtud de la concordancia de los artículos 80° y 83° del Código Penal, operarían: **a)** para el delito de asociación ilícita, nueve años; **b)** para el delito de abuso de autoridad, tres años; **c)** para el delito de malversación, cuatro años y medio; y, **d)** para el delito de colusión, veintidós años y medio.

39°. En tal virtud, a partir de esa data -catorce de mayo de dos mil tres- hasta el día de la fecha, en el caso del acusado Fujimori Fujimori, en ninguno de los delitos invocados: abuso de autoridad y malversación de fondos, ha prescrito la acción penal, y así debe declararse. Asimismo, en lo atinente a Camet Dickmann, el delito de abuso de autoridad -si se lo atiende como una infracción independiente- es el único que habría prescrito -es de aclarar que a dicho imputado, por su edad, le es aplicable el artículo 81° del Código Penal, que estatuye que los plazos se reducen a la mitad-. Empero, como los cargos por los cuatro delitos objeto de imputación tienen lugar a partir de un cuadro de hechos común -aún cuando no haya sido consignado por el Ministerio Público [la potestad del órgano jurisdiccional de aplicar el derecho como corresponda al tema materia de decisión obliga a ello]- se estaría ante un supuesto de concurso ideal -más allá de la incorrección de esa tipificación, pero que es de obviar en este caso por la naturaleza formal de toda decisión que deba resolver una excepción de prescripción- y, según el artículo 80° del Código Penal, las acciones prescriben cuando haya transcurrido un plazo igual al máximo correspondiente al delito más grave, esto es, al delito de colusión, el cual -como es ostensible- aún no ha prescrito, y así debe declararse.

40°. El señor Fiscal Adjunto Supremo en su alegato final solicitó se remitan copias de lo actuado para su remisión al Ministerio Público, a los efectos de una posible incoación de la promoción de la acción penal respecto: **a)** a la intervención de los funcionarios del Sector Economía y Finanzas, incluida la del Vice Ministro de Hacienda Jalilie Awapara, en los presentes hechos, así como al propietario de Mobetek y a los funcionarios del Banco de la Nación; **b)** a la participación de los funcionarios del Sector Defensa, incluidos el Ministro de Defensa Malca Villanueva y el Comandante General, en relación a la Licitación Privada

número 20/93-SMGE; y, c) la actuación de todos los involucrados en este proceso en la dación del Decreto Supremo número 183-94-EF.

41°. El artículo 265° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número 126, condiciona la promoción de la acción penal que se debe disponer en la sentencia a que «...los *debates arrojen responsabilidad sobre persona no comprendida en la acusación escrita del Ministerio Público, o se descubra otro hecho delictuoso similar, distinto o conexo al que es materia del Juzgamiento,* Ahora bien, (a) en la medida en que se ha concluido que los hechos relacionados con la expedición de los Decretos Supremos número 184-94-EF y 164-95-EF no son constitutivos de delito, no cabe que se forme cuaderno aparte sobre el particular -lo que comprende a los Funcionarios de Economía y Finanzas, incluido el Vice Ministro de Hacienda, del Banco de la Nación y al titular de Mobetek-. (b) Respecto a los hechos vinculados al proceso licitario en el Sector Defensa, estando al mérito de la declaración del colaborador Gonzáles Ríos, en tanto que con posterioridad al otorgamiento de la buena pro se alteró el listado y valor de los bienes objeto de adquisición -en lo que, por lo demás, es ajeno el Sector Economía y Finanzas, y no existe evidencia de la participación de la Presidencia de la República-, corresponde en efecto que el Ministerio Público profundice las indagaciones preliminares para que, en su día, de ser pertinente, se promueva la acción penal. (c) En cuanto al Decreto Supremo número 183-94-EF aprobó, bajo las mismas características del Decreto Supremo número 184-94-EF, materia de este proceso penal, y en la medida en que ese último no es penalmente relevante y ante la falta de evidencias que el primero tenga los defectos que se le atribuyen, no es de rigor autorizar la promoción de la acción penal.

DECISIÓN

42°. Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la Nación y con el criterio de conciencia que la Ley autoriza, la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República;

FALLA

43°. Declarando **INFUNDADAS** las excepciones de prescripción deducidas por la defensa de los acusados Alberto Fujimori Fujimori, respecto de los delitos de abuso de autoridad y malversación de fondos en agravio del Estado, y Jorge Camet Dickmann, en lo atinente a los delitos de asociación ilícita para delinquir, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos en agravio del Estado.

44°. ABSOLVIENDO a ALBERTO FUJIMORI FUJIMORI y JORGE CAMET DICKMANN de la acusación fiscal formulada en su contra por los delitos de asociación ilícita para delinquir -con las precisiones expuestas en la parte final del párrafo treinta y uno de la presente sentencia-, abuso de autoridad, colusión desleal y malversación de fondos en agravio del Estado; y, a VÍCTOR CASO LAY de la acusación fiscal formulada en su contra por los delitos de incumplimiento de deberes de función y omisión de denuncia en agravio del Estado.

45°. En tal virtud, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 284° del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Ley número 20579, **ORDENARON** se archive lo actuado definitivamente, se anulen los antecedentes policiales y judiciales que por estos hechos registran los imputados, así como se levanten las requisitorias y órdenes de captura correspondiente. **DISPUSIERON** se cursen los oficios correspondientes.

46°. Asimismo, **MANDARON** se levanten las medidas de coerción dictadas contra todos los imputados, incluida -en aplicación extensiva del artículo 329° del Código de Procedimientos Penales- la detención domiciliaria dictada contra el encausado absuelto Camet Dickmann, que se ejecutará en el día.

47°. Declarando **SIN LUGAR** la formación de cuaderno aparte respecto tanto a la intervención de los Funcionarios de Economía y Finanzas, incluido el Vice Ministro de Hacienda, y del Banco de la Nación, así como del titular de Mobetek en la expedición de los Decretos Supremos número 184-94-EF y 164-95; cuanto a la intervención de todos los funcionarios y demás personas que intervinieron en el Decreto Supremo número 183-94-EF. Asimismo, **PROCEDENTE** la formación de cuaderno aparte y su remisión a la Fiscalía de la Nación respecto a los hechos vinculados al proceso licitario en el Sector Defensa, concretados a los hechos que surgieron luego del otorgamiento de la buena pro en orden a la alteración del listado y valor de los bienes objeto de adquisición.

48°. ORDENARON se dé lectura a la presente sentencia en audiencia pública y se tome razón donde corresponda.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PALACIOS VILLAR

LECAROS CORNEJO

15. Aplicación de la Ley Penal en el Tiempo *en* materia de Colusión Desleal - El Perjuicio Patrimonial - La infracción administrativa resulta insuficiente para construir una codena:

R.N. N° 1536-2011

LIMA - Sala Penal Transitoria

Lima, veinticuatro de noviembre de dos mil once.

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por los acusados VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, MARIO PÍO ESPEJO OSORIO, CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA, CARLOS IVÁN MUENTE LÓPEZ Y ANTONIO DOMINGUEZ QUISPE, por el FISCAL SUPERIOR y por la PARTE CIVIL contra la sentencia de fojas cuatro mil quinientos setenta y uno, del nueve de febrero de dos mil once, que condenó a: [i] VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, WILLJAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, MAREO PÍO ESPEJO OSORIO y CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA como autores del delito contra la Administración Pública - colusión desleal - en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad efectiva para el primero y para los demás a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, inhabilitación para todos por el término de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, [ii] CARLOS IVÁN MUENTE LÓPEZ como autor del delito contra la Administración Pública - colusión desleal, en grado de tentativa, en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años e inhabilitación por el término de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, [iii] ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE como cómplice primario del delito contra la Administración Pública —colusión desleal, en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero y como autor del delito contra la fe pública - falsificación de documentos - en agravio del Estado y de las Municipalidades Distritales de Conchucos, Pacora-llo, Anta-Carhuaz y Santa Isabel en Sihuas-Ancash a tres años de pena privativa de libertad efectiva, inhabilitación por el término de dos años de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, sesenta días multa a razón del cuarenta por ciento de sus ingresos diarios que se fan en veinte nuevos soles, lo que asciende

a mil doscientos nuevos soles a favor del Tesoro Público; [iv] CÉSAR ORLANDO CORREA CASAHUAMÁN, HERNÁN SIMÓN MONTOYA BURGA E IRIS ALVITES SILVA, como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública - colusión desleal - en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos arias e inhabilitación por el término de dos oleos de conformidad con el inciso dos del articulo treinta y seis del Código Penal, [iv] así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar en forma solidaria los sentenciados Víctor Palomino Alarcón, Enrique Emilio Alta Mejia, William Emerzo Medrano Vásquez, Mario Pío Espejo Osorio, Cesar Augusto Ruiz Yngunza, Carlos Iván Muente López, Antonio Domínguez Quispe, Cesar Orlando Correa Casahuamán, Hernán Simon Montoya Burga e Iris Alvites Silva por el delito de colusión desleal a favor del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, y dos mil nuevos soles que deberá pagar el condenado Antonio Domínguez Quispe a favor de coda uno de los siguientes agraviados: el Estado y las Municipalidades Distritales de Conchucos, Pacora-Ilo, Anta-Carhuaz y Santa Isabel en Sihuas-Ancash. De conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviniendo come ponente el señor Lecaros Cornejo.

CONSIDERANDO

I. FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS DE NULIDAD

PRIMERO. Que los inculpados VICTOR PALOMINO ALARCON, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJIA y WILLIAM EMERZO MEDRANO VASQUEZ en sus recursos formalizados de fojas cuatro mil seiscientos cuarenta, cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro y cuatro mil setecientos tres, respectivamente, alegan que no se demostró el acuerdo colusorio con los representantes legales de las empresas «DOVISA CONTRATISTAS GENERALES» Sociedad de Responsabilidad Limitada y «SECIL INGENIEROS ASOCIADOS» Sociedad de Responsabilidad Limitada», Antonio Domínguez Quispe y Gilmer Roberto Girón Díaz, respectivamente; que no se cause daño patrimonial al Estado con las adjudicaciones de menor cuantía y se omitió alguno requisitos formales en el proceso de otorgamiento de la buena pro por la situación de emergencia que se declare en los departamentos de Ancash y Lambayeque por la presencia del fenómeno «El Nino» y que estaba contemplada en la Ley; que en el

Informe Especial N° 009-2004-02-5301 y el Informe Técnico N° 27-2005- DIRCOCOR-DIVAMP/DICF, se advierten graves contradicciones en las sumas supuestamente sobrevaloradas en la adjudicación de menor cuantía número 029-2002 y en relación a la adjudicación de menor cuantía número 019-2002 no existió ningún perjuicio patrimonial al Estado; añade el segundo de los nombrados que la concertación se habría producido entre los postulantes para sorprender al «Comité Especial de Adjudicación», como lo narró el testigo Remigio Llanos Cortez y Domitilo Vásquez Suárez.

SEGUNDO. Que el acusado MARIO Pío ESPEJO OSORIO en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos veintiuno alega que solo se encargó de recibir y abrir los sobres, así como otorgar la buena pro, pero no participo en la elaboración de las bases y tampoco en el envío de las cartas de invitación a las empresas postoras.

TERCERO. Que los imputados CESAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA y CARLOS IVAN MUENTE LOPEZ en sus recursos formalizados de fojas cuatro mil setecientos treinta y uno y cuatro mil setecientos cuarenta y cinco, respectivamente, alegan que el inculpado Víctor Palomino Alarcón fue el que se encargó de escoger a las empresas postoras, elaborar, cursar y enviar las invitaciones, así como elaborar las actas de adjudicación; indica el primero de los nombrados que no existió sobrevaloración del producto «Sika» ni el use excesivo de personal en los trabajos de la obra «CENTRO PESQUERO ARTESANAL SANTA ROSA» - LAMBAYEQUE; añade el segundo de los nombrados que es responsabilidad de los postores presentar la Información verdadera e indica que solo participó en la adjudicación de menor cuantía número «CERO DIECINUEVE?DOS MIL DOS» referida a la obra 'CENTRO DE ACUICULTURA LA ARENA»- ANCASH y allí no se determine la presencia del perjuicio patrimonial al Estado.

CUARTO. Que el encausado ANTONIO Domínguez QUISPE en su recurso formalizado de fojas cuatro mil setecientos cincuenta y tres alega que no recibió la invitación para participar en la adjudicación de menor cuantía número «CERO DIECINUEVE DOS MIL DOS» y el inculpado Cesar_ Correa Casahuamán se irrogó la representación de su empresa DOVISA CONTRATISTAS GENERALES Sociedad de Responsabilidad Limitada, a pesar de que no estaba autorizado e incluso presentó documentos falsos y después; se determinó que fue contratado por el imputado Gilmer Roberto Girón Díaz que en las pericias grafo técnicas no se estableció al autor de la falsificación de los documentos; agrego que no conoce a ninguno de los miembros del Comité Especial de Adjudicación.

QUINTO. Que el representante del MINISTERIO PÚBLICO y la PARTE CIVIL en sus recursos formalizados de fojas cuatro mil seiscientos ochenta y seis y cuatro mil seiscientos noventa y uno, respectivamente, alegan que la reparación civil que se fijó no guarda proporción con el daño causado, por lo que debe ser incrementada: agrega el primero de los mencionados que la pena impuesta a los acusados es ínfima, no cumple con el mensaje de prevención general y no se valoró los parámetros establecidos en el artículo treinta y seis del Código Penal para la determinación de la sanción; agrega que no se presentó ninguna circunstancia atenuante para reducir la pena por debajo del mínimo legal.

II. PRIMERA IMPUTACIÓN

SEXTO. Que se imputo a los acusados VICTOR PALOMINO ALARCÓN, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, MARIO PÍO ESPEJO OSORIO y CARLOS IVÁN MIJENTE LÓPEZ, miembros del «Comité Especial para las Adjudicaciones de Menor Cuantía» del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero -FONDEPES-, haber favorecido irregularmente a la empresa «DOVISA CONTRATISTAS GENERALES» Sociedad de Responsabilidad Limitada de, propiedad del inculpado ANTONIO DOMINGUEZ QUISPE con la buena en la adjudicación de menor cuantía número «CERO DIECINUEVE- DOS MIL DOS», referida al trabajo de prevención por el fenómeno «El Niño» en el DE ACUICULTURA LA ARENA» - ANCASH». En ese proceso se habrían cometido las siguientes irregularidades:

Los citados miembros del Comité Especial cursaron presuntas cartas de invitación a las empresas «SECIL INGENIEROS ASOCIADOS» Sociedad de Responsabilidad Limitada, LLANOS CORTÉS REMIGIO-INGENIERO», «C.co. A CONSULTORES y CONTRATISTAS» y «DOVISA CONTRATISTAS GENERALES» Sociedad de Responsabilidad Limitada para que participen en la referida adjudicación y fueron recibidas por los inculpados ABRAHAM YOHELMI VÁSQUEZ CARMONA, HERNÁN SIMÓN MONTOYA BURGA, GILMER ROBERTO GIRÓN DIAZ y ANTONIO DOMINGUEZ QUISPE, a pesar de que los tres primeros nombrados no eran los representante legales de esas personas jurídicas y no tenían ningún vínculo con ellas.

Se realizó sin contar con bases administrativos y sin tener un calendario del proceso de selección.

C. El acusado ANTONIO DOMNGUEZ QUISPE adjuntó a su propuesta el acta-de recepción de la obra «Enrocamiento y Canalización

en la Desembocadura del Río Osmore- Ilo» de la Municipalidad Distrital de Pacocha-Ilo falsificada. Ese documento fue presentado por el inculpado CÉSAR ORLANDO CORREA CASAHUAMÁN.

D. El acusado GILMER ROBERTO GIRÓN DÍAZ presentó al citado Comité Especial los siguientes documentos falsificados: [i] El acta de recepción de la obra «Muros de Contención y Enrocamiento» de la Municipalidad Distrital de Conchucos falsificado. [ii] Declaraciones juradas de los datos del postor, certificado de inscripción de Consucode, declaración jurada de presentación de propuestas e instrumentales de plazo de ejecución, así como de los sellos de las empresas «LLANOS CORTÉS REMIGIO-INGENIERO» y «C.co. A CONSULTORES y CONTRATISTAS».

SÉPTIMO. Que esas conductas fueron tipificadas como delitos contra la Administración Público COLUSIÓN, en grado de tentativa, previstos en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal y la fe pública -FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y FALSEDAD GENÉRICA, previstos en el artículo cuatrocientos veintisiete y cuatrocientos treinta y ocho, respectivamente, del mismo Código.

III. SEGUNDA IMPUTACIÓN

OCTAVO. Que se imputa a los acusados VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, MARIO Pío ESPEJO OSORIO y CESAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA, miembros del «Comité Especial para las Adjudicaciones de Menor Cuantía» del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero -FONDEPES-, haber favorecido irregularmente a la empresa «SECIL INGENIEROS ASOCIADOS» Sociedad de Responsabilidad Limitada», de propiedad del inculpado GILMER ROBERTO GIRON DIAZ, respectivamente, con la buena pro en la adjudicación de menor cuantía número 029-2002, referido a los trabajos de prevención por el fenómeno «El Niño» en el «CENTRO PESQUERO ARTESANAL SANTA ROSA»-LAMBAYEQUE, hecho ocurrido en el mes de noviembre de dos mil dos. En ese proceso se causó un perjuicio al Estado por la sobrevaloración de la obra en ciento treinta y seis mil trescientos treinta y seis nuevos soles con sesenta y un céntimos, derivado del precio unitario del producto «Sika» y la mano de obra en la ejecución de los trabajos. Asimismo, se cometieron las siguientes irregularidades:

A. Los citados miembros del Comité Especial cursaron presuntas cartas de invitación a las empresas «DOVISA CONTRATISTAS

GENERALES» Sociedad de Responsabilidad Limitada, «LLANOS CORTES REMIGIO--INGENIERO», «C.co. A CONSULTORES y CONTRATISTAS», «CANTERA SUR» Sociedad Anónima, «INVERSIONES GENERALES SUPER Eco» Sociedad de Responsabilidad Limitada y INGENIEROS ASOCIADOS» Sociedad de Responsabilidad Limitada para que participen en la referida adjudicación y fueron recibidas por los inculpados ABRAHAM YOHELMI VASQUEZ CARMONA, HERNAN SIMON MONTOYA BURGA, GILMER ROBERTO GIRON DIAZ y SANTIAGO DIONICIO CARHUATOCTO TOCTO, a pesar de que no eran los representante legales de las primeras cinco empresas y no tenían ningún vínculo con ellas.

B. Se realizó sin contar con las bases administrativas y sin tener un calendario del proceso de selección.

El acusado GILMER ROBERTO GIRON DIAZ presentó al citado Comité especial los siguientes documentos falsificados: [i] El acta de recepción de la obra «Enrocamiento en la Ribero del Río Osmore - Ilo» de la Municipalidad Distrital de Pacochas falsificado. [ii] Declaraciones juradas de los datos del postor, certificado de inscripción de Consucode, declaración jurada de prestación de propuestas e instrumentales de plazo de ejecución, así como los sellos de las empresas «LLANOS CORTES REMIGIO-INGENIERO», «C.co. A CONSULTORES y CONTRATISTAS», INVERSIONES CANTERA SUR» Sociedad Anónima e INVERSIONES GENERALES SUPER Eco».

D. El acusado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE presentó a través del inculpado ABRAHAM YOHELMI VÁSQUEZ CARMONA, al citado Comité Especial, el acta de recepción de la obra Muros de Contención y Enrocamiento' de la Municipalidad Distrital de Conchucos falsificado.

NOVENO. Que esas conductas fueron tipificadas como delitos contra la Administración Pública - COLUSIÓN, previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal y la fe pública FALSIFICACIÓN DE DOCUMENTOS Y FALSEDAD GENÉRICA, previstos en el artículo cuatrocientos veintisiete y cuatrocientos treinta y ocho, respectivamente, del mismo Código.

IV. CONSIDERACIONES DE ESTE TRIBUNAL SUPREMO

A. CUESTIONES JURÍDICAS

a.1. Validez temporal de la Ley Penal [artículo 6 y 7 del Código Penal, artículo 2. inciso 24, parágrafo «d» y 103 de la Constitución Política del Perú].

DÉCIMO. Que el principio de legalidad proscribe que se aplique la Ley penal retroactivamente a una conducta con caracteres delictivos que se ejecutó antes de su entrada en vigor, porque es imposible que se castigue una actuación o un comportamiento que no estaba prohibido, así como también prohíbe que a una conducta que se encuentra tipificada como delito al momento de su ejecución se le aplique una pena más grave que se introdujo por una modificación de la Ley posterior- que la prevista en la Ley vigente en el momento de la comisión, pues el agente al momento de la materialización del hecho punible estaba expuesto a una pena leve.

Sin embargo, sí es posible que se aplique retroactivamente una norma penal aun cuando no estuvo vigente cuando sucedieron los hechos cuando favorezca al inculpado. En ese contexto, si en el curso del juzgamiento se dicta una Ley penal favorable al acusado distinta a la que estuvo vigente cuando ocurrieron los hechos, que se modifica por una Ley más rigurosa antes de que se emita la sentencia o que la misma quede ejecutoriado: LEY INTERMEDIA, se aplicará siempre que sea más favorable al imputado entre todas ellas.

Si durante la condena se dicta una ley más benigna que la invocada en la sentencia, en cuando a la sanción de menor rigor, la pena se limitará a la establecida en esa nueva Ley.

Es de acotar que el beneficio que expresa la nueva Ley no solo puede estar referido a la pena, sino también a factores de los que depende la posibilidad, el tipo [elementos descriptivos y normativos] y la forma de punición, situación normativa en la que se apoya la sanción penal en el caso concreto.

Para la determinación de la Ley penal más favorable al procesado o condenado el Tribunal tiene que analizar objetivamente coda una de las leyes sucesivas y concluir en cada caso concreto cual es la que establece una situación legal más favorable al acusado o condenado tomando en cuenta como criterios de estimación, entre otros, las penas principales, las consecuencias accesorias, las modificaciones del tipo penal y las reglas de la parte general.

DECIMO PRIMERO. Que, en el caso concreto, los hechos ocurrieron en el mes de noviembre del dos mil dos, cuando estaba vigente el articulo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, que señalaba lo siguiente: «el funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial «DEFRAUDA AL ESTADO» o entidad u organismo

del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de quince años».

Sin embargo, el diez de junio de dos mil once, después de la sentencia de primera instancia y antes de que la causa quede ejecutoriada, se emitió la Ley número «VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS TRES», que modificó el referido artículo y estatuyó lo siguiente: «el funcionario o servidor público que, interviniendo por razón de su cargo o comisión especial en cualquiera de las contrataciones o negocios mediante concertación ilegal con los interesados, DEFRAUDARE PATRIMONIALMENTE AL ESTADO o entidad u organismo del Estado, según Ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años».

No obstante, el veintiuno de julio de dos mil once, se publicó la Ley número 'VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y OCHO», que prescribió lo siguiente: «el funcionario o servidor público que interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cargo, en cualquier etapa de las modalidades de adquisición o contratación pública de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado concerta con los interesados para «DEFRAUDAR AL ESTADO» o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años». «El funcionario o servidor público que, interviniendo directa o indirectamente, por razón de su cago, en las contrataciones y adquisiciones de bienes, obras o servicios, concesiones o cualquier operación a cargo del Estado mediante concertación con los interesados, «DEFRAUDARÉ PATRMONIALMENTE AL ESTADO» o entidad u organismo del Estado, según ley, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de quince años».

De la revisión de ésas tres normas se evidencia claramente que la Ley intermedia estableció un requisito adicional para configurar el tipo penal: la defraudación patrimonial al Estado, así como también restringió fa comisión del delito a esa única forma: defraudación patrimonial del Estado. Esta dificultad para la configuración del delito, es más favorable para los inculpados en el caso concreto, pues instaura una descripción típica especial que hace más difícil la subsunción de la conducta en el tipo penal.

a.2. Contrato por «Suma Alzada»

DÉCIMO SEGUNDO. Que, en esa modalidad de contrato conocido también como contrato de 'llave en mano», el postor que

participa en un proceso de selección: licitación pública, concurso público, adjudicación directa o adjudicación de menor cuantía, oferta en su opuesta técnica y económica por todos los componentes de la obra por un costo fijo y único, es decir, dirige la obra y pone los materiales. En ese sentido, el contratista queda comprometido y forzado frente al contratante a ejecutar la obra de acuerdo a las especificaciones técnicas, los planos elaborados y el contrato suscrito, y asume una responsabilidad global frente a su cliente por el suministro de materiales, maquinarias, transporte de los mismos, realización de la obra y otros hasta su funcionamiento [en algunos casos se puede pactar obligaciones posteriores a la ejecución de la obra], pero debe respetarse los parámetros contractuales acordados en cuanto a la calidad, cantidad de material primas [no debe emplear materiales defectuosos] y rendimiento. Los posibles riesgos en las variaciones que puedan existir son asumidos por el propio constructor y con ello la contingencia de ganancia o pérdida de dicha cuantificación [no tiene derecho a exigir ningún aumento, aunque el precio de los materiales o de los jornales los hayan tenido].

La base legal se encuentra en el parágrafo «a», inciso dos, del articulo cuarenta y seis del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por el Decreto Supremo número «CERO TRECE-DOS MIL UNO-PCM» [vigente en la fecha de los hechos] que señalaba lo siguiente: contrato «Llave en mono», en esta modalidad el postor ofrece todos los bienes y/o servicios necesarios para poner en funcionamiento la prestación objeto de contrato, e inciso uno del articulo cuarenta del Reglamento de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, aprobada por el Decreto Supremo número «CIENTO OCHENTA Y GUATRO-DOS MIL OCHO EF» que prescribe: «los sistemas de contratación son: (1) Sistema a suma alzada (...) el postor formulara su propuesta por un monto fijo integral y por un determinado plazo de ejecución (...) tratándose de obras, el postor formulara dicha propuesta considerando los trabajos que resulten necesarios para el cumplimiento de la prestación requerida, según los pianos, especificaciones técnicas, memoria descriptiva y presupuesto de obra».

El TRIBUNAL DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO, en la Resolución número «MIL QUINIENTOS OCHENTA Y CUATRO/ DOS MIL SIETEJC-S2», del diez de octubre de dos mil siete, señaló lo siguiente: «en un proceso de suma alzada, a la entidad le corresponde evaluar únicamente el monto total ofertado por los postores,

trato diferente tendría si el proceso fuera por el sistema de precios unitarios, en los cuales exige que el Comité Especial verifique las operaciones aritméticas de la propuesta que obtuvo el mayor puntaje total, y de existir incorrección, deberá descalificarla» [www.osce.gob.pe/tribunal/ResTrib2007/RES1584-2007-TC-S2.htm].

B. CUESTIONES DE HECHO

b.1. En cuanto a la primera imputación.

«ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTÍA NÚMERO 'CERO DIECINUEVE DOS MIL DOS», REFERIDA A LOS TRABAJOS DE PREVENCIÓN POR EL FENÓMENO «EL NIÑO» EN EL «CENTRO DEACUICULTURA LA ARENA? ANCASH.

DÉCIMO TERCERO. Que en el Informe Especial número 009-2004-02-5301, Examen Especial practicado al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero-FONDOPES, periodo DOS MIL DOSDOS MIL TRES», el Informe Técnico Pericial y el Informe Pericial Contable Oficial y su ampliatorio de fojas veintiocho, mil ciento diecisiete, tres mil sesenta y cinco y tres mil setecientos dieciséis, respectivamente, no se determinó perjuicio patrimonial al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero en la realización del proceso de selección y ejecución de la obra.

DÉCIMO CUARTO. Que la Gerencia General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero sin intervención de los inculpados a través de la Resolución de fojas once, del doce de noviembre de dos mil dos del cuaderno de piezas procesales para la elaboración de la pericia grafotécnica estableció que el valor referencial de esa obra ascendía a CIENTO NOVENTA MIL NUEVOS SOLES. Esta valorización se practicó de conformidad con el artículo doce de la LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO número «VEINTISÉIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA» - vigente cuando sucedieron los hechos [modificado por el articulo uno de la Ley número «VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA», publicado el veintiséis de julio de dos mili y el artículo veintisiete del REGLAMENTO de dicha Ley, emitida a través del Decreto Supremo número «CERO TRECEDOS MIL UNOPCM» que señaló que 'el valor referencia¡ es el costo estimado aprobado por la Entidad para la adquisición o arrendamiento de bienes y para la contratación de servicios u obras, sobre la base de los precios del mercado».

DÉCIMO QUINTO. Que por acta de adjudicación directa de menor cuantía número 'CERO DIECINUEVEDOS MIL DOS', de fojas

ciento cuarenta y dos del «Libro de Actos de Adjudicaciones Directas, Selectivas o Públicas se otorgó la buena pro a la empresa «DOVISA CONTRATISTAS GENERALES» Sociedad de Responsabilidad Limitada, que ofertó una propuesta económica de CIENTO SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO NUEVOS SOLES. A través de la Resolución de Gerencia General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero de fojas mil setecientos diez, del dos de junio de dos tres sin intervención de los inculpados, se dejó constancia de lo siguiente: [i] El trece de febrero de dos mil tres, se recibió la obra «Centro de Acuicultura la Arena»-Ancash y no se registró durante la ejecución del contrato ampliaciones de plazo, adicionales o revisiones de la obra. [ii] Se practicó y aprobó la liquidación final y el costo de la obra ascendió a CIENTO SETENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO NUEVOS SOLES, sin la existencia de saldos a favor de alguna de las partes.

DECIMO SEXTO. Que, dentro de este contexto, no se advierte que se haya producido perjuicio patrimonial a la entidad del Estado el disvalor del resultado como lo exige expresamente el tipo penal en la nueva regulación normativa prevista en el articulo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, modificado por la Ley número «VEINTINUEVE MIL SETECIENTOS TRES' véase fundamento jurídico décimo por tratarse de un delito de resultado material, y ni siquiera se advierte la presencia de un peligro de Perjuicio, pues no se comprometió los recursos públicos con consecuencias nocivas para el Estado derivadas de una conducta fraudulenta de los funcionarios públicos acusados como infracción de un deber negativo. Por otro lado, tampoco es posible localizar una «concertación defraudatoria» de los intereses del Estado, en el contexto de la colusión ilegal, donde se haya fijado intencionadamente condiciones de contratación para beneficiar al propietario de la empresa ganadora de la buena pro en detrimento de los intereses del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero la conducta idónea para perjudicar el patrimonio del Estado, pues la situación patrimonial de esa entidad no se vio empeorada. Tampoco se advierte una disposición patrimonial del Estado que no haya sido compensada debidamente por la contraprestación del contratista, en tanto en cuanto la oferta económica aceptada fue menor que el valor estimado en el mercado por el Estado para la ejecución de la obra y se ahorró DIECIOCHO MIL QUINIENTOS VEINTICINCO NUEVOS SOLES, sin modificar la calidad del bien, su duración o mantenimiento. Es decir, se obtuvo una ventaja sustancial para la entidad estatal. En

todo caso, las posibles irregularidades administrativas en la contratación podrán ser sancionadas con las respectivas medidas disciplinarias previstas por la Ley, quedando fuera del ámbito penal las posibles concertaciones ventajosas que generan beneficios para el Estado y no causan perjuicio patrimonial alguno. .

DÉCIMO SÉPTIMO. Que, por otro lado, es de acotar que las presuntas irregularidades administrativas en el procedimiento de contratación estatal: el proceso de selección se realizó sin tener bases administrativas y con ausencia de un calendario necesario, están justificadas por documentos oficiales y normas administrativas que fijan el contenido de los requisitos legales esenciales para esos actos administrativos, como son:

A. La RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL DEL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO de fojas cuatro, del once de noviembre de dos mil dos, aprobó la exoneración de los procesos de licitación y concurso público o adjudicación directa, a la ejecución de los trabajos por el fenómeno 'EL NIÑO», en atención al DECRETO SUPREMO número 'CERO OCHENTA Y OCHODOS MIL DOSPCM», publicado en el diario oficial el Peruano», el cinco de septiembre de dos mil dos, [complementado por el DECRETO SUPREMO número 'CERO DIECISIETEDOS MI DOSPCM», publicado en el diario oficial «el Peruano», el catorce de noviembre de dos mil dos, que prorrogó el estado de emergencia], que decretó en Estado de Emergencia, ante la inminencia del fenómeno El Niño» y por el plazo de sesenta días, a los departamentos, entre otros, de Lambayeque, Ancash [...], a efectos de que el Ministerio de la Producción [...], pueda ejecutar, al amparo del presente Decreto Supremo, obras y acciones de prevención y mitigación de daños.

B. Por RESOLUCIÓN DE GERENCIA GENERAL DEL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO de fojas ciento veintitrés, del veinte de noviembre de dos mil dos sin intervención de los inculpados se indicó que los trabajos por la entidad del Estado se realizaron en una «situación de emergencia» por la presencia del fenómeno 'El Niño».

C. El artículo diecinueve de la LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO número «VEINTISÉIS ML OCHOCIENTOS CINCUENTA», modificado por el artículo uno de la Ley número «VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA», estableció al respecto, que «están exonerados de licitación pública, concurso público o adjudicación directa, según sea el caso, las

adquisiciones y contrataciones que se realicen en situación de emergencia o de urgencia'. El artículo veintidós de esa Ley define a la situación de emergencia como aquella en la cual la entidad tenga que actuar de manera inmediata a Causa de acontecimientos catastróficos [...]. El articulo ciento cinco del REGLAMENTO de dicha Ley, estableció que «de producirse los supuestos señalados en el articulo diecinueve de la Ley que determinen b necesidad de efectuar procesos de adjudicación de menor cuantía, la entidad hará las adquisiciones o contrataciones mediante acciones inmediatas sobre la base de la obtención». Asimismo el articulo ciento ocho del mismo reglamento prescribió que «la situación de emergencia se declara en los casos definidos por el articulo veintidós de la Ley, debiendo adquirirse o contratarse lo necesario para remediar los desastres o hechos producidos que tengan el carácter de emergencia.

DECIMO OCTAVO. Que, es evidente, que el respeto exacto a las formalidades para la licitación pública y concurso público de adquisiciones y contrataciones del Estado, no era exigible en las adjudicaciones de menor cuantía que se convocaba por situaciones de emergencia, como en el caso concreto. En ese contexto, la adjudicación directa de menor cuantía referido a los trabajos de prevención por el fenómeno «El Niño» en el «CENTRO DE ACUICULTURA LA ARENA» - Ancash, se realizó de forma inmediata por la presencia de un desastre natural. Por tanto, ese hecho no puede constituir una irregularidad en el ámbito de la contratación pública y tampoco una maniobra de carácter oculto o subrepticio que evidencia una concertación ilegal.

Por otro lado, los propios peritos expresaron en el juicio oral a fojas cuatro mil ciento ochenta y uno que el calendario de actividades para el desarrollo del proceso de selección ni siquiera era responsabilidad de los inculpados integrantes del «Comité Especial», sino competencia exclusiva del Gerente General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero. En ese sentido, no formaba parte de su «rol especial» como funcionarios públicos integrante del citado Comité [deberes de garante], por lo que no puede existir imputación penal por ese hecho como parte del delito de colusión ilegal. Aceptar lo contrario, seria exceder el ámbito de la esfera de competencia de los inculpados y responsabilizarlos por quebrantamiento de deberes ajenos.

DECIMO NOVENO. Que si bien existieron irregularidades administrativas en torno a la emisión de las invitaciones a las empresas

postoras que participaron en el proceso de selección del otorgamiento de la buena pro de la obra cuestionada, lo que podrá evidenciar la presencia de un indicio de concertación entre el acusado Víctor Palomino Alarcón y los representantes legales de las empresas postoras, no obstante como ya se explicó en el fundamento jurídico décimo séptimo de la presente Ejecutoria Suprema, era necesario para la configuración del tipo penal se cause un perjuicio patrimonial al Estado, lo que no ocurrió en el caso concreto ni siquiera se advierte la presencia de un peligro de perjuicio. La particular presencia de vicios administrativos no determina de manera indiscutible que se ha cometido el delito de colusión ilegal, ya que carecen de entidad penal suficiente por sí sola, para demostrar la presencia del ilícito penal.

b.1. En cuanto a la segunda imputación.

«ADJUDICACIÓN DE MENOR CUANTÍA NÚMERO «CERO VEINTINUEVE DOS MI DOS». REFERIDA A LOS TRABAJOS DE PREVENCIÓN POR EL FENÓMENO «EL NIÑO» EN EL «CENTRO DEFQUERO ARTESANAL SANTA ROSA» - LAMBAYEQUE.

VIGÉSIMO. Que sostiene el Fiscal que los inculpados ABRAHAM YOHELMI VÁSQUEZ CARMONA, SANTIAGO DIONICI0 CARHUATOCTO TOCTO, HERNÁN SIMÓN MONTOYA BURGA, GILMER ROBERTO GIRÓN DÍAZ, CÉSAR ORLANDO CORREA CASAHUAMÁN, IRIS MARGOT ALVITES SILVA y ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE, representantes de las empresas postoras, presentaron al Comité Especial de Adjudicación de Menor Cuantía», integrado por los acusados VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, MARIO Pío ESPEJO OSORIO y CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA, documentos falsificados y éstos no revisaron y advirtieron dicha ilicitud. No obstante, esto no puede constituir la presencia de concertación entre todos los procesados dentro del negocio jurídico que se estaba celebrando, pues los integrantes del referido Comité no tenían la obligación de revisar la autenticidad o veracidad de los mismos. El artículo cincuenta y cuatro del REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO indica que los postores son responsables por la exactitud y veracidad de los documentos que adjunten en sus propuestas en un proceso de selección.

Por tanto, en principio se presume de buena fe que los documentos eran auténticos y legales, y no constituía deber de los inculpados integrantes del citado Comité, examinar la veracidad y autenticidad

de las instrumentales para establecer su falsedad, pues no formaba parte de su «rol especial» y no se les podía exigir que adquirieran conocimientos técnicos de grafotecnia conocimientos especiales sobre la materia- porque no constituía el ámbito de su competencia. Por tanto, ese hecho no puede constituir un indicio de la presencia de la concertación entre estos, clan cuando los inculpados Abraham Yohelmi Vásquez Carmona, Santiago Dionicio Carhuatocto Tocto, Hernán Simon Montoya Burga, Gilmer Roberto Girón Díaz, Cesar Orlando Correa Casahuamán, Iris Margot Alvites Silva y Antonio Domínguez Quispe se aprovecharon de la actuación de los acusados Víctor Palomino Alarcón, William Emerzo Medrano Vásquez, Enrique Emilio Alta Mejia, Mario Pío Espejo Osorio y Cesar Augusto Ruiz Yngunza para introducir los documentos en el trafico jurídico, participar en el proceso de selección y obtener la buena pro.

VIGESIMO PRIMERO: Que, por otro lado, de la revisión del expediente se advierte las siguientes pericias:

El INFORME ESPECIAL número «CERO CERO NUEVE-DOS MIL CUATRO-CERO DOS CINCO MIL TRESCIENTOS UNO». «Examen Especial practicado al Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero» - FONDEPES, periodo dos mil dos y dos mil tres, estableció, entre otros, que en la ejecución de la referida obra se sobrevaloraron IOS precios en CIENTO TREINTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y SEIS NUEVOS SOLES CON TREINTA Y UN CENTIMOS. Al ser ratificado en el juicio oral a fojas cuatro mil ciento cincuenta y Siete, expresaron los peritos que los cálculos de la sobrevaloración fueron elaborados por ingenieros civiles, y ellos determinaron que el costo del material «Sika» fue incrementado y tomaron como referencia los precios vigentes al treinta de enero de dos mil cuatro a pesar de que la obra se realizó en el dos mil dos.

El INFORME TECNICO PERICIAL de fojas mil ciento diecisiete, estableció, entre otros, que se comprobó que la sobrevaloración de la partida de impermeabilización de cobertura de techo por el use del producto «Sika» asciende a VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS TREINTA Y UN NUEVOS SOLES CON OCHENTA Y SEIS CENTIMOS conclusión abiertamente contradictoria con el informe especial. Al ser ratificado en el juicio oral a fojas cuatro mil ciento ochenta y uno, explicaron los peritos que el costo de la sobrevaloración del referido producto se debía realizar tomando como base el valor correspondiente al año dos mil dos y no el que correspondía al años dos mil cuatro, como erróneamente se realizó por los especialistas en

el informe pericial número «CERO CERO NUEVEDOS MIL CUATRO?CERO DOS?CINCO MIL TRESCIENTOS UNO». Cuando fueron interrogados por los miembros del Tribunal de mérito indicaron que desconocían si el producto 'Sika» se produce en el Perú o en el extranjero, nunca viajaron al lugar donde se encontraba la obra para realizar la valorización y sólo examinaron una de las partidas.

C. El INFORME PERICIAL CONTABLE OFICIAL de fojas tres mil sesenta y cinco, estableció, entre otros, que los cálculos sobre la sobrevaluación de lo partida de impermeabilización de la cobertura del techo de la obra se tiene que realizar con los precios al mes de octubre de dos mil dos y no con los precios correspondientes al mes de enero de dos mil cuatro. Al ser ratificado en el juicio oral a fojas cuatro mil doscientos quince, manifestaron los peritos que la valorización se tiene que realizar 'in situ», ir a las empresas de la zona donde ocurrió el hecho delictivo y revisor los libros contables de aquélla época para determinar si efectivamente los precios estaban de acuerdo al presupuesto que había elaborado la empresa que ejecutó la obra, así como también sostiene que verificar cómo se desarrolló el trabajo. Es decir, para realizar los cálculos respectivos se tiene que acudir a la fuente, a los documentos y revisar los instrumentos contables. Afirman que no existían documentos vinculados al material que se utilizó en la obra, tales como facturas o libros contables y sólo se encontró una pericia emitida por un ingeniero civil que determinó el sobrecosto con los precios vigentes al año dos mil cuatro.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Que, es evidente, que no existe claridad en las conclusiones de los informes periciales para establecer la presencio de un perjuicio económico d Estado. Es de anotar que las conclusiones de los dictámenes periciales no vinculan de manera absoluta al Juez, pues se trata de opiniones de técnicos en la materia para el caso concreto: contables, y, en ese sentido, existe libertad en la apreciación. Las conclusiones se extraen de la valoración conjunta que se obtengo de todo el material probatorio y se debe complementar con el análisis de la capacidad de raciocinio de los peritos, la congruencia y sustento fáctico de sus conclusiones, así como la calidad de sus fundamentaciones o motivaciones expuestas y la firmeza oposición oscilante al sostenerlo.

En el caso concreto, el resultado del primer dictamen pericial ha sido enervado por los dos que se practicaron posteriormente, pues la valorización se estimó sobre los precios del producto «Sika» vigentes en el año dos mil cuatro, a pesar de que los hechos ocurrieron en el

años dos mil dos. Si bien es cierto que el segundo examen pericial determinó una sobrevaloración de la obra ?por la mano de obra y la adquisición del producto «Sika» ascendente a veintiocho mil quinientos treinta y un huevos soles con ochenta y seis céntimos, sin embargo los peritos afirmaron en el juicio oral a fojas cuatro mil ciento ochenta y uno que desconocían si el producto «Sika» se produce en el Per0 o en el extranjero como podían ignorar esa referencia si precisamente iban a determinar el valor del mismo en el mercado. De acuerdo a las máximas de la experiencia, esa referencia es importante para poder determinar las variables de los precios, nunca viajaron al lugar donde se encontraba la obra para realizar la valorización lo que era necesario para verificar la magnitud de los trabajos y determinar el costo hora-hombre en el avance de los trabajos y solo examinaron una de las partidas. Por lo demás, los autores del tercer examen pericial oficial, en el juicio oral a fojas cuatro mil doscientos quince, expresaron que para determinar las estimaciones del costo del producto «Sika» y costo hora-hombre se tenía que hacer un estudio in situ» de la obra, recabar los libros contables de las empresas proveedoras de la época y verificar las facturas de las adquisiciones de los productos, pero no existían esos documentos en el expediente.

Por tanto, la segunda pericia no puede constituir una prueba fehaciente que determine una sobrevaloración de la obra, en tanto en cuanto, no se encuentra sustentada sobre documentos concluyentes que la doten de verosimilitud, tales como libros contables u otros instrumentos que vinculen el examen realizado y el resultado. En ese sentido, no se advierte en esa pericia una concatenación lógica y fuerza convincente de los argumentos expuestos en ella que generen convicción judicial sobre la presencia del perjuicio patrimonial en la entidad del Estado.

VIGESIMO TERCERO. Que, por otro lado, la GERENCIA GENERAL DEL FONDO NACIONAL DE DESARROLLO PESQUERO sin intervención de los inculpados a través de la Resolución de fojas ciento treinta y uno, del veinticinco de noviembre de dos mil dos del cuaderno de piezas procesales para la elaboración de la policía gratotécnica estableció que el valor referencial de esa obra ascendía a OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL QUINIENTOS NOVENTA Y SEIS NUEVOS SOLES CON CINCUENTA Y SEIS CÉNTIMOS. Esta valorización se práctico de conformidad con el artículo doce de la LEY DE CONTRATACIONES Y ADQUISICIONES DEL ESTADO número 'VEINTISÉIS MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA» vigente cuando

sucedieron los hechos [modificado por el articulo uno de la Ley número 'VEINTISIETE MIL TRESCIENTOS TREINTA», publicado el veintiséis de julio de dos mil] y el artículo veintisiete del REGLAMENTO de dicha Ley, emitida a través del Decreto Supremo 'CERO TRECE?DOS MIL que señaló que «el valor referencia¡ es el costo estimado aprobado por la Entidad para la adquisición o arrendamiento de bienes y para la contratación de servicios u obras, sobre la base de los precios del mercado».

VIGÉSIMO CUARTO. Que por acta de adjudicación directa de menor cuantía número «CERO VEINTINUEVEDOS MIL DOS», de fojas ciento cuarenta y siete del «Libro de Actas de Adjudicaciones Directas, Selectivas o Públicas» se otorgó la buena pro a la empresa «SECIL INGENIEROS ASOCIADOS Sociedad de Responsabilidad Limitada, que ofertó una propuesta económica de SETECIENTOS SETENTA Y TRES ML NOVECIENTOS OCHENTA NUEVOS SOLES CON OCHENTA Y NUEVE CÉNTIMOS. El contrato se suscribió el veintiocho de noviembre de dos mil dos conforme se aprecia a fajas mil seiscientos noventa y tres, bolo la modalidad de SUMA ALZADA». A través de la Resolución de Gerencia General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero de fojas mil setecientos once, del dos de abril de dos mil tres - sin intervención de los inculpados, se dejó constancia de lo siguiente: [i] El diecisiete de febrero de dos mil tres se recibió lo obra 'Centro de Pesquero Artesanal Santa Rosa - Lambayeque y no se registró durante la ejecución del contrato ampliaciones de plazo, adicionales o revisiones de la obra. [ii] Se practicó y aprobó la liquidación final y el costo de la obra ascendió a SETECIENTOS SETENTA Y TRES MIL NOVECIENTOS OCHENTA NUEVOS SOLES CON O/Í-IENTA Y NUEVE CÉNTIMOS, sin la existencia de saldo a favor de alguna de las partes.

De la evaluación de esos antecedentes se evidencia lo siguiente:

A. No se observa una disposición patrimonial del Estado que no haya sido compensada debidamente por la contraprestación del contratista, en tanto en cuanto la oferta económica aceptada fue menor que el valor estimado en el mercado por el Estado para la ejecución de la obra y se ahorró OCHENTA Y TRES MIL SEISCIENTOS QUINCE NUEVOS SOLES CON SESENTA V SIEE CENTIMOS, sin modificar la calidad del bien, su duración o mantenimiento y el plazo de entrega de la obra. Es decir se obtuvo una ventaja sustancial para la entidad estatal. Eso evidencia objetivamente que no existió perjuicio patrimonial al Estado.

B. Se firmó un contrato bajo la modalidad de «SUMA ALZADA» - descrito en el fundamento jurídico décimo segundo y el contratista se

comprometió a ejecutar b obra con todos los costos por concepto de suministro, repuestos, materiales e insumos, empleo de herramientas, maquinarias y equipos, prestación de servicios, mano de obra, dirección técnica, gastos generales como utilidades, transportes, obligaciones laborales y tributarias, seguros, imprevistos y cualquier otro gasto necesario para la ejecución total de los rubros contratados, y respetando las especificaciones técnicas, los pianos elaborados y el contrato suscrito. En ese sentido, el precio que se determinó para la ejecución de las obra se trató de uno fijo a todo costo, en el que las cantidades son inamovibles, por la naturaleza del tipo de acto jurídico una de las reglas elementales de esos contratos constituye la expresión: «los contratos son Ley para las partes», por lo que no puede -desconocerse lo pactado, salvo las excepciones expresamente c templadas en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado. Por tanto, el precio fijado expresa que el pago se realizó sobre la base de lo acordado en el contrato al momento de la celebración, asumiendo el contratista: empresa «SECIL INGENIEROS ASOCIADOS Sociedad de Responsabilidad Limitada», las diferencias que se presenten y con ello la contingencia de ganancia o pérdida de dicha cuantificación. En ese sentido, no puede alegarse que el contratista pago un precio menor por el producto «Sika» o no use correctamente la mano de obra en la ejecución de las trabajos con incidencia en el valor económico, pues el contrato estaba sujeto a la modalidad de Suma Alzada» y sin posibilidad de variaciones vinculadas a los precios la única exigencia estaba constituida por la entrega de la obra sin modificar la calidad del bien, la duración o mantenimiento y el plazo de entrega pactado, lo que se cumplió en el caso concretó, como se aprecia de la Resolución de Gerencia General del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero de fojas mil setecientos once, del dos de abril de dos mil tres.

En ese sentido, el precio de los productos o mano de obra que se aplique, solo tiene como límite el valor asignado a la obra en el contrato, sin posibilidad de que la entidad contratante: Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero pueda obtener una compensación derivada de la ejecución de los trabajos o adquisición de los materiales empleados salvo que se demuestre que en el proceso de selección y suscripción del contrato medió concertación defraudatoria entre los funcionarios o servidores públicos y el contratista para lesionar patrimonialmente al Estado.

VIGÉSIMO QUINTO. Que se imputa al acusado ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE, propietario de la empresa «DOVISA CONTRATISTAS GENERALES Sociedad de Responsabilidad

Limitada», haber presentado actas falsificados de la recepción de las obras [i] «Enrocamiento y Canalización en la Desembocadura del Río Osmore- Ilo» de la Municipalidad Distrital de Pacocha – Ilo; el alcalde de esa entidad edil informó a fojas doscientos veintiséis que esa obra nunca se realizó y [ii] «Muros de Contención y Enrocamiento» de la Municipalidad Distrital de Conchucos, en los procesos de selección de adjudicación de menor cuantía números CERO CINUEVEDOS MIL DOS Y CERO VEINTINUEVE?DOS MIL DOS» de los trabajos de prevención por el fenómeno 'El Niño» en el «CENTRO DE ACUICULTURA LA ARENA» - ANCASH y «CENTRO PESQUERO ARTESANAL SANTA ROSA»-LAMBAYEQUE, respectivamente.

En cuanto al primero de los hechos, el citado inculpado fue el ganador de la buena pro conforme se aprecia del acta de adjudicación directa de menor cuantía de fojas ciento cuarenta y dos del «Libro de Actas de Adjudicaciones Directas Selectivas o Públicas». Al ser interrogado en sede preliminar o fojas cuatrocientos setenta y nueve en presencia del representante del Ministerio Público expresó que recibió la carta de invitación del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero y participó en ese Proceso de selección para la realización de dicha obra. Agrega que representó personalmente a su empresa en el contrato y dentro del plazo legal que se le otorgó preparó y envió los documentos que le solicitaron, acompañando la propuesta técnica y económica suscrita por él.

En ese contexto, se encuentra debidamente acreditada la culpabilidad del acusado por ese delito, pues además de los elementos objetivos y subjetivos anotados que abonan a su responsabilidad era el único que tenía un interés directo y nadie más en la documento falsificado, pues era necesario que se acredite experiencia en obras similares para poder participar en el proceso de selección.

Si bien en sede sumarial y en el juicio oral a fojas tres mil cincuenta y cuatro y tres mil novecientos ochenta y tres, respectivamente, se retracta y afirmó que nunca formula la propuesta técnica y económica para participar en ese proceso de selección y no recibió la carta de invitación del Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, sin embargo, esta respuesta carece de corroboración con otros medios de prueba o indicios aún de carácter periféricos.

Es de puntualizar que cuando el imputado se retracta de sus primeras declaraciones, el Tribunal tiene que interrogarlos sobre los motivos que aducen para variar la declaración, y contrastarlos con el resto del material probatorio que se recabó en la investigación judicial

y que se actuó en el juzgamiento, para poder identificar si las primeras declaraciones se debieron a un error o por coacción o amenaza de alguien. La característica más importante en el sistema de libre convicción regulado en el artículo doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales es la libertad en el examen de las pruebas, por lo que el Juez no está obligado por ningún tipo de pauta legal para merituar la retractación, como tampoco lo está con las primeras declaraciones, y el valor de una u otra surgirá de la concordancia que guarden con el resto del material probatorio que se incorporó legalmente al proceso.

En el caso concreto, las primeras declaraciones del acusado Antonio Domínguez Quispe se corroboraron con otros medios de prueba.

VIGESIMO SEXTO. Que en cuanto al segundo de los hechos, no se acreditó la culpabilidad del acusado ANTONIO DOMINGUEZ QUISPE por el de a de falsificación de documentos, en su modalidad de uso; que, en efecto, el inculpado Cesar Orlando Correa Casahuamán en sede preliminar en presencia del representante del Ministerio Público y judicial a fojas cuatrocientos treinta y dos mil veinticinco, respectivamente, narró que el imputado Gilmer Roberto Girón Díaz contrató al encausado Abraham Yohelmy Vásquez para que participe en el proceso de selección de adjudicación de menor cuantía número «CERO VEINTINUEVE-DOS MIL DOS», representando a la empresa «DOVISA CONTRATISTAS GENERALES Sociedad de Responsabilidad Limitada».

Este último acusado en la delegación policial en presencia del Fiscal Provincial Penal y en sede sumaria¡ a fojas cuatrocientos treinta y seis y dos mil treinta y tres, respectivamente, relató que el inculpado Gilmer Roberto Girón Díaz lo contrató para representar a la citada empresa en este proceso de selección y le entregó los sobres conteniendo la propuesta técnica y económica.

Desde esta perspectiva jurídica, no es posible establecer un vínculo entre el acusado Antonio Domínguez Quispe y sus demás inculpados, máxime si el único que tenía interés directo en este proceso de selección era el imputado Gilmer Roberto Girón Díaz y nadie más, quien fue el ganador de la buena pro.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que para la determinación judicial de la pena impuesta al acusado ANTONIO DOMINGUEZ QUISPE debe tomarse en consideración dos factores importantes: [i] la proporcionalidad de la sanción, pues ese inculpado inicialmente fue

condenado por dos delitos: colusión ilegal y falsificación de documentos a tres años de pena privativa de-libertad efectiva, no obstante en la presente Ejecutoria Suprema se descartó la culpabilidad de aquél por el primero de los ilícitos penales. En consecuencia, su grado de responsabilidad respecto de los hechos incriminados disminuye proporcionalmente e incide en la gravedad de la sanción, porque se reduce la afectación de los bienes jurídicos protegidos por la Ley y el daño causado. [ii] que el citado inculpado carece de antecedentes penales, y en ese sentido, es de concluir que se trata de un delincuente ocasional en el que no cabe apreciar una peligrosidad criminal es decir una probabilidad mayor o menor de que vuelva a delinquir. Dentro de ese contexto, la sanción debe ser modificada a favor del acusado y suspenderse la ejecución de la pena de conformidad con el artículo cincuenta y siete del Código Penal.

VIGÉSIMO OCTAVO. Que la reparación civil se fijó teniendo en cuenta los efectos que el delito falsificación de documentos causó y guarda proporción con la entidad del bien jurídico que se afectó el valor del daño. Es de acotar que la acción civil ex delito de ninguna manera puede ser utilizada para constituir un posible enriquecimiento injusto a favor del agraviado.

VIGESIMO NOVENO. Que, por otro lado, de la revisión de la sentencia se advierte que se condenó al acusado ANTONIO DOMINGUEZ QUISPE por delito de falsificación de documentos y se consideró como agraviados al Estado y las Municipalidades Distritales de Pacora - llo, Conchucos, Anta Carhuaz y Santa Isabel de Sihuas. Al respecto es de acotar dos aspectos concretos: [i] En este tipo legal previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Penal el sujeto pasivo protegido está constituido por el Estado como titular del bien jurídico tutelado, en tanto en cuanto se protege las funciones que el documento desempeña en el trafico jurídico, como son de garantía, perpetuación y probatoria. En ese contexto, el Estado es el encargado de proteger y tutelar dicho bien jurídico. Por tanto, es pertinente absolver al encausado por el citado delito en perjuicio de los citados agraviados. [ii] El representante del Ministerio Público en la acusación escrita de fojas tres mil doscientos setenta y siete complementada a fojas tres mil trescientos veintidós y tres mil trescientos veintisiete, sustentada en el juicio oral a fojas tres mil ochocientos cincuenta y nueve, solo le incriminó al citado inculpado la falsificación de documentos de las Municipalidades de Conchuco y Pacocha-Ilo como inicialmente lo asumió el Tribunal de mérito en la sentencia al fijar la imputación [a

fojas cuatro mil quinientos setenta y siete]. Dentro, de ese contexto, es evidente que la sentencia no fue exacta y precisa respecto a los hechos por los que se formula la imputación e introdujo elementos que no se especificaron y definieron en el dictamen fiscal. Esta incongruencia vulnere el principio acusatorio. Es de acotar que todos los elementos fácticos que sustentan la existencia del delito en cuanto a los hechos por lo que se acusa que contiene el escrito de acusación son vinculantes para el Juez o Tribunal que sentencia, quien debe respetar el objeto del proceso delimitado en la acusación. Su omisión determina la incongruencia de la sentencia con vulneración del principio acusatorio, por lo que debe declararse nula en este extremo.

TRIGESIMO. Que es de acotar que solo integraron el ámbito del recurso los argumentos expuestos por los acusados Víctor Palomino Alarcón, Enrique Emilio Alta Melia, William Emerzo Medrano Vásquez, Mario Pío Espejo Osorio, César Augusto Ruiz Yngunza, Carlos Iván Muente López y Antonio Domínguez Quispe además del Fiscal Superior y la Parte Civil. Por tanto, se limita el ámbito de conocimiento del Tribunal de instancia porque el acceso a los recursos constituyen actos dispositivos de parte, y en ese sentido, no podemos apartarnos de los límites fijados por aquellos en sus recursos. No obstante, el Código de Procedimientos Penales consagra una excepción a la regla al admitir que «Si la Corte Suprema no considera fundada lo sentencia condenatoria [...] puede anular dicha sentencia y absolver al condenado, aún cuando éste no hubiese opuesto ninguna excepción» [artículo trescientos uno del citado Código]. Es evidente, que ese efecto extensivo se produce, entre otros, cuando un imputado que se conformó con la decisión condenatoria, se pueda ver favorecido con el recurso interpuesto por los demás encausados en tanto se plasma la posibilidad de que se revise el fallo a su favor, a pesar de que se mostró de acuerdo y no cuestionó la decisión?, por razones de estricta justicia, en el sentido de obtener como resultado final del proceso una paz acorde a los fines del ordenamiento jurídico por medio de la intervención del poder jurisdiccional.

Asimismo, el articulo trescientos veintiuno del Código de Procedimientos Penales prescribe la posibilidad de absolver al acusado ausente cuando se demostró la existencia del delito.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Que, en consecuencia, es justificado y razonable pe también se absuelva a los acusados César Orlando Correa Casahuamán, Hernán Simón Montoya Burga, Iris Alvites Silva y Gilmer Roberto Girón Díaz por delito contra la Administración Pública,

en su modalidad de colusión desleal, en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero de conformidad con los fundamentos jurídicos décimo tercero a vigésimo cuarto de la presente Ejecutoria Suprema.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

Declararon HABER NULIDAD en la sentencia de fojas cuatro mil quinientos setenta y uno, del nueve de febrero de dos mil once, que condenó a VÍCTOR PALOMINO ALARCÓN, ENRIQUE EMILIO ALTA MEJÍA, WILLIAM EMERZO MEDRANO VÁSQUEZ, MARIO Pío ESPEJO OSORIO y CÉSAR AUGUSTO RUIZ YNGUNZA como autores del delito contra la Administración Pública -colusión desleal, en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad efectiva para el primero de los nombrados y cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años para los demos, inhabilitación por el termino de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del articulo treinta y seis del Código Penal, así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor de la entidad agraviada ariamente con sus coinculpados; reformándola; los ABSOLVIERON de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; ORDENARON la inmediata libertad del acusado VICTOR PALOMINO ALARCON, siempre y cuando no exista en su contra orden o mandato de detención alguno, emanado de autoridad competente, oficiándose para tal efecto; DISPUSIERON la anulación de los antecedentes policiales y judiciales de los citados inculpados, y el archivo de la causa en ese extremo.

II: Declararon HABER NULIDAD en cuanto condenó a CARLOS IVAN MUENTE

LOPEZ como autor del delito contra la Administración Pública - colusión desleal, en grado de tentativa en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad, ,suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años e inhabilitación por el termino de tres años de conformidad con los incisos uno y dos del articulo treinta y seis del Código Penal, así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor de la entidad agraviada solidariamente con sus coinculpados; reformándola: lo

ABSOLVIERON de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo _Nacional de Desarrollo Pesquero; DISPUSIERON la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en ese extremo.

III. Declararon HABER NULIDAD en el extremo que condenó a CESAR ORLANDO CORREA CASAHUAMAN, HERNAN SIMON MONTOYA BURGA e IRIS ALVITES SILVA, como cómplices primarios del delito contra la Administración Pública -colusión desleal en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años e inhabilitación por el término de dos años de conformidad con el inciso dos del artículo treinta y seis del Código penal, así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor de la entidad agraviada solidariamente con sus coinculpados; reformándola: los ABSOLVIERON de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; DISPUSIERON la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en ese extremo.

IV. Declararon HABER NULIDAD en el extremo que condenó a ANTONIO DOMINGUEZ QUISPE como cómplice primario del delito contra la Administración Pública -colusión desleal en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero, a dos años de peno de inhabilitación de conformidad con los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, así como fijó en cuarenta mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán abonar a favor de la entidad agraviada, solidariamente con su coinculpados; reformándola: lo ABSOLVIERON de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; DISPUSIERON la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en ese extremo.

Declararon HABER NULIDAD en cuanto condenó a ANTONIO DOMÍNGUEZ QUISPE como autor del delito contra la fe pública - falsificación de documentos en agravio de las Municipalidades Distritales de «Conchucos y Pacora-llo; reformándola: lo ABSOLVIERON de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio de los referidos agraviados; DISPUSIERON la

anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en este extremo en ese extremo.

Declararon NULA en el extremo que condenó a ANTONIO DOMINGUEZ QUISPE como autor del delito contra la fe pública –falsificación de documentos– en agravio de las Municipalidades Distritales de Anta–Carhuaz y Santa Isabel de Sihuas; DISPUSIERON la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en este extremo en ese extremo.

Declararon NO HABER NULIDAD en cuanto condenó a ANTONIO DOMINGUEZ QUISPE como autor del delito contra la fe pública - falsificación de documentos - en agravio del Estado a setenta días multa a razón del cuarenta por ciento de sus ingresos diarios que se fijan en veinte nuevos soles a favor del Tesoro Público, así como fijó en dos mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada; y HABER NULIDAD en cuanto le impone tres años de pena privativa de libertad efectiva; reformándola le IMPUSIERON tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de dos años bajo las siguientes reglas de conducta: [a] prohibición de frecuentar determinados lugares; [b] prohibición de ausentarse del lugar donde reside, sin autorización del Juez; [c] comparecer personal y obligatoriamente al local del Juzgado cada treinta días para el control de firmas correspondiente, y [d] reparar los daños ocasionados por el delito, bajo apercibimiento de revocar la suspensión de la pena de conformidad con el articulo cincuenta y nueve del Código Penal; ORDENARON su inmediata libertad, siempre y cuando no exista su contra orden o mandato de detención alguno, emanado de autoridad competente, oficiándose para tal efecto.

Declararon HABER NULIDAD en cuanto reservo el juzgamiento a GILMER ROBERTO GIRON DIAZ por delito contra la Administración Pública -colusión ilegal, en agravio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; reformándola: lo ABSOLVIERON de los cargos formulados en su contra por el citado delito en perjuicio del Estado-Fondo Nacional de Desarrollo Pesquero; DISPUSIERON la anulación de los antecedentes policiales y judiciales conforme al Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve, y el archivo de la causa en este extremo, subsistiendo los cargos formulados por el Fiscal por delito de falsificación de documentos.

IX. Declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que dicha sentencia contiene y es materia del recurso.

MANDARON se notifique a las partes la presente Ejecutoria.

DISPUSIERON se devuelvan los actuados al Tribunal de origen. Hágase saber.

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

ZECENARRO MATEUS

SANTA MARÍA MORILLO

VILLA BONILLA

V
Asociación ilícita para delinquir

1. Criterios jurisprudenciales vinculantes en relación al delito de asociación ilícita

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 1235-2010

Lima

Lima, veintiséis de abril de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad, interpuesto por la Procuraduría Pública Ad Hoc del Estado (PARTE CIVIL), en mérito de la Ejecutoria Suprema del diez de diciembre de dos mil nueve - de fojas seis cientos uno - que declaró fundado el recurso de queja excepcional, ordenando se conceda dicho medio impugnatorio contra la resolución de vista del veintinueve de diciembre de dos mil ocho – fojas doscientos diecisiete - que confirmando el auto de primera instancia del veintiocho de agosto de dos mil ocho – fojas ciento sesenta - declaró de oficio fundada la excepción de naturaleza de acción a favor de Guillermo Antenor Suárez Flores, Gladys Álvarez Gonzáles, María del Pilar Miranda Sánchez, Gustavo Ernesto Salcedo Risco, Iván Enrique Quiñones Arroyo, Jorge Ceferino Bellido Pérez, Roberto Carlos Toledo Vereau, Nancy Beatríz Toledo Velásquez, Liz Maribel Ríos Yanamango, Carmen Mercedes Fano Rengifo de Muñoz, Walter Domingo Manrique Plácido, Manuel Teodoro Huapaya Arias, Hitler Goebbels Huamán Calderón, Amador Augusto Velásquez Quiñonez, Vicente Ernulfo Pinedo Manrique, César William Suárez Flores, José Eduardo Villena Vela, Carmen Rosa Velásquez Taboada, Luis Victoriano Pinto Campos, José Luis Cavassa Roncalla, José Oscar Benavides Hinostroza, Ernesto Víctor Hugo Portilla García, Hugo Víctor Laura Sebastiani, José William Ochoa Tuanama, Maribel Rosario Vásquez Aquino y Sandra Mónica López Valverde, por el delito contra la Tranquilidad Pública – contra la Paz Pública - asociación ilícita para delinquir, tipo agravado –, en agravio de la Sociedad; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo

opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero: Agravios.-** Que la PARTE CIVIL, en su escrito de fojas doscientos setenta y seis, al fundamentar su recurso de nulidad, indica los siguientes agravios: **a).** que el marco de imputación respecto al delito incriminado da cuenta de los hechos siguientes: i). que entre los años mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y ocho, los denunciados conformaron una asociación con fines delictivos (permanencia), dirigida por Jacinta Margarita Toledo Manrique, quien, conjuntamente con Guillermo Antenor Suárez Flores, se encargó de reclutar personas que debían efectuar la falsificación de firmas, tomando como referente los padrones; y ii). que en el interior de la organización delictiva existió una distribución de roles, dado que hubieron quienes se encargaron del reclutamiento de los falsificadores (Guillermo Suárez e Iván Quiñónez y otros); Luis Pinto Campos, se encargó de obtener los listados de electores (padrones electorales) que habían sufragado en las elecciones de mil novecientos noventa y cinco, en tanto que otros se encargaron de buscar el padrón como referente para la falsificación, mientras que Eduardo Villena Vela facilitó los locales para dicho propósito, en San Borja y Miraflores; y Carmen Velásquez Taboada el local en San Juan de Lurigancho; en tanto que la ejecución física o material de la falsificación se encontraba a cargo de Carmen Elizabeth Burga Canchay y otros; **b).** que este complejo diseño de falsificación de firmas tuvo cierta permanencia y continuidad a través de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, aunado a ello, es de advertir que en nuestro ordenamiento el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma con la mera permanencia en una agrupación de dos o más personas, destinada a cometer delitos, sin importar la materialización de los ilícitos penales proyectados, pues lo que se sanciona es el peligro que significa para la tranquilidad pública la existencia de una organización criminal, entendida como aparato con cierta organización y división funcional de roles, en cuya estructura sus integrantes tienen una participación decisiva o simplemente ejecutiva; **c).** que en cuanto a determinar si la intención con la que fue constituida dicha asociación ilícita fue con un único propósito político, aquella debe ser dilucidada y materia de probanza en el proceso judicial, y no determinarse en vía incidental como en el presente caso; **d).** que la resolución recurrida causa un grave perjuicio a la parte agraviada, al vulnerar normas con rango constitucional como es la debida motivación de las resoluciones judiciales, por cuanto se ha confirmado la resolución de primer grado sin haber efectuado un adecuado análisis de la conducta imputada a los denunciados;

Segundo: Alcances y Límites de la Excepción de Naturaleza de Acción.- I). Conforme lo establece el artículo cinco del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo número ciento veintiséis, un primer supuesto jurídico para amparar una excepción de naturaleza de acción es que el hecho denunciado no constituya delito, esto es, que dicha conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico vigente (atipicidad absoluta) o que no se adecue estrictamente a la hipótesis típica de la norma penal invocada (atipicidad relativa). El segundo supuesto opera cuando la conducta materia de análisis, aún siendo típica, se ve favorecida por alguna eximente de punibilidad, sea una condición objetiva o una excusa absolutoria; **II).** En cuanto a los límites de esta excepción, según precisa la Doctrina, «no es posible a través de este remedio procesal (...) cuestionar la propia existencia del hecho objeto del proceso penal, es decir, que éste no ocurrió en la realidad, o que uno de los elementos que integran el supuesto fáctico no existe o resulte de imposible probanza; igualmente, no cabe formular la excepción sobre la base de ajenidad del imputado respecto a la comisión del delito que se le imputa, es decir que no cometió el delito, tampoco cabe hacerlo alegando falta o insuficiencia de prueba»[20]. En contrapartida, «sólo procede (...) cuando la inexistencia del delito – y los demás supuestos ya abordados [vg. atipicidad relativa] - surge con toda evidencia de los términos de la imputación (denuncia formalizada del Ministerio Público y auto de apertura de instrucción)»[21]; **Tercero: Imputación Fiscal.-** Según trasciende de los autos que corren en el presente Cuaderno Incidental, de la denuncia fiscal de fojas uno, que dio lugar al auto de apertura de fojas veintiocho, los hechos imputados a los beneficiados de la resolución recurrida, son los siguientes: **I).** «***Del delito contra la Fe Pública en la modalidad de Falsificación de Documentos»:*** (...) *Se desprende que entre los años 1996 a 1998, los denunciados Jacinta Margarita Toledo Manrique, **Guillermo Antenor Suárez Flores** y otros aún no identificados, planificaron y coordinaron la conformación de una organización de personas a quienes se les convocó, instruyó y dirigió en la comisión de la falsificación masiva de firmas de ciudadanos, cuyos nombres, apellido y números de documentos nacional de identidad eran transcritos y sus firmas, eran, a su vez, falsificadas por imitación servil o por invención, en las listas de adherentes presentadas en distintas fechas ante el Jurado Nacional de Elecciones (JNE) por la*

---

20 SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Grijley, abril 2006, p. 402.
21 *Op. cit.*, p. 401.

organización política denominada «Movimiento Independiente País Posible» (actualmente Partido «Perú Posible») a efectos de lograr la inscripción de dicho Movimiento en el Registro de Organizaciones Políticas del Jurado Nacional de Elecciones. [...] Con este objetivo, los denunciados Jacinta Margarita Toledo Manrique, ***Guillermo Antenor Suárez Flores*** *y otros aún no identificados, procedieron a reclutar a las personas de Carmen Elizabeth Burga Cachay,* ***María del Pilar Miranda Sánchez, Gustavo Ernesto Salcedo Risco, Iván Enrique Quiñones Arroyo y Jorge Ceferino Bellido Pérez****, entre otros, a fin de ejecutar por medio de éstos, las falsificaciones de firmas de ciudadanos peruanos a cambio de una compensación económica establecida en la función de la cantidad de falsificaciones realizadas o de un ofrecimiento de trabajo a posteriori, de ganar las elecciones dicha agrupación política; labor delictiva que era realizada en los inmuebles ubicados en Jr. Melitón Carvajal número cuatrocientos setenta y ocho, Urbanización Ingeniería, distrito de San Martín de Porres, de propiedad de* ***Guillermo Antenor Suárez Flores*** *(...); en Calle Justo Pastor Bravo número trescientos ochenta y uno, Urbanización veintisiete de Octubre – Parque del Trabajo – Caquetá, en el distrito de San Martín de Porres, de propiedad de* ***Gustavo Ernesto Salcedo Risco y María del Pilar Miranda Sánchez*** *(...) y en el inmueble sito en Bajada Balta número ciento treinta y uno Oficina número once – distrito de Miraflores, facilitado por* ***Eduardo Villena Vela*** *(...) Igualmente, fueron reclutados, entre otros, los denunciados* ***Gladys Álvarez Gonzáles, Roberto Carlos Toledo Vereau, Nancy Beatriz Toledo Velásquez, Liz Maribel Ríos Yanamango, Carmen Mercedes Fano Rengifo de Muñoz, Walter Domingo Manrique Plácido, Manuel Teodoro Huapaya Arias y Hitler Goebbels Huamán Calderón****, quienes actuaron bajo la dirección de la denunciada Jacinta Margarita Toledo Manrique, dedicándose a falsificar en forma masiva las firmas de los ciudadanos agraviados y presuntamente de otros, a fin de hacerlos aparecer como supuestos adherentes en los planillones que debía presentar el denominado «Movimiento Independiente Perú Posible» a efecto de alcanzar su acreditación como organización política legitimada para participar en las elecciones generales del año dos mil; Estos denunciados perpetraron la comisión delictiva en forma continua, confluyendo en los inmuebles ubicados en Avenida Jacarandá número setecientos noventa y cinco – Departamento número ciento dos, Urbanización Valle Hermoso – distrito de Santiago de Surco (domicilio de Jacinta Margarita Toledo Manrique), Avenida Javier Prado Este número tres mil catorce, distrito de San Borja (facilitado por* ***Eduardo Villena Vela****), y Av. Las Baldosas número ciento cuarenta y ocho Jorge Basadre – distrito de San Juan de Lurigancho (de propiedad y conducido por* ***Carmen Rosa Velásquez Taboada****). [...] Asimismo [...], se ha establecido preliminarmente*

que una vez llenado los planillones de adherentes con las firmas falsificadas de ciudadanos, éstos eran trasladados por el denunciado ***Guillermo Antenor Suárez Flores*** *del inmueble ubicado en Jirón Melitón Carvajal número cuatrocientos setenta y ocho, distrito de San Martín de Porres, hacia el local del partido ubicado en Bajada Balta número ciento treinta y uno, Oficina número once –Miraflores (...) lugar donde se procedía a su digitación, realizando similar labor el denunciado* ***Vicente Pinero Manrique****, quien (...) también entregaba planillones en la dirección antes indicada (...) De igual forma (...), el denunciado* ***César Suárez Flores*** *era quien efectuaba el traslado de los planillones llenados fraudulentamente hacia el local de la Avenida Jacarandá número setecientos noventa y cinco – Departamento número ciento dos, Urbanización Valle Hermoso – distrito de Santiago de Surco y luego en el local de la Avenida Javier Prado Este número tres mil catorce, distrito de San Borja, se procedía a su digitación, laboral ésta que era dirigida por el denunciado Walter Manrique Plácido por sus conocimientos de Ingeniería de Sistemas y en su calidad de personero técnico del «Movimiento Independiente País Posible»...»;* **II). *«Sobre el delito contra la Tranquilidad Pública en la Modalidad de Asociación Ilícita para Delinquir:*** *(...) Se evidencia que los denunciados por el delito de Falsificación, conformaron, entre los años mil novecientos noventa y seis y mil novecientos noventa y ocho, una asociación con fines delictivos dirigida por la incriminada Jacinta Margarita Toledo Manrique, quien junto con* ***Guillermo Antenor Suárez Flores*** *y otros aún no identificados se encargaron de organizarla reclutando a las personas que debían efectuar las falsificaciones, de obtener financiamiento a través de los socios o colaboradores de la agrupación política a la cual pertenecen, de conseguir las listas de electores (padrones electorales) que iban a ser utilizados como modelos o patrones de falsificación, de conseguir los locales en cuyo interior se realizarían las falsificaciones, de pagar a los ejecutores materiales de las falsificaciones en función a la cantidad de firmas fraguadas, entre otras funciones, apreciándose además que al interior de la organización existió una distribución de roles habiéndose encargado del reclutamiento de los falsificadores los denunciados* ***Guillermo Suárez Flores*** *e* ***Iván Quiñónez Arroyo*** *(...). Determinándose, asimismo, que dicha organización contó con la ayuda necesaria de colaboradores, siendo los casos específicos de* ***José Cavassa Roncalla, José Benavides Hinostroza, Ernesto Portilla García, Hugo Laura Sebastián, José Ochoa Tuanama, Luis Pinto Campos, Eduardo Villena Vela*** *y* ***Carmen Velásquez Taboada****, siendo que el sexto de éstos se encargó de obtener la lista de electores que habrían sufragado en las elecciones generales del año mil novecientos noventa y cinco, con el apoyo decidido de los cinco primeros a efectos de proveer a la organización delictiva de un patrón de firmas que sirva de modelo para las*

falsificaciones, el sétimo nombrado facilitó los locales donde se realizaron dichos actos delictivos, los mismos que se ubican en Avenida Javier Prado Este número tres mil catorce – San Borja, y Bajada Balta número ciento treinta y uno – Oficina once Miraflores, mientras que la octava nombrada prestó para la misma finalidad el inmueble ubicado en Avenida Las Baldosas número ciento cuarenta y ocho Jorge Basadre – distrito de San Juan de Lurigancho, haciendo lo propio los denunciados Margarita Toledo Manrique, ***Guillermo Suárez Flores*** *y Gustavo Salcedo Risco, quienes facilitaron sus respectivos inmuebles para realizar la falsificación masiva. [...] Finalmente, la organización contaba con un número, aún no determinado con exactitud, de personas a cargo de la ejecución física o material de las falsificaciones, entre ellas, se tiene a los denunciados Carmen Elizabeth Burga Cachay,* ***Gladys Álvarez Gonzáles, María del Pilar Miranda Sánchez,*** *Gustavo Salcedo Risco,* ***Iván Quiñónez Arroyo, Jorge Bellido Pérez, Roberto Carlos Toledo Vereau, Nancy Beatriz Toledo Velásquez, Liz Maribel Ríos Yanamango, Carmen Mercedes Fano Rengifo,*** *Walter Domingo Manrique Plácido,* ***Manuel Teodoro Huapaya Arias*** *y* ***Hitler Huamán Calderón,*** *en tanto que* ***César Suárez Flores*** *y* ***Vicente Pinero Manrique*** *recopilaban planillones con firmas falsificadas y luego las entregaban para su digitación, siendo la tarea de* ***Amador Velásquez Quiñónez*** *el de colaborar con aportaciones para el desarrollo de dichos trabajos y apoyar durante el proceso de verificación de firmas de los planillones y disquetes ante la ONPE. [...];* **III). «*Sobre los delitos contra la Administración Pública - Corrupción de Funcionarios (Cohecho Pasivo Propio y Corrupción Activa Propia)*** *(...) para tener acceso a dichos planillones fue imprescindible que los denunciados contaran con la colaboración de una persona allegada al organismo encargado de la custodia de dichos documentos, es decir, la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) (...) se sindica al denunciado* ***Luis Pinto Campos*** *como la persona que le vendió a* ***Guillermo Suárez Flores*** *los padrones electorales que fueron utilizados en la falsificación de firmas, para lo cual aquél se valió de su cargo como servidor y/o funcionario de la ONPE desde mil novecientos noventa y siete y Jefe de la Oficina Descentralizada de Procesos Electorales de Trujillo en el año mil novecientos noventa y ocho, hechos que habilitan la imputación del delito de Corrupción de Funcionarios en la modalidad de Corrupción Activa Propia para* ***Suárez Flores*** *y Cohecho Pasivo Propio para* ***Pinto Campos;*** **Cuarto: Criterios Jurisprudenciales Vinculantes en relación al delito de Asociación Ilícita.- I).** Según el Acuerdo Plenario número cero cuatro – dos mil seis /CJ- ciento dieciséis «es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de

codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar» [FJ trece]; **II).** En similar sentido, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente número cuatro mil ciento dieciocho - dos mil cuatro - HC / TC, también con carácter vinculante ha fijado el siguiente criterio «De acuerdo con lo establecido por el artículo trescientos diecisiete del Código Penal, la configuración del delito de asociación ilícita requiere, para su configuración, que el agente forme parte de una organización de dos o más personas destinadas a cometer delitos, por lo que el tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción por dicho delito (...)»; **Quinto: Criterios Doctrinales que ahondan en la referencia al fin perseguido -pluralidad de delitos o programa criminal indeterminado- como requisito esencial del delito de Asociación Ilícita.-** En la misma línea trazada por los criterios jurisprudenciales vinculantes antes precisados, según puntualiza la Doctrina, «la ley peruana, en la redacción del tipo de injusto de la asociación ilícita, cuando se refiere a «cometer delitos» se ha decido por emplear el plural [...] desde el punto de vista *teleológico* (...) una diferencia esencial entre la asociación para delinquir y las formas tradicionales de participación - en especial, la conspiración para delinquir - consiste en que mientras esta última supone un acuerdo circunstancial de voluntades para cometer un delito concreto, luego del cual, por lo general, se disuelve dicho acuerdo, la primera implica una organización permanente y estable en el tiempo que *trasciende y va más allá* de la finalidad de cometer un delito específico. Mientras una sucumbe con la finalidad de cometer un delito, la otra se extiende en el tiempo, y por su misma naturaleza de estabilidad se proyecta a la comisión de otros delitos [...] En tal sentido, asociarse para cometer un solo delito no integra la idea jurídico penal de asociación para delinquir»[22]. Enfatizando ese mismo componente típico, ciertos autores nacionales concluyen que «la calidad de integrante de una asociación criminal requiere la existencia de un vínculo estable y duradero de varios sujetos, orientado a la ejecución de un programa criminal de carácter indeterminado»[23] *(el subrayado es nuestro)*; **Sexto: Análisis.- I). La Imputación Fiscal se sostiene en un solo delito continuado de ejecución temporal y circunscrita a un**

---

[22] CASTILLO ALVA, José Luis, *Asociación para delinquir*, Grijley, 2005, pp. 99 y ss.

[23] REAÑO PESHIERA, José Leandro y otros, *Delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación ilícita para delinquir*, Jurista Editores, Lima, 2002, pp. 297 y ss.

objetivo específico.- Ello, según reza la denuncia fiscal, conforme a la cual *«entre los años 1996 a 1998, (...)* [a los imputados] *se les convocó, instruyó, y dirigió en la comisión de la falsificación masiva de firmas de ciudadanos, a efecto de logar la inscripción de[l] (...) «Movimiento [Independiente País Posible]» en el Registro de Organizaciones Políticas de Jurado Nacional de Elecciones»*; agregando: *«estos denunciados perpetraron la comisión delictiva en forma continua»*. Abona a lo anterior, el que los otros delitos imputados de Cohecho Pasivo Propio y Corrupción Activa Propia, además de recaer en sólo dos de los procesados (Luis Victoriano Pinto Campos y Guillermo Antenor Suárez Flores, respectivamente), tal y como se desprende de la descripción fáctica a que se contrae la denuncia, ambos tienen carácter de instrumentales respecto al mismo cometido de falsificación precedentemente señalado; **II). La Imputación Fiscal atribuye el delito de Asociación Ilícita a partir de los medios, acciones y distribución de roles desplegados para la ejecución del delito de Falsedad.-** Otra apreciación no resulta posible, si se repara en que la misma denuncia fiscal señala: «*...Se evidencia que los denunciados por el delito de Falsificación, conformaron entre los años 1996 y 1998 una asociación ilícita con fines delictivos dirigida por la incriminada Jacinta Margarita Toledo Manrique, quien junto con Guillermo Antenor Suárez Flores y otros aún no identificados se encargaron de organizarla reclutando a las personas que debían efectuar las falsificaciones, de obtener financiamiento a través de los socios o colaboradores de la agrupación política a la cual pertenecen, de conseguir las listas de electores (padrones electorales) que iban a ser utilizados como modelos o patrones de falsificación, de conseguir los locales en cuyo interior se realizarían las falsificaciones, de pagar a los ejecutores materiales de las falsificaciones en función a la cantidad de firmas fraguadas, entre otras funciones, apreciándose además que al interior de la organización existió una distribución de roles» (el subrayado es nuestro);* **III). Conclusión.-** Confrontando la imputación fiscal con el marco normativo del delito de asociación ilícita, se constata que los hechos atribuidos en aquella no se corresponde con las exigencias típicas de este último (en particular, el elemento teleológico de cometer un número inconcreto de delitos durante la permanencia indeterminada de la organización), apreciándose más bien haberse superpuesto la subsunción de este último en los mismos datos fácticos (medios, acciones, distribución de roles y carácter continuado) en que se sustenta el delito imputado de falsificación; Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista del veintinueve de diciembre de dos mil ocho – fojas doscientos diecisiete - que confirmando el auto de primera instancia del veintiocho de agosto

de dos mil ocho – fojas ciento sesenta - declaró de oficio fundada la excepción de naturaleza de acción a favor de Guillermo Antenor Suárez Flores, Gladys Álvarez Gonzáles, María del Pilar Miranda Sánchez, Gustavo Ernesto Salcedo Risco, Iván Enrique Quiñones Arroyo, Jorge Ceferino Bellido Pérez, Roberto Carlos Toledo Vereau, Nancy Beatríz Toledo Velásquez, Liz Maribel Ríos Yanamango, Carmen Mercedes Fano Rengifo de Muñoz, Walter Domingo Manrique Plácido, Manuel Teodoro Huapaya Arias, Hitler Goebbels Huamán Calderón, Amador Augusto Velásquez Quiñonez, Vicente Ernulfo Pinedo Manrique, César William Suárez Flores, José Eduardo Villena Vela, Carmen Rosa Velásquez Taboada, Luis Victoriano Pinto Campos, José Luis Cavassa Roncalla, José Oscar Benavides Hinostroza, Ernesto Víctor Hugo Portilla García, Hugo Víctor Laura Sebastiani, José William Ochoa Tuanama, Maribel Rosario Vásquez Aquino y Sandra Mónica López Valverde, por el delito contra la Tranquilidad Pública – contra la Paz Pública - asociación ilícita para delinquir, tipo agravado -, en agravio de la Sociedad; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

VI
Cohecho impropio

1. **La condición de funcionario público del agente, inherente al delito imputado, no puede generar una circunstancia agravante**

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N°1409-2010 - ANCASH

Ejecutoria del 7 de junio de 2011:

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Fiscal Superior, contra la sentencia de fojas cuatrocientos noventa y seis, del dos de diciembre de dos mil nueve, en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a CARLOS HUMBERTO MONTES LÁZARO por el delito contra la Administración Pública - delito cometido por funcionario público - Cohecho Impropio - en agravio del Estado (Ministerio del Interior); interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; con lo expuesto por el Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO, **Primero**.-AGRAVIOS: Que la Fiscal Superior, en su recurso de nulidad formalizado a fojas quinientos tres, cuestiona que la contraprestación indebida, requerido por el encausado, que da cuenta la imputación, se acredita con las declaraciones uniformes de Kuipler Ramírez Valenzuela, Juan Carlos Arroyo Campos, Manuel Malaquías Ramírez Valenzuela, quienes refieren haber escuchado del citado procesado la solicitud de entrega de dinero; y con la de Jacinto Arcadio Ramírez Arce, quien indicó que el monto requerido -trescientos nuevos soles- fue entregado al procesado CARLOS HUMBERTO MONTES LÁZARO, los días once y dieciocho de setiembre de dos mil cuatro, quien se valió de su condición de funcionario público, Sub Oficial Técnico -SOT- uno de la Policía Nacional del Perú, asignado a la comisaría de Chavín, de la provincia de Huari, encargado de la investigación de la denuncia penal presentada por la persona de Jacinto Arcadio Ramírez Arce, constituyéndose, de manera irregular a la ciudad de Huaraz, lugar distinto al de donde presta servicios, pues debió recibir las manifestaciones de los antes mencionados en la sede de la comisaría de Chavín o, fuera de dicha sede, con las formalidades que tal situación exige, hechos que configuran la existencia del delito y que acreditan la responsabilidad del procesado; **Segundo**: IMPUTACIÓN FISCAL.- Según la acusación de fojas

doscientos treinta y seis, se imputa al procesado CARLOS HUMBERTO MONIES LAZARO, el hecho de que a raíz de que le fue encargada la investigación respecto de la denuncia de Jacinto Arcadio Ramírez Arce, presentada en el distrito de Chavín, provincia de Huari, sobre la presunta comisión de los delitos de Lesiones, Robo Agravado, entre otros, en perjuicio de su persona, le ofreció al denunciante tomarle su manifestación y la de sus testigos en el lugar donde residían -Huaraz- lo que se efectivizó en el caso de Jacinto Arcadio Ramírez Arce y Manuel Malaquías Ramírez Valenzuela el día once de setiembre de dos mil cuatro; de Marcelino Gastulo Tamara Quispe, el día dieciocho del mismo mes y año: y, nuevamente del denunciante, en esta misma fecha, en calidad de ampliación. Que, para tal efecto, el procesado CARLOS HUMBERTO MONTES LAZARO concurrió al domicilio de Kuipler Ramírez Valenzuela, sito en Pasaje Huaraz Huayi s/n Huaraz, donde, usando la computadora personal de este, redactó en ella las diligencias realizadas, luego de lo cual solicite a la persona de Jacinto Arcadio Ramírez Arce le entregue la suma de trescientos nuevos soles que le permitieran sufragar los gastos que el viaje a la ciudad de Huaraz le había ocasionado para tomar dichas manifestaciones; **Tercero**: Que, previamente al examen sobre el asunto de fondo que promueve la recurrente, examinada la sentencia materia de grado, este Supremo Colegiado advierte que aquella infringiendo el principio acusatorio -expresado en los artículos doscientos veinticinco y doscientos setenta y tres del Código de Procedimientos Penales-, se apartó, sin fundamento alguno, de la calificación legal a que se contrae la acusación escrita -ver fojas doscientos treinta y seis- exposición de la misma -ver fojas trescientos setenta y ocho- y requisitoria oral del titular de la acción penal -ver fojas cuatrocientos ochenta y ocho y siguiente- (de las que subyace «el artículo trescientos noventa y cuatro» como el precepto penal finalmente invocado); adoptando, como premisa normativa de su análisis el «artículo trescientos noventa y cuatro, segundo párrafo del Código Penal» (sic) -ver fojas cuatrocientos noventa y seis y siguiente-; lo cual apareja un vicio insubsanable en la motivación de la recurrida, que conforme al artículo doscientos noventa y ocho inciso uno del Código Penal, merece su anulación; **Cuarto**: Que, sin perjuicio de lo expuesto, no puede soslayarse, empero, que según lo tiene establecido el Acuerdo Plenario número uno - dos mil diez /CJ-ciento dieciséis, del dieciséis de noviembre de dos mil diez, «... 6. la institución de la prescripción como está regulada en el artículo ochenta y ochenta y seis del Código Penal, es una frontera de derecho penal material que establece una autolimitación al poder punitivo del Estado, en tanto el proceso no puede tener una duración indefinida sobre situaciones jurídicas expectantes, pues ello vulneraría el derecho fundamental a la definición

del proceso en un plazo razonable. 7. El legislador al emitir la norma fija los límites jurídicos traducidos en el lapso de tiempo en el cual los delitos serán perseguibles y no deja éste a voluntad discrecional del órgano encargado de la persecución..... En tal sentido, en tanto el marco temporal de imputación se encuentra circunscrito a setiembre de dos mil cuatro - ver Segundo Considerando de la presente resolución- la norma¡ penal pertinente para el caso de autos es el artículo trescientos noventa y cuatro en su formulación primigenia, el que no diferencia supuestos de cohecho impropio en párrafos distintos y sanciona dicho delito con una cola pena no menor de dos ni mayor de cuatro altos -disposición que fue modificada por Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicado el seis de octubre de dicho año Consiguientemente, confrontando la data de los hechos incriminados (setiembre de dos mil cuatro) con el plazo extraordinario de prescripción -regulado en el artículo ochenta y tres del Código Penal- resultante de la pena máxima antes indicada pues su mitad: seis años, se comprueba que a la fecha de emisión de la presente Ejecutoria dicho plazo se encuentra vencido en exceso; debiendo añadirse, a mayor abundamiento que la agravante prevista en el artículo cuarenta y seis - A del Código Penal no es de recibo en el caso de autos, por dos motivos: uno, porque la condición de funcionario público del agente es inherente al delito imputado (delito contra la administración pública), y, por tanto, no puede generar una circunstancia agravante independiente; y dos, porque conforme lo tiene establecido el Acuerdo Plenario número cero ocho - dos mil nueve /CJ - ciento dieciséis (FJ doce) la calidad funcionarial del sujeto activo solo opera para efectos de la determinación de la pena, mas no para el cómputo de la prescripción; resultando, por lo demás, inoficioso abordar los argumentos de fondo esgrimidos por el recurrente -ver Considerando **Primero**-; Por estos fundamentos, declararon, de oficio, PRESCRITA la acción penal incoada contra CARLOS HUMBERTO MONTES LÁZARO por el delito contra la Administración Pública - delito cometido por funcionario público - Cohecho Impropio - en agravio del Estado (Ministerio del Interior; debiendo archivarse definitivamente el proceso, disponiendo la anulación de los antecedentes penales y judiciales generados a consecuencia de esta causa, de conformidad con el Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA

2. Construcción probatoria vía indiciaria - «Caso Tránsfugas»: EXP. N° A.V.05-2002

SENTENCIA - SALA PENAL ESPECIAL DE LA CORTE SUPREMA

Lima, primero de febrero de dos mil doce.-

VISTOS; en audiencia oral y pública, el juzgamiento incoado contra **EDILBERTO CANALES PILLACA y JORGE VÍCTOR POLACK MEREL,** acusados por los delitos contra la Administración Pública en la modalidad de Cohecho Pasivo Impropio y Receptación, en perjuicio del Estado.

Composición

La Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia de la República, está constituido por los Jueces Supremos Señores JOSUÉ PARIONA PASTRANA -Presidente y Director de Debates-, HUGO PRÍNCIPE TRUJILLO -como segundo Juez - y la señorita INÉS VILLA BONILLA -como tercera Juez-. Su conformación tiene como fundamento normativo los artículos ciento treinta y ocho de la Constitución Política del Estado, artículo treinta y cuatro, inciso cuatro del Texto Único ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo diez y once del Código de Procedimientos Penales.

Individualización de los acusados.

1.- EDILBERTO CANALES PILLACA, identificado con documento nacional de identidad número veintiún millones cuatrocientos tres mil ciento setenta y siete, natural de lea, departamento de lea, nacido el doce de junio del año mil novecientos cuarenta y cuatro, de estado civil casado, con seis hijos, con grade de instrucción superior, ocupación administrador, con domicilio en el Jirón Piura número quinientos sesenta, distrito de Miraflores, cuyas generales de ley obran en autos.

2.- JORGE VÍCTOR POLACK MEREL identificado con documento nacional de identidad número cero ocho millones doscientos sesenta y ocho mil trescientos cuarenta y cuatro, natural de Lima, provincia de Lima, departamento de Lima, nacido el cuatro de mayo del año dos mil novecientos cuarenta y ocho, de estado civil casado, con dos hijos, con grado de instrucción superior, ocupación empresario, con domicilio en Daniel Olaechea número doscientos veinticinco distrito de Jesús María, cuyas generales de ley obran en autos.

2.1.- PROCESO

A. DERECHOS DE LOS PROCESADOS

Durante la realización del juicio oral, iniciado el diecisiete de Julio de dos mil once, se ha observado los derechos de los acusados al debido proceso y a la tutela jurisdiccional establecidos por la Constitución Política del Estado Peruano, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás pactos de naturaleza análoga en los que el Perú es parte así como los contemplados en las leyes penales y procesales que rigen el presente proceso seguido en la vía ordinaria. Así mismo es de anotar que en la sesión de audiencia del diecinueve de Julio de dos mil once (folio treinta y ocho mil noventa y dos) se les exhortó a los acusados para que previa consulta con su defensa técnica evalúen la posibilidad de acogerse a la conclusión anticipada del proceso, manifestando cada uno a su turno, que son inocente de las acusaciones formuladas por el representante del Ministerio Público.

3.- ITINERARIO DEL PROCESO.

a.- Mediante sentencia obrante de fojas treinta y seis mil novecientos cincuenta y tres (tomo ciento once), su fecha tres de Junio de dos mil ocho, se **absolvió** a Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, Edilberto Canales Pillaca, Jorge Víctor Polack Merel, José Luis Elías Ávalos, Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, Jorge D'Acunha Cuervas, José León Luna Gálvez, Guido Carlos Pennano Allison y María del Milagro Huamán Lu, de los delitos contra la Administración Pública -cohecho pasivo impropio- y contra el Patrimonio -receptación- en agravio del Estado; asimismo a Víctor Dionisio Joy Way Rojas, Luz Filomena Salgado Rubianes y María del Carmen Lozada Rondón de Gamboa del delito contra el Patrimonio -Receptación- en agravio del Estado; y, **condenó** por unanimidad a Waldo Enrique Ríos Salcedo, Roger Luis Cáceres Pérez, Gregorio Ticona Gómez y Antonio Palomo Orefice, por los delito contra la Administración Pública -cohecho pasivo impropio-en agravio del Estado, y por mayoría por el delito contra el Patrimonio -receptación- en agravio del Estado, imponiéndoles pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente y bajo reglas de conductas e inhabilitación y se fijó en la suma de cien mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar en forma solidaria los condenados.

b.- Por Ejecutoria Suprema de fecha cuatro de mayo de dos mil nueve, se declaró **No Haber Nulidad** en la precitada sentencia, en el

extremo que condenó por unanimidad a Waldo Enrique Ríos Salcedo, Roger Luis Cáceres Pérez, Gregorio Ticona Gómez y Antonio Palomo Orefice, como autores de los delitos de cohecho pasivo/ impropio, en agravio del Estado; y por mayoría por el delito de receptación, en agravio del Estado; asimismo, se declaró **No haber Nulidad** en el extremo de la sentencia que absolvió por unanimidad de la acusación fiscal Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, José Luis Elias Ávalos, Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, Jorge D'Acunha Cuervas, José León Luna Gálvez, Guido Carlos Pennano Allison y María del Milagro Huamán Lu, de los delitos contra la Administración Pública -cohecho pasivo impropio- y contra el Patrimonio -receptación- en agravio del Estado; y, a Víctor Dionisio Joy Way Rojas, Luz Filomena Salgado Rubianes y María del Carmen Lozada Rondón de Gamboa del delito contra el Patrimonio -receptación- en agravio del Estado; y, declaró **nula en el extremo que absolvió por unanimidad a Edilberto Canales Pillaca y Jorge Víctor Polack Merel** de los delitos contra la administración Pública -cohecho pasivo impropio, en agravio del Estado; y contra el Patrimonio -receptación- en agravio del Estado; y mandaron que en este último extremo se realice un nuevo Juicio Oral por otro Colegiado y emita nuevo pronunciamiento.

c- Cabe precisar que el nuevo juzgamiento se llevó a cabo en audiencia pública con sesiones continuadas, en la forma y modo que aparecen en las actas de su propósito donde se procedió a examinar a los acusados, así como a los testigos, se oralizaron y se sometieron a debate diversas piezas del proceso, se escuchó las requisitoria oral del Ministerio Público, así como los alegatos del Procurador Público y de la defensa de los acusados, cuyas conclusiones se tienen a la vista, y de la autodefensa de los acusados, por lo que el estado del proceso es de expedir sentencia.

4.- HECHOS SUSTENTATORIOS DE LA ACUSACIÓN FISCAL

Los hechos que sustentan la pretensión del representante del Ministerio Público en relación a los delitos materia de acusación escrita de fojas veintinueve mil ciento noventa y tres a veintinueve mil doscientos noventa del tomo noventa y seis, ratificado en su requisitoria oral son los siguientes.

5.- MARCO GENERAL DE LA IMPUTACIÓN

De las investigaciones realizadas por el Congreso de la República y remitidas al despacho de la Fiscalía de la Nación se afirma lo siguiente:

a) Se imputa al ex - presidente de la República Alberto Fujimori Fujimiri, el hecho de que conjuntamente con su asesor y a la vez asesor del Servicio de Inteligencia Nacional Vladimiro Montesinos Torres, haber diseñado, planificado y dirigido el denominado «**Plan de Reclutamiento**», con el objetivo central de tener a cualquier costo, una «mayoría» parlamentaria, que se sometiera a los designios del Poder Ejecutivo, y que pudiera servir para controlar las actividades del Congreso de la República para de esta manera impedir la labor de fiscalización que le corresponde al Poder Legislativo.

b) Precisa, que es así como los ex - congresistas Roger Luis Cáceres Pérez (ya sentenciado), Ruby Consuelo Rodríguez de Aguilar, María del Milagro Huamán Lu, Enrique Ríos Salcedo, Juan Carlos Miguel Mendoza del Solar, Jorge D'Acunha Cuervas, José Luis Elias Ávalos, Jorge Víctor Polack Merel, Antonio Palomo Orefice, Edilberto Canales Pillaca, Guido Carlos Pennano Allison y José León Luna Gálvez (ya absueltos), recibieron de parte del ex asesor presidencial y ex - asesor del Servicio de Inteligencia Nacional, Vladimiro Montesinos Torres, diversas sumas de dinero, para que abandonen sus bancadas congresales de origen, por los cuales resultaron elegidos a cambio de recibir sumas de dinero, se integraran a las filas de la bancada oficialista del régimen presidido por Alberto Fujimori Fujimori y actuaron conforme a las instrucciones que les impartió Montesinos Torres, parlamentarios a los que se denominó congresistas tránsfugas.

c) Asimismo, que en dicha negociación en la mayoría de los casos, los Congresistas tránsfugas, suscribieron tres documentos: a) Carta de Renuncia a su partido de origen; b) Carta de afiliación o sujeción al partido de gobierno o carta de «Compromiso para apoyar al régimen de Fujimori Fujimori»; y c) Finalmente, un recibo por el dinero entregado, cantidad que recibían mensualmente de manos de Montesinos Torres.

d) Por ello, este Colegiado, analizará la participación de los procesados Jorge Víctor Polack Merel y Edilberto Canales Pillaca, por cuanto mediante Ejecutoria Suprema de fecha cuatro de mayo de dos mil nueve, se declaró nula la sentencia recurrida en el extremo que los absolvía de los cargos formulados por el Ministerio Público; y, mandaron que en este último extremo se realice nuevo juicio oral/por otro Colegiado y emita nuevo pronunciamiento.

IMPUTACIONES CONCRETAS

a) La acusación se sustenta en lo ya relatado y según el Ministerio Público que en la relación de «Congresistas tránsfugas», figuraba el

procesado EDILBERTO ANALES PILLACA, quien abandonó su agrupación partidaria de origen «Perú Posible», de abierta oposición, al gobierno de Fujimori, para integrarse a la agrupación congresal de la «Alianza Perú 2000»; cambio de bancada política que siguió el procedimiento que se aplicó en los casos anteriores, esto es Canales Pillaca, negoció y llegó a acuerdos con Montesinos Torres, en la reunión que sostuvieron en la sede del Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde suscribió os documentos que se preparaban en dicha sede, esto es, firmó un documento /de adhesión, renunciando a la lista de «Perú Posible», concurriendo al Servicio de Inteligencia Nacional en varias oportunidades, conforme relata en su instructiva relé fojas catorce mil noventa y cuatro *[tomo cuarenta y nueve); negando* haber recibido dinero por el cambio de su ubicación política; afirmación rebatida por la testigo, Matilde Pinchi Pinchi, en su declaración de fojas quince mil doscientos uno *[tomo cincuenta y cuatro)*, en la que sostuvo que Canales Pillaca concurrió al Servicio de Inteligencia donde se le pago diez mil dólares americanos; suma que se repetía mensualmente hasta el mes de setiembre del año dos mil, en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional e incluso precisó dicho testigo que el procesado acostumbraba concurrir a cobrar su pago mensual en horas de la tarde *[fojas quince mil doscientos dieciocho);* a lo cual debe agregarse la declaración de Merino Bartet, quien sostiene que elaboró en el Servicio de Inteligencia Nacional los tres documentos relacionados al cambio de bancada política del referido procesado Canales Pillaca, en su testimonial de fojas catorce mil setecientos cuarenta y dos *[tomo cincuenta y dos) y* en su declaración ante el Congreso a folios cuatro mil ochocientos ochenta *[tomo diecisiete);* asimismo exigió favores personales, como es la resolución de sus conflictos judiciales, ello según lo relata Pedro Arzaces Huertas Caballero, en su testimonial de folios catorce mil setecientos treinta a catorce mil setecientos treinta y ocho *[tomo cincuenta y dos).* En este caso fue en la sede del Servicio de Inteligencia Nacional donde Canales Pillaca suscribió la carta de renuncia a su partido de origen y la solicitud de afiliación al partido oficialista Perú 2000, percibiendo a cambio un beneficio pecuniario de diez mil dólares americanos, suma que se repitió mensualmente hasta el mes de setiembre de dos mil.

b) Por otro lado, señala el Ministerio Público que se imputa como un caso especial de resaltar la participación del procesado JORGE VICTOR POLACKMEREL, contactado y reclutado por Oscar López Meneses, y lo condujo a las oficinas del Servicio de Inteligencia Nacional, para entrevistarse con Vladimiro Montesinos Torres, con quien negoció

su adhesión al grupo parlamentario oficialista «Perú dos mil», a cambio de la suma de veinte mil dólares americanos y un pago mensual de diez mil dólares americanos. Asimismo, se le atribuye que recibió otras sumas de dinero, y por tanto sus visitas al Servicio de Inteligencia Nacional se hicieron cada vez más frecuentes, y por ende también periódicas eran las cifras de dinero que recibía: doscientos cincuenta mil dólares americanos ciento sesenta mil dólares americanos, cifra ésta última que solicitó para «equiparar» sus oficinas; entrega de dinero que se materializó en el despacho de la Jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional, lugar donde se filmó la reunión entre Kouri -Montesinos e incluso doña Matilde Pinchi Pinchi testificó que vio el video que registro dicha entrega de dinero y archivó los recibos que acreditan tal hecho, conforme consta a fojas catorce mil doscientos *[tomo cincuenta y cuatro)* y en la diligencia de confrontación de fojas veintidós mil cuatrocientos cincuenta y cinco *[tomo setenta y nueve).*

c) Por último, se sostiene que los hechos fueron corroborados y relatados al detalle por Matilde Pinchi Pinchi, precisando que vio muchas veces a los procesados Polack Merel y Canales Pillaca e incluso le consta que existe un video que se evidencia sus visitas reiteradas al Servicio de Inteligencia Nacional. Resaltando que el procesado Jorge Polack Merel, terminó por reconocer los dos documentos que en original obran a fojas veintidós mil ochocientos dieciocho y veintidós mil ochocientos diecinueve *[«Compromiso de Honor» y «Solicitud de Adhesión», del tomo ochenta y uno),* sosteniendo que los suscribió en su oficina y no en el Servicio de Inteligencia Nacional, como todo apunta a sostenerse, en realidad ocurrió.

Delimitación de Cargos

7. La Fiscalía en su acusación oral *[Sesión de inicio de audiencia pública del ocho de julio de dos mil once)* definió los alcances preliminares de su acusación, en base a la cual se concretó el curso del juicio, habiendo introducido el relato táctico que configurarían los delitos de Cohecho Pasivo Impropio y Receptación, a saber:

« Se imputa a los acusados Edilberto Canales Pillaca y Jorge Polack Merel haber sido objeto de reclutamiento por parte de Vladimiro Montesinos Torres para que ellos dejaran las bancadas por las que habían sido elegidos al Congreso a mediados del año dos mil, y se pasaron a la bancada oficialistas en ese momento, o sea al partido político de Alberto Fujimori Fujimori, y esto a cambio de una compensación económica que ya ha sido detallada profusa y untuosamente por parte del señor Procurador; y esta recepción de dinero se dio en las instalaciones

del Servicio de Inteligencia Nacional conforme a las testimoniales que también ha referido el representante de la Parte Civil al momento de sustentar la demostración de su daño económico; en esta medida también el Ministerio Público desea hacer presente lo siguiente, se ha hallado de parte de un Recurso de Nulidad de la Procuraduría en una estación anterior en este proceso penal, que hubo una contradicción lógica en el Colegiado que emitió la anterior sentencia, y ésta falta de congruencia lógica es exactamente los mismos argumentos que permitieron la condena de los otros procesados y que «el anterior Colegiado desechó diciendo que hacían insuficiencia probatoria; entonces tenemos un panorama que se deprende de los autos en los cuales los señores acusados admiten haber sido elegidos para el Congreso el año dos mil, que teóricamente iba a tener vigencia hasta el año dos mil cinco, por agrupaciones distintas al partido político oficialista en ese momento; ambos admiten haber pasado a integrar las filas del partido oficialistas y que en ciertos momentos acudieron a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, pero lo que niegan- y en esto las teorías del caso de la defensa y del Ministerio Publico se apartan- es que lo que haya causado este cambio de afiliación política fue por una compensación de índole económica; y sobre esto ello ha sido valorado por el anterior Colegiado, al momento de resolver la situación jurídica de los anteriores procesados, que halló en ello materia de condena, y sorprendentemente no hizo lo mismo con los señores acusados, y esto ha sido objeto de una nulidad de parte de la Sala Suprema, en tal sentido el Ministerio Público considera que es altamente probable que en este proceso se expida una sentencia condenatoria por la razón que expresa, ya que no hay otro factor que estos testimonios, y éstas declaraciones no han sido objeto de nulidad, no se ha declarado la nulidad de la condena de los acusados aquí presentes, se ha hallado que era correcta la actividad de prueba indiciaría, testimonial, y sobre esa base hubo condena ratificada por la Corte Suprema, como lo señalo la Procuraduría en su recurso de nulidad argumentando «a misma razón el mismo derecho» tendría que suceder lo mismo en el caso de los señores procesados».

8.- Posteriormente, en su requisitoria oral definió y delimitó los cargos en contra de s acusados Edilberto Canales Pillaca y Jorge Polack Merel en los términos que a continuación se detallan concretamente:

«Respecto al señor Edilberto Canales Pillaca el Ministerio Público ya sea por reconocimiento del propio acusado, y en su cargo por las actuaciones probatorias realizadas ha quedado establecido luego de

la etapa del juicio oral que dicha persona fue elegido congresistas por la agrupación política «Perú Posible», en abril del dos mil, a la cual renunció para luego adscribir a «Perú dos mil», bancada que ostentaba el Poder Ejecutivo fruto de esas elecciones. Agrega que ha visitado en varias ocasiones las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, así lo manifiestan en las declaraciones originarias de Matilde Pinchi Pinchi, Wilbert Ramos Viera, Rafael Merino Agüero, éste último incluso señaló que el ^acusado Edilberto Canales Pillaca fue a entrevistarse con Montesinos Torres; luego hay la sindicación que a éste se le llegó a pagar la suma de diez mil dólares mensuales entre junio y setiembre del dos mil, y sobre esto ha incidido la declaración originaria de Matilde Pinchi Pinchi, y un elemento circunstancial e indiciarlo, y es que el señor Merino Bartet en su declaración originaria señala que llegó a preparar un recibo para el acusado, recibo que si lo firmaba el señor Canales Pillaca iba a acreditar la recepción de este dinero, agregando que en su declaración originaria la señora Matilde Pinchi señaló que Montesinos Torres y poseía un fólder y documentos con datos del señor Canales Pillaca, dentro del cual estaba su carta de renuncia a su grupo parlamentario originario, su adhesión al grupo político oficialista y su compromiso de honor de adscribirse a dicha agrupación. Con relación al señor Jorge Víctor Polack Merel, sostiene también que él fue elegido en las mismas elecciones generales del año dos mil como Congresista por la agrupación política «Solidaridad Nacional», e igualmente renunció a ese grupo político y se adscribió a «Perú dos mil» para lo cual firmó dos documentos en tal sentido. Así también respecto al señor Polack Merel hay una concurrencia reiterada al Servicio de Inteligencia Nacional, y las declaraciones obrantes en autos de los testigos Mérito Bartet, Huertas Caballero, Arce Guerrero, quien incluso lo vio en una reunión con el señor Montesinos Torres y Alberto Kouri, sí también tenemos las declaraciones de Matilde Pinchi Pinchi, Mario Rafael Ruiz güero, donde se declara incluso que fue el señor López Meneses quien lo llevó al señor Polack Merel a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional para contactarlo con Montesinos Torres. Adicionalmente está la recepción de las cantidades ascendentes a doscientos cincuenta mil y ciento sesenta mil dólares americanos, suma última que habría pedido para equipar sus oficinas, hecho que es señalado en la declaración originaria de Matilde Pinchi Pinchi, que incluso fue objeto de confrontación, en la cual se ratificó esta sindicación. Por último, desarrolla algunas consideraciones jurídicas aplicables en común a ambos encausados, para luego indicar que estas mismas líneas de declaraciones de los

testigos que han declarado en el juicio oral sobre los mismos hechos, en este mismo contexto, con las mismas circunstancias ya han sido valoradas por otro Colegiado al emitir condena sobre Waldo Enrique Ríos Salcedo, Roger Luis Cáceres Peres, Gregorio Ticona Gómez y Antonio Palomo Orefice - *la sentencia del tres de junio de dos mil ocho, que fue confirmada por la Ejecutoria Suprema del cuatro de mayo del dos mil nueve-* pero hay un hecho significativo, y es que hay una 'contraposición en la valorización que hizo el Colegiado anterior sobre los condenados; por ello esta contraposición ha sido descartada y ha sido objeto de una sanción de nulidad por parte de la Ejecutoria Suprema; por tanto esta declaratoria de nulidad de la Corte Suprema nos indica que el hecho de haber hallado esta contraposición y el haber confirmado las condenas de Ríos Salcedo, Cáceres Pérez, Ticona Gómez y Palomo Orefice, que el razonamiento concreto aplicable consiste en valorar esta pruebas en el mismo sentido que se hizo para los condenados».

9. ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA INSTRUCCIÓN Y JUICIO ORAL

Que, este Superior Colegiado emitirá su pronunciamiento en torno a los parámetros establecidos en la acusación fiscal de fojas veintinueve mil ciento noventa y tres a veintinueve mil doscientos noventa del tomo noventa y seis, y la requisitoria oral respetando de esta manera los derechos procesales que la Constitución Política del Estado y la Ley garantizan a los acusados, más aún, si en ello reside la garantía de que toda persona en la que recae un cargo incriminatorio pueda orientar su defensa a partir de argumentos específicamente dirigidos a neutralizar dichas imputaciones, lo cual, no es obstáculo para que se valore referencialmente otras circunstancias manifiestamente relevantes sobre la conducta de los acusados. Por ello en atención a lo señalado en el artículo ^doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, que la sentencia que ponga término al juicio deberá apreciar la confesión del acusado y demás pruebas producidas en la audiencia, así como testimonios, peritajes y actuaciones de la instrucción, se detalla lo siguiente:

10. DE LA DECLARACIÓN DE LOS PROCESADOS

a) Del acusado Jorge Víctor Polack Merel, durante el Juicio Oral en las sesiones de audiencia de fechas veintidós de Julio y dos de agosto de dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil noventa y cinco a treinta y ocho mil ciento diez y treinta y ocho mil ciento trece a treinta y ocho mil ciento veinte y cuatro, sustancialmente ha sostenido lo

siguiente: (i) Fue elegido Congresista de la República por el partido «Solidaridad Nacional» en las elecciones del nueve de abril del dos mil, se aparta porque dicho partido político estaba desapareciendo prácticamente de la escena política y que por esa razón el día seis de julio del mismo año, envía una carta a Castañeda Lossio donde le manifestó que si no convoca a los Congresistas se apartaría del movimiento, lo que efectivamente ocurrió el once de julio y recepcionada al día siguiente, la prensa se entera el diecisiete de Julio saliendo la noticia en los diarios El Comercio y La República y se vuelve independiente, (ii) Luego de dicha renuncia no tenía comunicación con «Perú dos mil», pero es tentado por varios partidos políticos, entre ellos, «Perú dos mil», recibiendo la propuesta por parte de Oscar López Meneses, quien le fue presentado por Luis Gonzales Posada en una ceremonia; de ahí se hicieron amigos y luego se encontraron en el CAEM, donde estudiaron un año, y como él era hijo político del General Malea, de ahí era la relación que López Meneses tenía con Montesinos Torres, (iii) Añade que cuando habló con Oscar López Meneses, sobre su eventual incorporación al partido de gobierno, le señaló que al afiliarse a «Perú dos mil», exigió que sus condiciones eran, que se respete su libertad de expresión, pues se hablaba mucho que se les manejaba por beeper, y que se le debía considerar en la Comisión de Relaciones Exteriores, ya que veía que era la única Comisión con la cual podía tomar contacto con organismos internacionales, pues mantenía una lucha contra una persona que en ese momento estaba detenida por tráfico ilícito de drogas, ya que pensó que desde esa posición podría tomar contacto con organismos internacionales y continuar su lucha contra el narcotráfico, tarea que habría emprendido mucho años atrás, pagando a integrar la Vice presidencia de dicha comisión, agrega que su pase al oficialismo se formalizó después del diecisiete de Julio. Respecto a las dos cartas que firmó manifestó que al leerlas no le encuentra absolutamente ningún delito, no hay nada, en las cartas no se dice que va a conseguir un beneficio económico, pero si hay alguna duda, los puestos en las comisiones son Ad Honorem, es parte del trabajo parlamentario, no se gana con eso, o sea que no hay nada que se pueda ganar con esas cartas que él mismo las presentó en el anterior juicio, desprendiéndose de las originales para dárselos a López Meneses y él las llevó donde Montesinos Torres, de quién tenía referencia era el asesor principal del Presidente de la República. Posteriormente concurre al Servicio de Inteligencia Nacional se entrevistó con Montesinos Torres en una sola oportunidad, pero encontrándose presente López Meneses, donde se

habló de política en general, ya que aplaude lo que está bien y critica lo que está mal, pero nunca recibió de Montesinos Torres alguna indicación de cómo el grupo iba a tomar decisiones, puesto que las mismas se discutían en el «plenito», que se realiza en un salón del Congreso o a veces en el Servicio de Inteligencia Nacional, **(iv)** Refiere que cuando concurría al Servicio de Inteligencia Nacional, era recibido por los capitanes Mario Ruiz Agüero y Wilbert Ramos Viera, siendo llevado a una salita de espera, pero que no conoce a la señora Matilde Pinchi Pinchi, quien miente obre las imputaciones que le formula en su contra; tampoco conoce a Huertas Caballero y Merino Bartet. Respecto a su situación económica, afirma que tiene deudas aunque no son tan grandes, no tiene bienes propios sino de sociedad y presas, que las transferencias de acciones de radio «Libertad» fue posterior del año dos mil dos, pero no está seguro; señala que cuando se reunió con Vladimiro Montesinos y López Meneses, no hubo ofrecimiento de ninguna índole, puesto que ya había firmado las cartas, no se insinuó cumplir función alguna, puesto dentro de la bancada lo único que quería era cumplir como congresista, habiéndose reunido con la bancada oficialista numerosas veces, incluso en su casa hubo una reunión social, la cual fue pagada con su peculio y que Vladimiro Montesinos Torres nunca le ofreció o insinuó pagos de dinero, **(v)** Se afilió a la agrupación de «Perú dos mil» porque era en la que sus proyectos iban a caminar, porque en las otras por más que luche no tenían votación. Agrega que en la conversación con Montesinos Torres nunca se tocó ningún tema al trabajo congresal, solo era para conocerlo personalmente, ya que en ese momento trabajaba en «Radio Libertad» que era crítico duro al gobierno, lo que llevó incluso a tener confrontaciones contra otra gente, pero nunca cambió la línea radial. En cuanto a lo manifestado por Matilde Pinchi, de haberse beneficiado con resolución de procesos judiciales ante la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, es mentira, ya que problemas judiciales sí tenía, los que se-resolvieron unos en el año dos mil cuatro, otros el dos mil seis, inclusive en el dos mil siete, posteriores a cuando estuvo en política, pero ninguno fueron solucionados o archivados durante su período congresal; además, en autos existe prueba que Maltide Pinchi miente, ya que ella dijo ante la Fiscalía que en el Congreso mintió porque no se sentía segura, luego en la Fiscalía manifestó que iba en el mes de abril a las Instalaciones de Inteligencia Nacional, lo cual es falso, ya que en ese mes no era congresista y por tanto no podía ir a ningún sitio porque todavía no había terminado el conteo de votos, el cual acabó en mayo, entonces mal puede afirmarse

que en ese tiempo ya era congresista. En cuanto a los copias de las cartas de adhesión a «Perú dos mil», éstas tienen fecha julio del año dos mil, lo cual constituye una prueba más que la señora estaba mintiendo. Además, en el careo que hubo en la visita al Servicio de Inteligencia Nacional la testigo Matilde Pinchi termina diciendo que ella entrego ciento sesenta mil dólares americanos, luego dice que vio cuando fue entregado, y al final termina diciendo que no está segura si era su persona o el señor de apellido Faisal, aparte hay una sentencia por falsedad genérica, **(vi)** También manifiesta que es mentira que recibió ciento sesenta mil dólares americanos para que equipe una oficina cercana al Congreso, ya que fue revisado desde la Comisión del Congreso y nunca encontraron ninguna propiedad, menos alguna cercana a una empresa suya que este por el centro de Lima, cuyo dicho no responde a la lógica por cuanto con ese dinero compraba el edificio entero y en cuanto amortiguo sus deudas con ese dinero también es falso. Para la elección de la Mesa Directiva, votó a favor de la censura y que en su enfrentamiento con la Mesa Directiva el día veintitrés de setiembre del año dos mil, fue separado del grupo parlamentario Fujimorista mediante comunicación escrita que le hizo llegar Martha Chávez, Rolando Reátegui y Andrés Reggiardo. **(vii)** Respecto al interés de estar en la Comisión de Relaciones Exteriores, era por cuanto venía desde hace mucho tiempo luchando por el tema de Aerocontinente desde cuando no era congresista y no sabía que iba a estar en política, ya que había viajado a Chile y se entrevistó con un diputado Chileno que manejaba la comisión de drogas, entonces, para seguir esa lucha internacionalmente tenía que integrar la Comisión de Relaciones Exteriores, siendo el caso que ganó el señor Tudela por la Agrupación «Perú dos mil», y quedo como Vicepresidente de dicha comisión. Indica que el Compromiso de Honor y la carta dirigida al Presidente de la República, son uso y costumbres de las agrupaciones políticas, y que le fue llevada ya redactadas y firmadas el mismo día en su oficina.

b) Del acusado Edilberto Canales Pillaca, durante el Juicio Oral en las sesiones de fecha doce y diecinueve de agosto del año dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil ciento veinte y seis a treinta y ocho mil ciento treinta y treinta y ocho mil ciento sesenta y tres a treinta y ocho mil ciento setenta y nueve, ha manifestado lo siguiente: **(i)** No conoce a Pedro Huertas Caballero, desconociendo que Montesinos Torres le haya entregado a dicho señor una relación de juicios pendientes de sus empresas para posterior gestión, tampoco conoce a Matilde Pinchi, Ruiz Agüero y Ramos Viera, pero afirma que el hecho que la alcaldesa Delia Vergara haya concurrido a su

oficina, para asuntos de ayuda social, no quiere decir que la conozca. **(ii)** Nunca se ha reunido en privado con Montesinos Torres cuando acudía a las instalaciones del Servicio de Inteligencia, sino que simplemente lo ha saludado, desconociendo el motivo porque Ramos Viera sostenga lo contrario. La carta de incorporación a «Perú dos mil» y el Compromiso de honor, la firmó en el Palacio de Gobierno, luego de haber asistido a una reunión con el Ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, quien lo felicitó por haber salido elegido Congresista y ser una persona independiente, aclarando que llevó uno de los documentos, pero como se le mostró otros documentos redactados, guardó el suyo y firmó los que le fue entregado en Palacio de Gobierno en presencia del Ex Presidente Alberto Fujimori. Agrega, que no conoce al señor Rafael Merino Bartet, desconociendo quien haya redactado dichos documentos, pero no ha firmado recibo alguno ni tampoco ha recibido nada y que el Ex Presidente de la República concurrió a dos reuniones donde él asistió, pero como no concurrió a la tercera, se retiró. **(iii)** Es elegido Congresista de la República en las elecciones del año dos mil, por la agrupación política «Perú Posible», a la cual renuncio en junio del dos mil, por discrepancias con el señor Toledo y su directiva ejecutiva, luego se apartó de su agrupación política y se pasó a «Perú dos mil» y cuando se destapa el video de Kouri-Montesinos se retiró del oficialismo, al cual ingresó a través de una invitación del señor Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori, a quien conoció por los acontecimientos del río lea y la corriente del Niño, ocurrido en el año mil novecientos noventa y nueve, concurriendo varias veces al Servicio de Inteligencia Nacional, la primera vez para la presentación de los colegas de la bancada del oficialismo y un almuerzo de confraternidad, no conociendo por qué motivo los congresistas se reunían en el local del Servicio de Inteligencia Nacional, en las cuales se trataban asuntos del desenvolvimiento congresal para el desarrollo de la Patria, **(iv)** Refiere *que* no conoce a Matilde Pinchi, por ello no se explica que haya sostenido que recibió dinero para pasarse a la filas del fujimorismo, lo cual le acarreó mucho daño a su persona y familia, ya que es una persona conocida como ganadero a nivel nacional y eso lo ha desprestigiado y traído duda con sus amigos, tampoco conoce a María Angélica Arce Guerrero, Wilbert Ramos Viera y Mario Rafael Ruiz Agüero; en cuanto a Delia Vergara no la conoce, pero si conversó con ella, ya que fue a su centro de trabajo en Villa María del Triunfo, donde se vende pescado, pidiendo apoyo para los comedores populares, conociéndola como autoridad pero no como amistad, desde esa fecha no se volvió a comunicar con

ella ni trato asunto alguno. Reconoce que firmó un compromiso de honor y una solicitud para incorporarse a la agrupación fujimorista; sin embargo ha votado por la censura a la mesa Directiva del Congreso, presidida por Martha Hildebrant,(v) No ha recibido dinero mensual a cambio de su traslado de bancada, imputación que fue la desgracia para su empresa Seragrosa porque esa compañía se dedicaba a la ganadería, viajando por todo el País, pero luego en todas partes fue marginado, dado que la gente desconfiaba y no quisieron darle crédito, quebrando la empresa que era de los hermanos Canales. Reitera que se afilió al Oficialismo por una invitación del Ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, pero que no era un congresista «topo», ya que era libre, independiente, activo y siempre ha votado por las normas que favorecían al País, agrega que no recibió instrucciones de nadie para redactar el documento que llevó a Palacio de Gobierno, ya que como militante del Partido Popular Cristiano sabe redactar documentos de tal índole, por lo demás, éste documento se lo guardó porque le fue entregado otros que tenían preparado y que los firmó en la Secretaría de Palacio de Gobierno.

11. DE LA DECLARACIÓN DE LOS TESTIGOS

a) De la testigo María Angélica Arce Guerrero, durante el juicio oral en la sesiones de audiencia de fecha uno, seis y trece de setiembre del año dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil doscientos uno a treinta y ocho mil doscientos seis, treinta y ocho mil doscientos doce a treinta y ocho mil doscientos veinticuatro, sustancialmente manifiesta lo siguiente **(i)** No conoce ni tiene vínculo alguno con los procesados Polack Merel y Canales Pillaca, pero si tomo conocimiento que fueron congresistas en el año dos mil, época en la cual trabajaba para el ex asesor Montesinos Torres, pero dado el transcurso del tiempo no puede negar o afirmar si su jefe en algún momento mencionó a los precitados procesados. Agrega que por orden del ex asesor ha preparado sobre con dinero para ser entregados a personas, en algunas oportunidades los entregaba personalmente y en otras se usaba como intermediario al señor Malea Guisado, según lo encomendado por Montesinos Torres, recordando que no hubo diskett, pero sí redactó modelos de carta de renuncia y adhesión para los señores Cáceres, una señora de apellido Aguilar y un tal señor Ávalos, pero no recuerda si preparó dichos documentos para los procesados Polack Merel y Canales Pillaca, ya que una vez redactado los documentos se los entregaba a Montesinos Torres y no sabía más de ellos, no recordando si los procesados concurrieron al Servicio de Inteligencia Nacional, **(ii)** Sólo tenía una

relación de personas que Montesinos Torres le indicaba y que se hacía mes a mes, pero recuerda que no había ningún congresistas, desconociendo de pagos, ya que nunca se comentaba ello consigo; que fue el señor Merino Bartet, quien hizo las cartas de adhesión y renuncia, los cuales se tipeaban e incluso tenían los nombres en blanco y la fecha, luego venía Montesinos Torres y solicitaba que se lo tipearan, ya que estaban grabado en la computadora y lo único que se hacía era poner el nombre y la fecha. Aclara que nunca ha hecho un sobre para ser entregado a los procesados Polack Merel y Canales Pillaca, a los cuales no los ha visto en las instalaciones del Servicio de Inteligencia, ni tampoco ha visto personalmente o través de un video a Canales Pillaca recibiendo dinero del ex asesor Montesinos Torres.

b) **De la testigo Matilde Pinchi Pinchi,** durante el juicio oral en las sesiones de audiencia del seis y trece de setiembre del año dos mil once, la cual obra de fojas treinta y ocho mil doscientos doce a treinta y ocho mil doscientos veinte y cuatro y treinta y ocho mil doscientos veinte y ocho a treinta y ocho mil doscientos cincuenta y tres, sustancialmente manifiesta lo siguiente: **(i)** Laboró en el Servicio de Inteligencia Nacional desde mil novecientos noventa y ocho hasta setiembre del año dos mil, despeñándose primero en asuntos personales del señor Montesinos Torres, luego se hizo cargo del ingreso y egreso del dinero que entregaban a él; que conoce a los procesados Canales Pillaca y Polack Merel, el primero concurrió a mediados de abril del año dos mil, al Servicio de Inteligencia Nacional en el tiempo que se estaba recolectando a las personas a fin de que el partido político de Fujimori tenga mayoría en el Congreso, llegando acompañado de la señora Delia Vergara y Elias Avalos. **(ii)** El trato con Canales Pillaca fue por diez mil dólares mensuales, que se llegó a cumplir, pero que no entregaba personalmente, sino que preparaba los sobres por órdenes de Montesinos Torres, y se los entregaba a él, para que hiciera la entrega y luego le traía los recibos de los diez mil dólares firmados, desconociendo de algún problema de carácter judicial o económico que motivó a Canales Pillaca a pedir algún favor por su pase al oficialismo. Agrega que Montesinos Torres le hizo preparar sobres con ochenta mil dólares para devolverle a Polack Merel lo que había gastado en campaña electoral, posteriormente fueron doscientos cincuenta mil dólares para el pago de sus deuda y ciento sesenta mil dólares era para arreglar su oficina que quedaba cerca del Congreso, en esta entrega última estuvo presente en el privado de Montesinos Torres, **(iii)** Respecto al destino de los documentos, luego del video

Kouri-Montesinos, hubo la orden de poner en una maleta los recibos y los fólder de todos los Congresistas que fue entregada a la hermana de Montesinos Torres y los videos se puso en otra maleta que se llevó Huamán Azcurra, posteriormente se enteró que los recibos fueron comprados o vendidos, pero no sabe por quién, agregando que si habían videos de los procesados Polack Merel y Canales Pillaca. **(iv)** En cuanto al motivo que no consignó en el listado que hizo ante la Comisión Estrada la entrega de dinero a nombre de Canales Pillaca, no lo sabe, pero se ratifica en sus declaraciones que viene efectuando hasta la fecha, pero nunca ha visto a éste Congresista recibir dinero del ex asesor Montesinos Torres, ni tampoco en su presencia se entregaba dinero a los Congresistas, ya que la entrega se hacía en las oficinas del almirante Rozas. Indica que Montesinos Torres le hacía preparar las entregas y se las devolvía, pero no ha visto personalmente que se haya entregado, por ello no puede precisar si las firmas y huella digitales contenidas en los documentos sean auténticas, dado que su trabajo no era verificar firmas, pero se reafirma que vio el ideo cuando Canales Pillaca está firmando algunos documentos y después viene Montesinos Torres a entregárselo para que guarde su file, **(v)** Agrega que cuando se le entregó ciento sesenta mil dólares a Polack Merel, estaba en el dormitorio observando cómo Montesinos Torres realizada la entrega en su privado, pero del resto del dinero no puede precisar, por cuanto no le consta.

c) Del testigo Pero Arzaces Huertas Caballero, quien durante el juicio oral en las sesiones del trece de setiembre del año dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil doscientos veintiocho a treinta y ocho mil doscientos cuarenta y cuatro, sustancialmente manifiesta lo siguiente: **(i)** Laboró en el Servicio de Inteligencia Nacional desde el primero de junio de mil novecientos sesenta y nueve hasta el veinte de setiembre del dos mil, pero los últimos años fue Jefe de la oficina Técnica de Asesoría Jurídica, no ha visto en dichas instalaciones al procesado Polack Merel, pero Montesinos Torres le comentó que había tenido reuniones con dicha persona, no sabe de entrega dinero a los Congresistas, ya que fue comentarios que hizo Montesinos Torres en el sentido que a unos congresistas que estaban pasándose a las filas del oficialismo se les entrega dinero. Agrega que tampoco vio al señor Canales Pillaca en el Servicio de Inteligencia Nacional, pero que su presencia fue comentada por Montesinos Torres, inclusive le entrego la relación de algunas empresas, señalándole que estaban relacionadas con el señor Canales Pillaca, pero no le consta que éste le haya

entregado dicha relación. **(ii)** El formato de los documentos fue redactado por el señor Merino Bartet, por indicación del ex asesor Montesinos Torres, pero el nombre quedaba en blanco, no conociendo qué personas firmaron esos documentos. Agrega que no ha indagado, gestionado o realizado algún trámite respecto a juicios de los procesados Canales Pillaca y Polack Merel, en lo que respecto al fólder que le fuera entregado, no era tal sino una hoja donde se señalaba número de expediente, nombre de las empresas y el proceso en trámite del señor Canales Pillaca, pero que no tenía ninguna firma o nombre, desconociendo si dichos procesos estaban en trámite o ya concluido, pero en el caso específico de las empresas de Canales Pillaca no hizo ningún trámite, ni tampoco le fue solicitado dicha relación en el lapso que quedó del gobierno, **(iii)**. No podría referir a ciencia cierta si los procesos que le señaló Montesinos Torres y se consignará en una hoja corresponde realmente a Canales Pillaca, puesto que no ha visto que éste se lo maya entregado al ex asesor, y por otro lado en esa relación no estaba el nombre de Canales Pillaca, además no conocía las empresas, ni conocía si estaban en trámite o eran procesos terminados, esta situación nunca se dio con el procesado Polack Merel, ya que tampoco preparó algún recibo o documento relacionado con ésta persona.

d) Del testigo José Villalobos Candela, durante el juicio oral en la sesión de audiencia de fecha veinte de setiembre del año dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil doscientos cuarenta y cinco a treinta y ocho mil doscientos cincuenta y tres (tomo ciento tres), señala lo siguiente: **(i)** Cumplía funciones de Director Técnico de la Oficina Técnica de Administración del Servicio de Inteligencia Nacional desde marzo de mil novecientos ochenta y nueve hasta los primeros días del dos mil uno, conoce a Montesinos Torres, a quién le entregaba dinero por órdenes del Jefe del servicio de Inteligencia Nacional y provenía del Tesoro Público, del presupuesto de la Nación, dinero que era destinado para actividades de inteligencia, pero nunca ha visto a Congresistas en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional. **(ii)** Asimismo, entregó dinero a la señora Matilde Pinchi una vez, por orden de Montesinos Torres, éste le recibió el dinero, firmó un recibo y llamó a la señora a fin de entregarle el dinero, lo cual fue como tres veces, pero a la señora Arce Guerrero nunca le dio dinero, **(iii)** Agrega, que Montesinos Torres firmaba los recibos con la denominación reserva uno y reserva dos, que a su vez era entregado al Jefe del Servicio de Inteligencia Nacional y finalmente agrega que no conoce al procesado Canales Pillaca.

e) **Del testigo Humberto Rozas Bonuccelli,** quien durante el juicio oral en la sesión de fecha veintiséis de setiembre del dos mil once, la cual obra a fojas treinta y ocho mil doscientos sesenta y tres a treinta y ocho mil doscientos sesenta y nueve, señala lo siguiente: **(i)** Conoció a Montesinos Torres cuando era su jefe en el Servicio de Inteligencia Nacional, quién se le acercó y le manifestó que era el l asesor principal del Servicio de Inteligencia Nacional y asesor principal del Ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori y que era el nexo con el Presidente de la República para todas las disposiciones que emanarán. Recuerda que al procesado Polack Merel lo vio en una o dos ocasiones en las instalaciones del servicio de Inteligencia Nacional, pero no recuerda haber visto al señor Canales Pillaca. **(ii)** Conoció a la señora Matilde Pinchi, quien no pertenecía al Servicio de Inteligencia Nacional, pero tenía un contrato directo con Montesinos Torres, como secretaria, conjuntamente con la señora Arce Guerrero y los capitanes Ramos Viera y Ruiz Agüero, por comentarios tenía conocimiento que se entregaba dinero a Congresistas, pero que no llegó a constatarlo ni verificarlo. Agrega que Pedro Huertas Caballero era asesor en asuntos legales del Servicio de Inteligencia Nacional, era nombrado y cobraba sus haberes a través de planilla; además, tenía su oficina en la Alta Dirección que la compartía con el doctor Rafael Merino Bartet. Respecto al reclutamiento de Congresista era lo que comentaba Montesinos Torres, en el sentido de requerir de un mayor número de congresistas para que el oficialismo tenga mayoría en el Congreso, esto era como un transcendido del propio Montesinos Torres que lo comentaba con otras personas.**(iii)** No solo el procesado Polack Merel concurrió al Servicio de Inteligencia Nacional, sino que también hubieron otros congresistas que fueron haciendo antesala para entrevistarse con Montesinos Torres, no pudiendo precisar las fechas, ya que dichas reuniones se realizaban a puertas cerradas y en las cuales no participaba.

f) **Del testigo Wilbert Ramos Viera,** quien durante el juicio oral en la sesión de audiencia de fecha cinco de octubre del dos mil once, la cual obra a fojas treinta y ocho mil doscientos setenta y ocho a treinta y ocho mil doscientos ochenta y cuatro (tomo ciento trece), señala lo siguiente: **(i)** Es mayor del Ejército Peruano y ha trabajado en el Servicio de Inteligencia Nacional desde mil novecientos noventa y cinco hasta setiembre del dos mil, laboró en la Dirección de Informática Electrónica, en ese entonces a cargo del comandante Huamán Ázcurra, luego fue designado a laborar como secretario del

ex asesor Montesinos Torres, cuya función entre otras era recibir las visitas, anunciarlas y despedir a los visitantes que concurrían a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional. *ii)* Llegó a ver en dos oportunidades al señor Polack Merel en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, en una ocasión estuvo acompañado de López Meneses, conjuntamente con Montesinos Torres; y la otra oportunidad estuvo junto a otros congresistas. Agrega que la señora Matilde Pinchi permanecía en el despacho de Montesinos Torres, era la encargada de prepararle la ropa, alimentación y limpieza doméstica. También vio al señor Canales Pillaca en dos oportunidades en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, pero junto a congresistas. No recuerda si existía algún fólder o archivo de los congresistas que visitaban a Montesinos Torres y desconoce si éste se reunió con el procesado Canales Pillaca; también desconoce las funciones que cumplía Merino Bartet; además, nunca ha preparado algún sobre con dinero para éste procesado ni vio que se le haya entregado dinero alguno, **(iii)** Cuando venían visitas para Montesinos Torres todas las oficinas, incluidas las del jefe y sub jefe del SIN se cerraban y nadie podía asomarse o desplazarse, ni siquiera el jefe del SIN, se cerraba su puerta, no podían salir ni Arce Guerrero ni Matilde Pinchi, luego de terminada la visita Montesinos Torres autorizaba la salida del personal a los pasadizos. Agrega que no vio a los procesados Canales Pillaca y Polack Merel en la oficina de Montesinos Torres, sino la vez que se reunió el segundo junto a López Meneses y Montesinos Torres, ha sido en uno de los ambientes de la Alta Dirección, ni tampoco vio que se le haya entregado sobre alguno de los cesados mencionados.

g) Del testigo Luis Fernando Bueno Quino, quien durante el Juicio Oral en la sesión de audiencia de fecha veintiuno de octubre del dos mil once, obrante a fojas treinta y ocho mil doscientos noventa y cuatro a treinta y ocho mil trescientos, señala sustancialmente lo siguiente: **(i)** Fue abordado por un enviado del ex asesor Montesinos Torres con la finalidad de que concurra a las instalaciones del servicio de Inteligencia Nacional, donde se le pretendió sobornar para su pase a las filas del oficialismo, lo cual no lo aceptó, dando por concluida la reunión, y se retiró del lugar, **(ii)** Postuló al Congreso y salió electo, pero no renuncio previamente al cargo de Alcalde, por cuanto por ese entonces la ley lo permitía. Agrega que después de un incidente desagradable, que tuvo al concurrir a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional, no concurrió más a dicho lugar, pero que no vio en dicho local a los procesados Canales Pillaca y Polack Merel.

h) Del testigo Rafael Merino Bartet, quien en durante el Juicio Oral en la sesión de audiencia de fecha veinticuatro de noviembre de dos mil once, la cual obra a fojas treinta y ocho mil trescientos veinte y cinco a treinta y ocho mil trescientos treinta y siete, señala concretamente lo siguiente: **(i)** Trabajó en el Servicio de Inteligencia Nacional diez años antes que llegara el ex asesor Montesinos Torres, quien oficialmente era un asesor político igual que su persona y que elaboró cartas de renuncia de congresistas a sus partidos de origen, cartas de adhesión al partido fujimorista y recibos en blanco por una determinada cantidad de dinero, puesto que Montesinos Torres le comentó que Alberto Fujimori le habría indicado que necesitaba conseguir ocho o diez congresistas para consolidar una mayoría congresal. En un principio el ex asesor Montesinos Torres comentaba que ya tenía a tal o cuál congresista, pero después ello se desbordó e incluso los capitanes que ayudaban al ex asesor o su secretaria hacían formatos o recibos, ya que habían varios congresistas que pretendían pasarse al oficialismo, **(ii)** No ha conocido personalmente a ninguno de los congresista, menos a los procesados Canales Pillaca y Polack Merel, al único que conoce es al señor Guido Pennano Allison, con quien le une amistad de más de treinta años, pero confirma que los procesados citados se encuentran en la lista que elaboró, no llegó a conocer cuánto dinero recibieron, pero tiene conocimiento que eran sumas variadas. Agrega que Montesinos Torres era muy reservado de sus cosas, pero que los formatos llenados y firmados eran guardados por Arce Guerrero, asimismo no le consta que los formatos que elaboró fueran usados por los procesados Canales Pillaca y Polack Merel, deduciendo que si aparecen en la lista es porque ellos lo han utilizado. Agrega que redactó los documentos; después al final cuando ya se hizo un reajuste para saber quiénes eran, ya que Montesinos Torres se veía agobiado por los pedidos y presiones que [ejercían sobre él, es que se hizo la relación y confirmé que eran diecinueve Personas, reconoce que los documentos suscritos por Canales Pillaca son el tipo de documentos que elaborará, pero que desconoce los aspectos económico del Servicio de Inteligencia Nacional, **(iii)** Que para la recopilación de los nombres de los diecinueve Congresistas que elaboró en su lista, la información la recolectó preguntando a distintas personas, pero que no necesariamente vio recibos firmados de todos, sino de algunos nomás, pero el resto fue información que se le proporcionó, respecto a Polack Merel para consignarlo en su lista no ha visto documento suyo, ya que no lo conoce; de igual manera no vio

los tres documentos con el nombre de Canales Pillaca, debidamente firmados, ni tampoco Montesinos Torres le señaló el caso específico de alguna persona a quien le haya entregado dinero, tampoco le mencionó ningún nombre, sino que era presionado no solo para que solucionará problemas judiciales, sino también policiales, políticos y de otro orden. Agrega que la señora Matilde Pinchi era una persona de confianza de Montesinos Torres.

i) Del testigo Vladimiro Montesinos Torres, quien durante el juicio oral en la sesión de audiencia de fecha primero de diciembre del dos mil once, que obra a fojas treinta y ocho mil trescientos setenta a treinta y ocho mil trescientos ochenta, sustancialmente señala lo siguiente: **(i)** Conoció al procesado Polack Merel en Julio del dos mil, cuando fue traído a su despacho por el señor López Meneses, ya que había renunciado a su agrupación política y le era imprescindible que conversarán a efectos de que pase a las filas del oficialismo, pero que no hubo ningún condicionamiento, en el proceso de conversación él expresaba que quería mantener su libertad de expresión o comunicación al interior del Congreso, de acuerdo a lo que él creyera conveniente; pero tenía interés en integrar la Comisión de Relaciones Exteriores. Agrega que dicho procesado firmó un compromiso de honor y una carta dirigida al Ex Presidente Alberto Fujimori Fujimori, lo cual siempre se acostumbraba en la bancada oficialista, o sea que era una costumbre de los partidos políticos en la década de los noventa, pero no sabe el destino de los documentos, ya que los dejó en las instalaciones del servicio de Inteligencia Nacional, **(ii)** Reitera que el procesado nunca le planteó un requerimiento, sino que hubo una conversación o planteamiento, pues requerimiento es una exigencia, y a su persona no hubo exigencia de ninguna naturaleza, ni tampoco se le pidió dinero o vehículos. Indica que ha desinformado a la señora Matilde Pinchi, lo cual es una técnica de inteligencia que se utiliza para desinformar a las personas, es un procedimiento usual, un protocolo vigente de cualquier organismo de inteligencia del mundo, por ello nunca le mencionó a dicha señora que le había entregado dinero al procesado Polack Merel. También señala que el procesado Canales Pillaca fue traído por la señor Delia Vergara, y no por el Congresistas Elias Ávalos; agrega, que la señora Matilde Pinchi no desempeñaba ninguna función en el SIN, ya que era la encargada de la limpieza, aseo de su ropa, alimentación y cosas domésticas, pero nunca ha presenciado as reuniones que sostenía con sus invitados, teniendo como secretaria a la señora Arce Guerrero,**(iii)** Nunca ha

entregado dinero al procesado Canales Pillaca por su pase al oficialismo, pero si recuerda que le entregó una hoja donde figuraba unos números de expedientes, además que consignaban nombres de personas jurídicas, que lo entregó al señor Huertas Caballero, para que si en algún momento se lo pidiera, lo transmitiría para que se haga la averiguación o se viera, pero en las reuniones que tuvieron con el grupo parlamentario, el citado procesado le hizo referencia a la hoja que le dejó, y al salir el video de Kouri, ya río hubo oportunidad que se hiciera gestión alguna, (iv) La señora Matilde Pinchi estaba ubicada en su dormitorio, pero no podía presenciar las reuniones que astenia con sus invitados, porque de acuerdo a la configuración de la estructura del edificio, desde su dormitorio e incluso desde la oficina que ocupaba no había visión al pasadizo, a las oficinas o ambientes que estaban en el pasadizo, ya que era perpendicular, y desde la oficina de los secretarios tampoco había visión, por ello es imposible que la señora Matilde Pinchi haya visualizado sus reuniones desde su dormitorio, ya que había dispositivo electrónico por el cual la puerta estaba abierta o totalmente cerrada, pero nunca semiabierta, porque automáticamente se cerraba la puerta, (v) Refiere que la señora Matilde Pinchi es una mitómana, ya que no es cierto que le entregó un sobre conteniendo doscientos mil dólares para entregado al procesado Polack Merel, siempre la señora dice mentiras ahí se encuentra los casos de SITRAMUN y del señor Jalilie, y razón ha sido obtener el beneficio de la colaboración eficaz. Agrega que el señor Merino Bartet preparó recibos pero no con nombres, sino solo los formatos en blanco que los llenaba su persona, que no fueron firmados por los procesado Canales Pillaca y Polack Merel porque nunca les entregó dinero, pero reconoce los formatos de adhesión al fujimorismo por parte de los precitados encausados.

12. LA PRUEBA DE CARGO

a) Declaración testimonial del testigo Rafael Ruiz Agüero ante la Vocalía de Instrucción de fojas quince mil doscientos veintiséis a quince mil doscientos cincuenta y tres [tomo cincuenta y cuatro).

b) Documento de Compromiso de Honor de Jorge Víctor Polack Merel, de Julio del dos mil, a fojas veintidós mil ochocientos dieciocho.

c) Carta de Adhesión del procesado Jorge Víctor Polack Merel, del mes de Julio, a fojas veintidós dos mil ochocientos diecinueve.

d) «Documento de Compromiso de Honor de Edilberto Pillaca Canales, a fojas veinticinco mil doscientos treinta y cinco.

e) Carta de Adhesión del procesado Edilberto Canales Pillaca, a fojas veinticinco mil doscientos treinta y seis.

f) Carta de renuncia de Edilberto Canales Pillaca, a su partido político «Perú Posible», a fojas veinticinco mil doscientos treinta y siete.

g) Informe Final de la Sub Comisión Investigadora de la denuncia Constitucional número seis, a fojas ciento veintisiete.

h) Testimonial de Mario Ruiz Agüero, a fojas quince mil doscientos veintiséis a quince mil doscientos cincuenta y tres.

i) Acta aprobada en la Sesión ordinaria de Instalación, a fojas catorce mil ciento treinta y siete *[tomo cuarenta y nueve)*, mediante el cual se elegía a la Junta Directiva de la Comisión de Relaciones Exteriores, en la misma el procesado Jorge Polack Merel fue elegido como Vicepresidente de la mencionada comisión.

Aspectos generales de la prueba. La prueba directa y la prueba indiciaria

13.- Previamente a la compulsa de los elementos probatorios aportados en la presente causa, es necesario precisar que, en el proceso penal moderno, la búsqueda de la verdad debe desarrollarse dentro del marco fijado por los principio y garantías que lo regulan, incidiendo en la actividad probatoria, preceptos cuyo respeto obligatorio, más allá de garantizar los derechos del justiciable, constituye una insoslayable exigencia para la validación del proceso y su resultado, al integrar la macro garantía conglobante del «debido proceso».

14.- A partir de lo antes señalado, cabe recordar que en un Estado de derecho no está permitido el esclarecimiento de la verdad a toda costa o a cualquier precio; gado que si bien el proceso penal tiene por finalidad la terminación de la verdad judicial con relación a los cargos incriminados, solo puede llegar a tal determinación a partir de medios legalmente reconocidos para ellos, entiéndase obtenidos o incorporados legalmente al proceso, e idóneos para la probanza que se pretende; de tal *manera que la desvinculación por el Juzgador del citado marco regulador, con fines de* establecer probanza, termina vulnerando el derecho e invalidando su decisión, además de contribuir a la deslegitimación del sistema judicial.

15.- En virtud de lo antes expuestos, el criterio de conciencia a que se refiere el numeral doscientos ochenta y tres del Código de Procedimientos Penales, no puede confundirse con una «íntima convicción» sustentada

en elementos puramente subjetivos o en un abstracto «sentido de justicia», pues contrariamente a ello, tal criterio solo le permite al juzgador fundar convicción en base a la compulsa razonada de prueba idónea, suficiente y conducente, introducida válidamente al proceso y sometida al contradictorio en el juzgamiento, regla probatoria que se vincula necesariamente con la garantía de imparcialidad que leí Juez debe ofrecer a la sociedad, la que integra el debido proceso.

16.- Existe doctrina jurisprudencial consolidada de la Sala Penal *[Ejecutoria Suprema recaída* en *el Recurso de Nulidad número mil novecientos doce - dos mil cinco/Piura, del 06 de setiembre de 2005),* en el Sentido de que para juzgar acerca de la culpabilidad del acusado, es posible tener en consideración tanto las llamadas pruebas directas *-de las que surge naturalmente el conocimiento del hecho cuya demostración se intenta por la Fiscalía-, como las denominadas prueba indirectas o indiciarias -aquellas de las que nace la certeza de un hecho, del que se infiere en concatenación lógica la realidad de otro hecho que era precisamente aquél que se intentaba comprobar, y que inicialmente no resultaba acreditado en forma directa-,* aunque como es obvio en este último caso se imponen un conjunto de requisitos o presupuestos materiales y procesales que se debe respetar acabadamente. La prueba por indicios tiene lugar, en consecuencia, cuando el hecho objeto de prueba que no es el constitutivo del delito sino otro intermedio que permite llegar a él por inferencia lógica.

17.- El indicio es un medio probatorio a través del cual se obtiene el conocimiento indirecto de la realidad y consta de los siguientes elementos: i) un hecho ^indicador que debe estar probado en el proceso con cualquier medio de prueba autorizado por la ley y la Constitución y de conformidad con las forma establecidas, menos con otro indicio; y, ii) un razonamiento lógico que permite derivar a partir del hecho probado, la existencia del hecho objeto de prueba, desde luego no integran la categoría de indicios las meras sospechas o conjeturas que no cuenten con un cierto fundamento objetivo o material e identificables. El indicio es algo más que la expresión de una convicción subjetiva de la existencia de un ilícito, pues el grado de certeza no puede ser abstracta sino referido a un hecho determinado, pues el juicio probatorio conlleva un raciocinio a una conclusión, que en el campo valorativo significa la convicción que se tenga de la existencia de un hecho o su negación, por lo que no puede partir de hipótesis sino de hechos probados.

Análisis del delito de Cohecho Pasivo Impropio y Receptación

18.- El delito de Cohecho Pasivo Impropio está previsto y penado en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal, encontrándose inmerso dentro de los delitos contra la Administración Pública.

19.- Existen diversas modalidades de delitos contra la Administración Pública, siendo la que nos interesa analizar en el presente caso, la de Cohecho Pasivo Impropio, a fin de establecer si en el caso de autos se cumplen los presupuestos para la configuración de este ilícito, por el que se viene procesando a los encausados Canales Pillaca y Polack Merel y como consecuencia de ello establecer si corresponde una sentencia condenatoria o absolutoria.

20.- La norma aplicable al caso es la descrita en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal *-formulación vigente al momento de los hechos-* que señala «El funcionario o servidor público que solicita o acepta donativo, promesa o cualquier otra ventaja, para practicar un acto propio de su cargo, sin faltar a su obligación...». No constituye tópico controvertido el cambio de bancada política denlos acusados para asumir un compromiso de adhesión a las decisiones congresales del partido de gobierno *[actos en el ejercicio de sus funciones parlamentarias)*. Así el núcleo del debate probatorio se centra en el presupuesto típico del delito en referencia relacionado a la **aceptación o no parte de los acusados de una ventaja o promesa de ventaja por parte de Vladimiro Montesinos Torres.**

21.- Delimitado el objeto de prueba, a continuación, una precisión que corresponde efectuar es en relación a los **medios de prueba** respectivos. En ese sentido, de entrada, merece señalarse que si bien la imputación fiscal alude que todos los congresistas tránsfugas -como denominador común- (además de los documentos de compromiso y retiro de sus bancadas de origen), firmaron recibos, tal referencia, en modo alguno, puede reputarse como parte de la incriminación, sino como una descripción de elementos de prueba específicos concurrentes en el caso de autos.

22.- En tal sentido, una pretensión de que la aceptación de ventaja por parte de Vladimiro Montesinos Torres esté necesariamente acreditado con recibos -porque la mayoría de los congresistas tránsfugas lo hicieron-, devendría en una exigencia de que dicho tópico solamente deba ser probado con **prueba directa y documental;** lo cual, importaría una pretensión de prueba tasada, a todas luces incongruente con el principio de la libre apreciación de la prueba en materia penal.

23.- En cuanto a la tipicidad subjetiva, es de precisarse que se trata de un delito netamente doloso, y no cabe la posibilidad de ser cometido por negligencia o culpa del sujeto activo, de lo que se colige que éste es consciente del carácter y ' finalidad de la solicitud, aceptación o receptación de la dádiva y la voluntad de querer aceptar a pesar de ello.

24.- El delito de receptación está previsto en el artículo ciento noventa y cuatro del Código Penal, encontrándose inmerso dentro de los delitos contra el Patrimonio.

25.- El comportamiento del delictivo de receptación consiste en adquirir, recibir en donación o en prenda, guardar, esconder, vender o ayudar a negociar un bien de procedencia delictuosa, teniendo conocimiento de ello o debía presumir que provenía de un delito.

26.- Asimismo, es presupuesto del delito de receptación, el que se haya cometido ilícito anterior, dado que se exige que el bien proceda de un delito, es decir, no sólo se configura con la existencia de un delito anterior y el conocimiento previo de este, sino también, se verifica con la simple presunción del origen ilegítimo del objeto.

Valoración de la Prueba aportada.

27.- Expuesto así los hechos, este Tribunal está en el deber de evaluar los medios de conocimientos, no sólo de forma individual, sino igual y necesariamente en conjunto, teniendo en cuenta tres aspectos: **i)** percibir los hechos a través de los medios probatorios, los cuales en este sentido pueden ser directos, esto es, el Juez se encuentra en contacto inmediato con el hecho a probar; **ii)** efectuar una representación o reconstrucción histórica de los hechos en su conjunto, en este caso además de utilizar los medios directos puede emplear los medios indirectos, los cuales sólo proporcionan datos, a partir de los cuales el Juzgador elabora u argumenta para deducir la existencia de un hecho; y, **iii)** desarrollar una actividad analítica o de razonamiento mediante la cual se obtienen las inferencias de los datos percibidos, y desde este punto de vista, tenemos que el Colegiado ha arribado a las siguientes conclusiones:

28.- Que, los hechos que motivaron la denuncia fiscal y consecuentemente el presente proceso penal, conforme a lo señalado en la acusación fiscal obrante en autos, estriba en lo siguiente: Que, en el marco de la acusación formulada por el Ministerio Público y de la prueba actuada en el Juicio Oral podemos advertir que luego de la elecciones llevada a cabo en el mes de abril del año dos mil, la Alianza

«Perú dos mil» no alcanzó mayoría parlamentaria por lo que se procedió a «reclutar» Congresistas electos de otras bancadas para que se integre a las filas del partido político «Alianza Perú dos mil», a cambio de la entrega de una suma de dinero de procedencia ¡lícita y la obtención de beneficios personales, entre ellos la emisión de fallos judiciales favorables a intereses particulares, actos en los cuales participó activamente el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres.

Situación jurídica del procesado Edilberto Canales Pillaca

29.- Se tiene que se le imputa la comisión de los delitos de Cohecho Pasivo Impropio y Receptación, al sostenerse que en su condición de Congresista electo de la República, por la agrupación política «Perú Posible», en abril del dos mil, se integró a la bancada «Perú dos mil», para ello negoció con el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres en la reunión que tuvieron en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional donde suscribió los documentos de afiliación al oficialismo, recibiendo la suma de diez mil dólares, suma que se repitió mensualmente hasta el mes de setiembre del dos mil.

30.- Por tanto, teniéndose en cuenta lo anotado precedentemente, es el caso indicar que la prueba directa contra el nombrado acusado es el testimonio de la testigo Matilde Pinchi Pinchi, pero es el caso que en la sesión de audiencia del seis de setiembre del dos mil once [fojas treinta y ocho mil doscientos veintidós] sostiene que no le consta entrega de dinero al encausado Edilberto Canales, luego cuando fue preguntada si le consta que el señor Montesinos le entregaba dinero al ex congresista, o es que simplemente comentaba lo que el ex asesor señalaba, dijo: no, el doctor Montesinos me hacía preparar las entregas y se las envolvía, pero no he visto personalmente que se haya entregado.

31.- Además, corre a fojas mil setecientos setenta y cuatro -*tomo seis*- el documento denominado «Relación de entrega de dinero en miles de dólares» [a congresistas tránsfugas] entregada por Pinchi Pinchi, donde no aparece monto alguno a favor del procesado Canales Pillaca.

32.- Por ello, si bien en el presente proceso el testimonio de Matilde Pinchi Pinchi, compromete al acusado Canales Pillaca en los hechos incriminados, resulta relevante señalar que la testigo también ha declarado que por orden del ex asesor Vladimiro Montesinos Torres preparó la suma de diez mil dólares para ser entregado al inculpado Canales Pillaca, cuando aceptó pasarse a las filas del oficialismo, pero que no ha visto personalmente ni el video ni la entrega de esa suma de

dinero *[véase la diligencia de confrontación obrante a fojas veintiún mil quinientos cuarenta y uno del* tomo *setenta y seis)*, cuya declaración ha sido letificada en su continuación de declaración testimonial a fojas veinte y dos mil cuatrocientos cuarenta y seis *[tomo setenta y nueve)* en la reiteró que no visualizó el contenido del video que registra la entrevista de Canales Pillaca y Montesinos Torres, guardó la cinta, pero no puede precisarla escenas que registra.

33.- Luego en la sesión de audiencia fecha seis de setiembre del año dos mil once obrante a folios treinta y ocho mil doscientos veinte y dos, sostiene que recoge el dicho del ex asesor Vladimiro Montesinos Torres, ya que éste le hacía preparar las entregas y le devolvía los recibos firmados y los guardaba en el fólder de cada Congresistas, pero no ha visto personalmente la entrega dinero al encausado [Canales Pillaca. Además, se debe tener en lo que respecta a la entrega de dinero, lo sostenido por la testigo María Arce Guerrero en las sesiones de audiencias de fecha primero, seis y trece de setiembre del dos mil once, donde sostiene que no ha visto personalmente a través de videos a Canales Pillaca recibiendo dinero del ex asesor Montesinos Torres.

34.- En consecuencia, la imputación hecha contra el nombrado acusado no se encuentra probada válidamente, más aún, si se considera que no existen documentos o testimonios que acrediten dicha entrega de dinero, muy por el contrario, los testigos que laboraban en el Servicio de Inteligencia Nacional, esto es el entorno más cercado de Vladimiro Montesinos Torres, como son los señores Pedro Huertas Caballero, Francisco Rafael Merino Bartet, María Angélica Arce Guerrero, José Villalobos Candía, Wilbert Ramos Viera, Humberto Rozas Bonuccelli Luis Fernando Bueno Quino, también han declarado en el acto oral que desconocen de la entrega de dinero al procesado Canales Pillaca o de documentos firmados por él al respeto.

35.- Por otro lado, si bien se tiene que el testigo Ramos Viera ha sostenido «haber visto a Canales Pillaca en dos oportunidades en el SIN» [fojas treinta y ocho mil doscientos ochenta y siguiente]; y el testigo Ruiz Agüero «haberlo visto en cinco o seis oportunidades» [fojas quince mil doscientos treinta y dos]; esto no prueba que el encausado concurría a recibir dinero alguno, puesto que ostentaba el cargo de Congresista de la República y concurría para coordinar asuntos relacionados con el gobierno. Para este Colegiado tampoco pasa inadvertido que este acusado puso su firma y huella digital en el documentos denominado «Compromiso de Honor» y «Carta de adhesión dirigida al Ex Presidente de la República Alberto Fujimori

Fujimori» que corren a fojas veintidós mil ochocientos dieciocho y veintidós mil ochocientos diecinueve; sin embargo, de dichos documentos no se advierte que se haya efectivizado alguna entrega de dinero, posición que no fue desvirtuada ni refutada por el señor representante del Ministerio Público ni la Parte Civil.

36.- Aunado a ello se tiene que lo manifestado por la testigo Pinchi Pinchi, en el sentido que «vio el video cuando Canales Pillaca está firmando algunos documentos», y después viene Montesinos Torres a entregárselo para que guarde un fólder, solo queda en su dicho, puesto que es desmentida por el propio Vladimiro Montesinos Torres, quién en la sesión de audiencia de fecha primero de diciembre del dos mil once, que obra a fojas treinta y ocho mil trescientos setenta a treinta y ocho mil trescientos ochenta, puso en duda la veracidad de tal declaración, más aún si no tiene sustento en las declaraciones de los testigos que conforman el entorno del ex asesor Montesinos Torres, dado que ninguno de ellos precisan que le haya entregado dinero a Canales Pillaca para que se pase a las filas del oficialismo. De otro lado, es menester acotar que si bien es cierto que Montesinos Torres manifestó que entregó al testigo Huertas Caballero una relación de juicios de las empresas de Canales Pillaca, también es verdad que éste testigo sostuvo que lo recibió pero no le consta que el encausado fue el que entregará dicha relación, por ello la guardó y no realizó trámite alguno, de lo que se colige que no obtuvo beneficio ni se causó perjuicio alguno. Siendo esto así, es menester absolverlo de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales.

Situación jurídica del procesado Jorge Víctor Polack Merel

37.- A quien se le imputa que en su condición de Congresista electo de la República, negoció su cambio de bancada a cambio de la suma de veinte mil dólares y al pago mensual de diez mil dólares, asimismo recibió otras sumas de dinero y, por lo tanto sus visitas a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional se hicieron cada vez más frecuentes. También haber solicitado doscientos cincuenta mil dólares y ciento sesenta mil dólares, esté último pago fue para «equipar» sus oficinas, realizándose dichas entregas de dinero en el despacho de la Jefatura del Servicio de Inteligencia Nacional, para ello fue contactado y reclutado por Oscar López Meneses, quién fue el que lo condujo hasta dicho lugar con la finalidad que se entreviste con el ex asesor Vladimiro Montesinos Torres, a cambio el acusado ofreció su apoyo con su voto en el Congreso de la República y solicitó ser considerado como vicepresidente de la Comisión de Relaciones Exteriores del Parlamento.

38.- Dadas las características marginales de dichas entrevistas, existe como sustento el testimonio directo de Matilde Pilchi Pinchi relacionados al tema que deben ser considerados de manera conjunta y bajo criterios lógico racionales, pues ello permitirá aclarar y determinar que los hechos han sucedido como lo expone la precitada testigo, pues ya decimos, que esta afirmación o dicho no es aislado y se sustenta en otros testimonios que la fortaleza e incluso corroboran.

39.- Ahora bien, cabe indicar que en la sesión de audiencia de fecha trece de setiembre de dos mil once [fojas treinta y ocho mil doscientos treinta], la testigo Pinchi Pinchi manifestó que le consta la entrega de dinero al procesado Polack Merel, por ello cuando se le pregunta: ¿a usted le consta que Vladimiro Montesinos Torres entregó ciento sesenta mil dólares americanos al señor Polack Merel; dijo: «el doctor Montesinos me pide los ciento sesenta mil dólares para ser entregados al señor Polack, yo preparo el dinero y entró al privado del señor Montesinos; pero como me ubicó en el dormitorio que es contiguo al privado y la puerta se encontraba abierta, es que desde ahí observo la entrega de los ciento sesenta mil dólares que le entregó; por eso digo que eso sí lo vi, pero del resto no puedo decir que he visto, pero los ciento sesenta mil sí le entregó en el privado el doctor Montesinos Torres y yo lo vi...»; lo cual se corrobora con el documento denominado «Relación de entrega de dinero [a congresistas tránsfugas] entregada por Pinchi Pinchi, obrante a fojas mil setecientos setenta y cuatro *-tomo seis-*, donde aparece montos a favor del precitado encausado, a saber: ochenta mil dólares, doscientos cincuenta dólares y ciento sesenta mil dólares; agregando que la versión sostenida por Vladimiro Montesinos Torres en el acto oral fue con la finalidad de exculparlo de responsabilidad penal.

40.- Es importante indicar que el principal sustento de la acusación sostenida por peí Ministerio Público contra el encausado Polack Merel, es la testimonial de Matilde Pinchi Pinchi, que se encuentra corroborada indiciariamente con el testimonio de Wilbert Ramos Viera [fojas treinta y ocho mil doscientos ochenta], donde manifiesta haber visto al procesado Polack Merel en dos oportunidades, y que en una ocasión concurrió acompañado de López Meneses. En tal sentido declaró el testigo Ruiz Agüero [fojas quince mil doscientos treinta y dos] haber visto al referido encausado en ocho oportunidades en las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional para reunirse con Vladimiro Montesinos Torres. También declaró en la sesión de audiencia del veinticuatro de noviembre de dos mil once [tomo ciento

trece] el testigo Merino Bartet, quien a fojas treinta y ocho mil trescientos veinte y ocho, manifestó «están en la relación de congresistas tránsfugas que firmaron los documentos denominados «Carta de Compromiso y «Carta de retiro», elaborados por el testigo, lo que presupone un esquema contra-prestacional en el que la incorporación a la bancada oficialista debía importar alguna ventaja a cambio; además, manifestó «en determinada oportunidad el doctor Montesinos me dijo que el señor Fujimori le había indicado que necesitaba conseguir ocho o diez congresistas para una nueva mayoría real en el Congreso (...) en ese sentido dispuso que elabore tres documentos: una carta de adhesión al grupo político fujimorista; un formato renunciando al partido por el cual habían sido elegidos, y el tercer documento era un formato de recibo por una determinada cantidad de soles, donde aparecían con puntos suspendidos el nombre, la persona, la cantidad y la fecha, esos eran los tres formatos que me hizo entrega Montesinos...»; luego agrega «siguió consiguiendo nombres hasta alcanzar una cifra, creo que de diecinueve congresistas, cuya relación la tengo. Luego a la pregunta: ¿Se ha enterado que Jorge Polack Merel y Canales Pillaca, corresponden a esos diecinueve congresistas?; dijo: sí, los tengo en la relación que hice»; pero a la pregunta: ¿Llegó a conocer cuánto de dinero recibieron para pasarse a la fila del fujimorismo?; dijo: «no señor, pero sé que eran sumas variadas y que el único señor que no aceptó dinero fue Eduardo Farah».

41.- *Antes tales imputaciones contra el encausado Polack Merel, éste en todas las etapas del proceso ha negado haber cometido el delito objeto de acusación. Así al ser interrogado en el acto oral ha negado los cargos y ha manifestado que cuando fue convocado por López Meneses para afiliarse a la bancada oficialista sus condiciones eran a) amplia libertad de expresión; y, b) ser integrante de la Comisión de Relaciones Exteriores, esto último fue cumplido dado que llegó a ser Vicepresidente de dicha comisión . De igual forma reconoce haber firmado los documentos denominados «Compromiso de Honor « y, la carta dirigida al Ex Presidente de la República Alberto Fujimori Fujimori; por ello, agrega que la señora Matilde Pinchi Pinchi miente al imputarle que por su pase al oficialismo recibió dinero alguno.*

42.- Ahora bien, luego del análisis de toda la prueba producida en este acto oral se concluye que los argumentos de inocencia del acusado son desvirtuadas con el testimonio directo de Matilde Pilchi Pinchi, en el cual refiere haber presenciado a Montesinos Torres entregarle dinero al procesado Polack Merel, complementado con el documento denominado «Relación de entrega de dinero a Congresistas

tránsfugas», que corre a fojas mil setecientos setenta y cuatro, donde aparece montos a su favor por ochenta mil dólares, doscientos cincuenta mil dólares y ciento sesenta mil dólares respectivamente; y, que se encuentra corroborado indiciariamente con los testimonios de Ramos Viera, Ruiz Agüero y Merino Bartet anteriormente glosados.

Además, de los testimonios mencionados de autos se tiene *los documentos suscritos por el procesado Polack Merel denominado «Compromiso de Honor» y « Carta de Adhesión» de fojas veintidós mil ochocientos dieciocho y veintidós mil ochocientos diecinueve respectivamente.*

44.- En tal sentido, el testimonio de Pinchi Pinchi tiene entidad suficiente para acreditar que el procesado Polack Merel recibió dinero, pues aporta o exterioriza datos o hechos de los que se puede inferir dicha recepción, ya que su relato táctico y de los testimonios del entorno que rodeaba al ex asesor Montesinos Torres, se aprecia que concurría asiduamente a las instalaciones del Servicio de Inteligencia Nacional para reunirse con Montesinos Torres y realizar coordinaciones con los congresistas de las filas del Oficialismo con la finalidad de obtener la mayoría en el Parlamento, existiendo certeza que en el accionar del procesado Polack Merel existió el elemento corruptor, por lo que el testimonio directo de Pinchi Pinchi arroja un juicio de certeza, teniendo aptitud probatoria ara enervar la presunción de inocencia, además, existe en el proceso otro medio de prueba -*testimoniales-* que incorpora datos concretos y hechos objetivos que permitan realizar sobre los mismos un juicio de racionalidad de su eficacia indiciaria.

45.- Por ello a luz de la prueba actuada, las conclusiones en el caso del procesado **Jorge Polack Merel,** son las siguientes:

(a) Que si bien no existe prueba directa documental *-como en los otros casos: verbigracia: recibo-* que dé cuenta de los montos dinerarios recibidos por Vladimiro Montesinos Torres en compensación por su cambio de bancada y compromiso de adhesión a las decisiones congresales del oficialismo; sin embargo, en su caso existe prueba directa testifical de Matilde Pinchi Pinchi que da cuenta que su persona observó cuando ha dicho acusado se le hizo entrega de uno de los montos que esté recibió [ciento sesenta mil dólares].

(b) Dicha sindicación se ve corroborada por la concurrencia de elementos de prueba en torno a tres hechos indiciarios: i) El contexto de captación de congresistas tránsfugas, el cual, según el testigo Merino Bartet, tenía como evidencia materiales los documentos que dichos

congresistas -en *las instalaciones del Servicio de Inteligencia*- suscribían, a saber: carta de compromiso y carta de adhesión; **ii)** La presencia de Jorge Polack Merel en varias oportunidades en el Servicio de Inteligencia Nacional, conforme lo han manifestado los testigos Ramos Viera y Ruiz Agüero [ambos capitanes al servicio de Vladimiro Montesinos Torres]; **iii)** La suscripción por parte de Jorge Polack Merel, de estos tipos de documentos: carta de compromiso y carta de renuncia, lo que evidentemente torna confiable y verosímil lo declarado por la precitada testigo.

(c) Corroborada la declaración de la testigo directa Matilde Pinchi Pinchi con los elementos antes precisados, su compromiso de actuación congresal por parte del encausado Polack Merel [de adhesión a las decisiones de la bancada oficialista del gobierno del ex Presidente Fujimori Fujimori] a cambio de haber recibido una ventaja patrimonial de parte de Vladimiro Montesinos Torres, conlleva a subsumir la conducta en el delito de cohecho pasivo impropio y receptación previstos y sancionado en los artículos trescientos noventa y cuatro [versión original] y ciento noventa y cuatro del Código Penal.

Determinación Judicial de la Pena

46.- La determinación judicial de la pena se estructura y desarrolla en dos etapas secuenciales. En la primera etapa se debe definir los límites de la pena aplicable, lo cual se cumple con la identificación de la pena básica o espacio punitivo que comprende un mínimo o límite inicial y un máximo o límite final. En la segunda etapa, el órgano jurisdiccional, atendiendo a la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes, reguladas legalmente, y que están presentes en el caso, individualiza la pena concreta aplicable al autor o partícipe del delito, pero sin exceder los límites prefijados por la pena básica.

47.- En el presente caso, según se ha determinado, el acusado Jorge Polack Merel ha cometido los delitos de Cohecho Pasivo Impropio y Receptación, por lo que estamos ante un concurso ideal de delitos, en el cual se aplicará la pena del delito más grave [artículo cuarenta y ocho del Código Penal]; sin embargo, debemos señalar que el delito de Cohecho Pasivo Impropio resulta el más grave, y sin perder de vista que esta conducta se agrava por el hecho de tratarse de funcionarios púbicos.

48.- En nuestro ordenamiento jurídico penal para efectos de determinar e individualizar la pena a imponer deben tomarse en cuenta los diversos criterios que establecen los artículos cuarenta y cinco y

cuarenta y seis del Código Penal; es decir, se debe tener en cuenta la naturaleza de la acción; los medios empleados; la importancia de los deberes infringidos; la extensión del daño o peligro causado; las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión; los móviles y fines; la unidad y pluralidad de los agentes; la edad, educación, situación económica y medio social; la reparación espontánea que hubiere hecho del daño; la confesión sincera antes de haber sido descubierto; las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente, siendo pertinente indicar lo siguiente: **a)** que, la acción ilícita desplegada por el encausado Jorge Polack Merel fue especialmente grave, ya que no valoró la importancia de su papel como Congresistas electo, en una época en el cual los medios de comunicación daban cuenta del reclutamiento de congresistas tránsfugas para que la bancada fujimorista obtenga mayoría en el Parlamento, advirtiéndose que su comportamiento estuvo al servicio no de intereses colectivos, ni constructivos, sino delictivos, pues entrega su cargo obtenido por elección popular a cambio de sumas de dinero, siendo grave esta situación pues el dinero provenía del erario público; tal es la importancia de los deberes infringidos por el acusado Poalck Merel por el cual amerita una respuesta punitiva acorde a la magnitud del daño causado. Además, es de considerar sus condiciones personales, puesto que proviene de un medio socio - económico privilegiado, es empresario y fue alto funcionario del Estado al haber desempeñado el cargo de Congresista de la República, por ende, con un elevado nivel de educación.

49.- La concurrencia de circunstancias de diversos signos obliga a valorarlas en concreto teniendo en cuenta la entidad de cada una de ellas, y en dicho sentido se justifica imponer una pena según la entidad del injusto y la culpabilidad por el hecho típico perpetrado la cual debe suspenderse en su ejecución bajo el estricto cumplimiento de reglas de conductas.

Determinación de la reparación civil

50.- la reparación civil -que *nace del acto u omisión ilícito-*, según jurisprudencia consolidada por la Corte Suprema, se determina en atención al principio del daño causado, cuya unidad procesal civil y penal, protege el bien jurídico en su totalidad, por lo que no debe fijarse en forma genérica, sino que es necesario individualizarla y determinarla en forma prudencial y proporcional a la entidad del daño; que en dicho contexto es de tener en cuenta la afectación al bien jurídico de la administración pública que tuvo lugar con la conducta del acusado Polack Merel; además, la naturaleza,

transcendencia y ámbito dentro del cual se consumó el delito de cohecho pasivo impropio y receptación pero sin dejar de ido la gravedad de los hechos, su entidad potencial, relevancia y repulsa social de los mismos; que desde esta perspectiva cabe fijar una cantidad prudencial a cuyo efecto debe tenerse en cuenta las circunstancias que rodearon el hecho perpetrado y que incidieron en el resultado generado, esto es el nivel jerárquico del precitado acusado y la extensión social de su conducta, por lo que en dicho sentido cabe fijar el monto de la reparación civil en atención al daño causado.

51.- Asimismo, de conformidad con los artículos noventa y dos, noventa y tres y noventa y cinco del Código Penal, la reparación civil se fija conjuntamente con la pena, y comprende tanto la restitución del bien o el pago de su valor, así como la indemnización de los daños y perjuicios.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, administrando justicia a nombre de la nación y con el criterio de conciencia que la ley autoriza, los señores Jueces de la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de la República:

FALLARON

I.- ABSOLVIENDO de la acusación fiscal formulada en su contra al acusado **Edilberto Canales Pillaca,** por delito de Cohecho Pasivo Impropio y Receptación, en agravio del Estado.

II.- MANDARON: que una vez consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia, se anulen los antecedentes generados a consecuencia del presente proceso y se archiven definitivamente los de la materia.

III.- CONDENANDO a Jorge Víctor Polack Merel, como autor del delito contra la Administración Pública -Cohecho Pasivo Impropio- [previsto en el artículo trescientos noventa y cuatro del Código Penal] en agravio del Estado; y por delito contra el Patrimonio -receptación [previsto en el artículo ciento noventa y cuatro del Código Penal]- en agravio del Estado; y como tal le **IMPUSIERON: CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD,** suspendida por el periodo de prueba de **TRES AÑOS,** a condición que observe las siguientes reglas de conductas: **a)** No frecuentar personas y lugares de dudosa reputación; **b)** No ausentarse del lugar de su domicilio sin previo aviso al órgano jurisdiccional competente a donde deberá presentarse el último día hábil de cada mes para informar y justificar sus actividades; **c)** Reparar el daño ocasionado por el delito; y **d)**

Observar conducta intachable; quedando entendido, que el incumplimiento de las precitadas normas dará lugar a lá aplicación de lo previsto en el artículo cincuenta y nueve del Código Penal; asimismo, se le aplica la pena de **INHABILITACIÓN** al condenado Jorge Polack Merel que implica la pérdida de cualquier cargo público que ostente y la imposibilidad de ocupar cualquier cargo de igual naturaleza por el período de **TRES AÑOS**, conforme a las previsiones establecidas en los incisos primero y segundo del artículo treinta y seis del Código Penal; también se le impone **NOVENTA DIAS-MULTA**, a razón de diez soles diarios, que hace un momento de novecientos nuevos soles, que deberá pagar a favor del Tesoro Público.

IV.- FIJARON: en la suma de **CIEN MIL NUEVOS SOLES**, el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el condenado Jorge Polack Merel a favor del Estado;

V.- MANDARON: Que, una vez consentida o ejecutoriada que sea la presente, se cursen los oficios correspondientes en ejecución de sentencia. Así lo pronuncia, manda y firma en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, en la Sala de Audiencias de la Sala Penal especial de la Corte Suprema. Tómese razón y hágase saber.

S.S.

PARIONA PASTRANA

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

VII
Delito de rehusamiento de entregar bienes

1. Prescripción

Sala Penal Permanente
R.N. N° 127-2009
AYACUCHO
Lima, veintiséis de abril de dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Ayacucho contra la resolución de fojas quinientos cincuenta y uno, del veintiuno de noviembre de dos mil ocho, que declaró fundada de oficio la excepción de prescripción de la acción penal incoada contra Heraclio Palomino Pacheco y Marleny Salvatierra Baldeón por delito contra la administración pública - rehusamiento de entregar bienes en custodia en agravio de la Oficina de Cooperación Popular de Huamanga y el Estado; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Ayacucho en su recurso formalizado de fojas quinientos sesenta alega que se ha transgredido el debido proceso porque no se aplicaron adecuadamente las normas procesales y sustanciales pertinentes al caso; que el delito de peculado se consumó el veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y cinco, fecha en que el encausado Heraclio Palomino Pacheco entregó el tractor en estado inoperativo y faltándole determinadas piezas; que dicho ilícito penal se encuentra sancionado con una pena no mayor de ocho años, por lo que aún no ha operado el plazo de prescripción ordinario y extraordinario así como el plazo especial que estipula el artículo ochenta del cuerpo sustantivo modificado por Ley número veintiséis mil trescientos catorce cuando indica que los plazos se duplican tratándose de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos en agravio del patrimonio del Estado; que sobre dicha base la causa prescribiría en veinticuatro años y como aún no ha transcurrido dicho plazo debe declararse nula la resolución recurrida y continuar con la tramitación del Proceso. **Segundo**: Que, según la acusación fiscal de fojas trescientos sesenta y ocho, el encausado Heraclio Palomino Pacheco -en su condición de Alcalde de. la Municipalidad Distrital de Tambo- y la imputada Marleny Salvatierra Baldeón -como Jefe de Abastecimiento de dicha entidad edil-, no cumplieron con devolver un tractor que le fue entregado

en cesión de use el día tres de noviembre de mil novecientos noventa y tres -por un periodo de seis meses- con la finalidad de que se efectúo una obra; que incluso el día veintiséis de octubre de mil novecientos noventa y cinco el referido encausado dispuso que se traslade dicha unidad vehicular a otro lugar en estado inoperativo y faltándole determinadas piezas y, pese a los requerimientos efectuados no hacen entrega del mismo. **Tercero**: Que conforme se verifica del auto ampliatorio de instrucción de fojas trescientos treinta se amplió la causa contra la imputada Marleny Salvatierra Baldeón por los delitos de peculado y rehusamiento de entregar bienes en custodia, tipificándose los hechos en los artículos trescientos ochenta y siete primer párrafo y trescientos noventa y uno del Código Penal; y en la misma resolución se aclaró el auto apertorio de instrucción de fojas ciento tres -que corresponde al encausado Heraclio Palomino Pacheco- para precisarse que a este también le alcanza la tipificación de las referidas normas legales. **Cuarto**: Que, posteriormente, cuando el representante del Ministerio Público formuló su acusación fiscal circunscribió los cargos en los citados delitos de peculado y rehusamiento de entregar bienes en custodia, ilícitos penales contemplados en los artículos trescientos ochenta y siete primer párrafo y trescientos noventa y uno del Código Penal -véase fojas trescientos sesenta y ocho-. **Quinto**: Que, sin embargo el auto recurrido se limitó a pronunciarse solamente con relación a la segunda figura penal mencionada, y sobre esa base declaró prescrita la acción penal incoada contra los referidos imputados, omitiendo pronunciarse por el delito de peculado, por lo que siendo así, se ha incurrido en la causal de nulidad prevista en el inciso primero del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon NULA la resolución de fojas quinientos cincuenta y uno, del veintiuno de noviembre de dos mil ocho, que declaró fundada de oficio la excepción de prescripción de la acción penal incoada contra Heraclio Palomino Pacheco y Marleny Salvatierra Baldeón por delito contra la administración pública - rehusamiento de entregar bienes en custodia en agravio de la Oficina de Cooperación Popular de Huamanga y el Estado; MANDARON que el Colegiado se pronuncie con relación a cada uno de los ilícitos penales materia de acusación; y los devolvieron.

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

VIII
Otras ejecutorias

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 1587-2010

AREQUIPA

Lima, catorce de marzo de dos mil once.

VISTOS; interviniendo como ponente la señorita Villa Bonilla, el recurso de nulidad interpuesto por el representante de la Municipalidad Distrital de Coporaque contra el auto superior expedido en sesión de audiencia de fojas ciento veinte, del seis de abril de dos mil diez, que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el encausado JUAN ONOFRE MÁLAGA CHOQUE, en consecuencia, extinguida la acción penal incoada en su contra por delito de Incumplimiento de Funciones, previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Coporaque; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que la PARTE CIVIL en su recurso formalizado de fojas ciento diecisiete alega que se ha declarado fundada la excepción de prescripción por una interpretación errónea del artículo ochenta del Código Penal, efectuada por la Sala Superior, pues al haberse interrumpido el plazo ordinario de prescripción se computaría un nuevo plazo, que en todo caso, ya no sería de tres años como lo ha señalado el Colegiado, sino que sería de cuatro años y seis meses, considerando que el tiempo debe pasar en una mitad el plazo ordinario de prescripción; que el procesado Málaga Choque ha ostentado la calidad de «funcionario público», por haberse desempeñado como alcalde de la Municipalidad Distrital de Coporaque en el período dos mil tres al dos mil seis, lo que constituye una agravante y al no haber entregado la documentación contable y financiera que constituye patrimonio de dicha Municipalidad, el plazo de prescripción se duplicaría; que el delito cometido es de comisión permanente ya que a la fecha el procesado aún no ha entregado la documentación contable y financiera del período que fuera alcalde; que, el hecho de que haya

cesado en sus funciones como alcalde el treinta y uno de diciembre del dos mil seis, no significa que esté exento de responsabilidad y no esté en la obligación de entregar la documentación contable y financiera, pues aún al haber cesado en sus funciones está obligado a devolverla, así la acción penal tampoco habría prescrito. **Segundo**: Que los hechos imputados al encausado JUAN ONOFRE MÁLAGA CHOQUE acaecieron en el mes de enero y febrero del dos mil siete, conforme se advierte de los términos del auto de apertura de instrucción -precisión que no se realiza en el acto de la acusación del Fiscal Superior- fechas éstas en las que el procesado habría sido requerido para que entregue la documentación contable y financiera. **Tercero**: Que los hechos instruidos se encuentran subsumidos en el delito de incumplimiento de funciones, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, el cual establece como marco de conminación penal hasta dos años de pena privativa de libertad. **Cuarto**: Que en orden al extremo máximo de la pena conminada, el delito de incumplimiento de funciones acoge como plazo de prescripción ordinaria dos años en tanto que el plazo de prescripción extraordinaria es de tres años, conforme a los parámetros establecidos en el artículo ochenta y tres del Código Penal. **Quinto**: Que si bien es cierto el procesado ha ostentado la condición de funcionario público, sin embargo, no es posible establecer que en el presente caso se haya afectado el patrimonio público para los efectos de la aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción al caso concreto de autos, ello teniendo en cuenta que el delito de incumplimiento de funciones afecta el oportuno y debido funcionamiento de la administración pública cuya titularidad le corresponde al Estado, sin embargo, no constituye per se un delito que afecta de manera directa y específica el patrimonio del Estado, por ende, no resulta aplicable la duplicidad del plazo de prescripción establecida en el artículo ochenta del Código Penal. **Sexto**: Que si bien es cierto el delito que es materia de examen constituye un tipo penal de carácter permanente no es menos cierto que la permanencia del delito -que implica la prórroga de la acción antijurídica por voluntad del agente- cesa en cuanto se desvanecen los elementos del tipo penal, que en el presente caso la condición de funcionario público del procesado Juan Onofre Málaga-como alcalde de la Municipalidad Distrital de Coporaque-, no se encuentra actualmente vigente, por lo tanto no es posible apreciar la permanencia de la comisión delictiva. Séptimo: Que, teniéndose en cuenta el momento de los hechos -enero y febrero del dos mil siete- a la fecha han transcurrido más de cuatro años, por lo que ha operado la prescripción de la acción penal. Por estos fundamentos: declararon NO HABER NULIDAD en el auto superior expedido en

sesión de audiencia de fojas ciento veinte, del seis de abril de dos mil diez, que declaró fundada la excepción de prescripción deducida por el encausado JUAN ONOFRE MÁLAGA CHOQUE, en consecuencia, extinguida la acción penal incoada en su contra por el delito de Incumplimiento de funciones, previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código Penal, en agravio de la Municipalidad Distrital de Coporaque; con lo demás que dicha resolución contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1582-2009

LIMA

Lima, cuatro de junio de dos mil diez.

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de nulidad -concedido por haberse declarado fundada la queja excepcional promovida por la parte civil- interpuesto por el representante legal de Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta contra la sentencia de vista de fojas mil doscientos catorce, del cuatro de setiembre de dos mil siete, que por mayoría adecuó el delito de usurpación de funciones imputado a Víctor Raúl Dávalos Vásquez al delito de abuso de autoridad y revocó la sentencia de primera instancia de fojas mil ciento once, del veintiuno de noviembre de dos mil seis, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de abuso de autoridad, en perjuicio del Estado y de la recurrente a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años e inhabilitación por el término de un año, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto de la reparación civil, reformándola declaró fundada la excepción de prescripción promovida por Víctor Raúl Dávalos Vásquez por el precitado delito e indicados agraviados; de conformidad con el dictamen de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que la defensa de Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta en su recurso

formalizado de fojas mil doscientos veintiocho, alega que se imputa al encausado Dávalos Sánchez que cuando se desempeñaba como Ejecutor Coactivo de la Municipalidad Distrital de Cieneguilla, se arrogó facultades propias de un cargo que no ostentaba, al ejercer funciones de exclusiva competencia de los Ejecutores Coactivos Provinciales, esto es, del Ejecutor Coactivo de la Municipalidad Provincial de Lima, según lo dispuesto en el artículo tres del Decreto Supremo número cero treinta y seis guión dos mil uno - Reglamento de la Ley del Procedimiento de Ejecución Coactiva; que, en la sentencia de vista no se ha efectuado una correcta tipificación de los hechos incriminados y se vulneró el principio de legalidad penal constitucional, al adecuar el delito de usurpación de funciones al delito de abuso de autoridad, así como por haberse declarado fundada la excepción de prescripción por este último delito. **Segundo**: Que conforme a la acusación fiscal de fojas cuatrocientos sesenta y dos, se imputa al encausado Dávalos Vásquez haber ejercido de manera arbitraria sus atribuciones de Ejecutor Coactivo de la Municipalidad de Cieneguilla, en perjuicio de la empresa Telefónica del Perú), toda vez que en virtud al Convenio Inter-institucional de apoyo de Cobranza Coactiva, celebrado entre la Municipalidad Distrital de Cieneguilla y la Municipalidad Provincial de Satipo -que obra a fojas noventa y cinco-, expidió la resolución número dos de fecha veintiséis de junio de dos mil dos, dictando medida cautelar de embargo definitivo en forma de retención sobre los derechos de crédito que posee la empresa agraviada hasta por la suma de novecientos cincuenta y cuatro mil nuevos soles; que, dicho embargo estaba amparado en un procedimiento coactivo regular, pues el citado encausado no sería competente para avocarse mismo de conformidad con el artículo tres del Reglamento de la Ley de Procedimiento de Ejecución Coactiva, publicada el cinco de marzo de dos mil uno, el cual establecía que las acciones de coerción que el ejecutor coactivo puede ejercer, solo podrán ser ejecutadas por él mismo, y tratándose de gobiernos locales, el ejecutor coactivo no podrá realizar sus funciones fuera de la Provincia a la que pertenece la entidad que representa; que, siendo esto así, el citado encausado habría usurpado funciones de otro funcionario público, que no le correspondían; que, las irregularidades producidas en dicho proceso se pusieron de manifiesto cuando el seis de junio de dos mil uno, se publicó en el Diario Oficial «El Peruano» la notificación de la Oficina de Ejecución Coactiva de Satipo, mediante la cual se hace de conocimiento de Telefónica del Perú la expedición de la Resolución de Alcaldía número cero uno guión dos mil dos-ECS-MPS, por la cual se le otorgaba siete

días hábiles para que cumpla con pagar la suma de novecientos cincuenta y cuatro mil nuevos soles por concepto de multa impuesta. **Tercero**: Que el denominado concurso aparente de leyes invocado en la sentencia recurrida, se presenta cuando varias disposiciones legales parecieran ser aplicables al mismo hecho, pero en puridad sólo una de ellas corresponde ser aplicada al caso concreto, atendiendo a razones de especialidad, subsidiaridad o consunción; que, el concurso antes aludido tiene como presupuestos básicos: a) la unidad de acción, esto es, que se trate de una sola conducta que encuadra formalmente en varias descripciones típicas; b) que la acción desplegada por el agente persiga una única finalidad; y c) que lesione o ponga en peligro un solo bien jurídico. **Cuarto**: Que el bien jurídico protegido en el delito de usurpación de funciones, específicamente es el de garantizar la exclusividad en la titularidad y ejercicio de las funciones públicas como garantía del correcto funcionamiento de la Administración Pública, en tanto que en el delito de abuso de autoridad se busca preservar la regularidad del funcionamiento de la administración pública, es decir, la legalidad de los actos administrativos; que, siendo así, en el caso de estudio se lesionaron dos bienes jurídicos distintos, de modo que la conducta atribuida al encausado Dávalos Vásquez -expedir la Resolución número dos de fecha veintiséis de junio de dos mil dos, dictando medida cautelar de embargo definitivo en forma de retención sobre los derechos de crédito que posee la empresa Telefónica del Perú hasta por la suma de novecientos cincuenta y cuatro mil nuevos soles- debe calificarse como un concurso ideal heterogéneo, pues el avocamiento al proceso de ejecución coactiva y la acción de expedir la resolución que trabó embargo no tienen autonomía ni son independientes entre sí, sino que los actos desplegados constituyen una unidad de acción desde el punto de vista jurídico. Por estos fundamentos: declararon NULA la sentencia de vista de fojas mil doscientos catorce, del cuatro de setiembre de dos mil siete, que por mayoría adecuó el delito de usurpación de funciones imputado a Víctor Raúl Dávalos Vásquez al delito de abuso de autoridad y revocó la sentencia de primera instancia de fojas mil ciento once, del veintiuno de noviembre de dos mil seis, que condenó al citado encausado como autor del delito contra la Administración Pública en la modalidad de abuso de autoridad, en perjuicio del Estado y de Telefónica del Perú Sociedad Anónima Abierta, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años e inhabilitación por el termino de un año, y fijó en cinco mil nuevos soles el monto de la reparación civil; reformándola declaró fundada la excepción de prescripción promovida por Víctor Raúl

Dávalos Vásquez por el precitado delito e indicados agraviados; con lo demás que al respecto contiene; ORDENARON se expida nuevo pronunciamiento por otra Sala Superior; y los devolvieron.-

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

SOLIS ESPINOZA

PRÍNCIPE TRUJILLO

SANTA MARÍA MORILLO

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1548-2009

LIMA

Lima, cuatro de junio de dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad concedido vía queja -ver Ejecutoria Suprema de fojas seiscientos sesenta y tres- interpuesto por el encausado Ulises Raúl Solís Llapa contra la sentencia de vista de fojas quinientos cincuenta y nueve, del cuatro de junio de dos mil siete, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos noventa, del dieciséis de agosto de dos mil seis, lo condenó por delito contra el patrimonio - estafa en agravio de la empresa IIMPUL Sociedad Anónima, y por delito contra la administración pública - contra la función jurisdiccional - denuncia calumniosa en agravio del Estado, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que el encausado Ulises Raúl Solis Llapa si bien en su recurso de nulidad de fojas quinientos setenta y dos no invocó los respectivos agravios, sin embargo en su recurso de queja de fojas quinientos ochenta y cuatro sí los precisó y alegó que cuando se expidió la sentencia de vista no se advirtió que el delito de denuncia calumniosa había prescrito, por lo que al condenarlo por dicho ilícito penal se vulneró la garantía al debido proceso; que, además, la pena y la reparación civil impuesta debió ser menor, pues se le condenó por dos delitos cuando en uno de ellos había operado la prescripción. **Segundo**: Que los hechos incriminados al encausado Solís Llapa con relación al delito de denuncia calumniosa ocurrieron en el mes de junio de dos mil dos y se encuentra previsto en el artículo cuatrocientos dos del Código Penal, ¡lícito sancionado con pena privativa de libertad

no mayor de tres años. **Tercero**: Que los plazos prescriptorios están contemplados en el artículo ochenta del Código Penal, que establece que la acción penal prescribe en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad, al que debe agregarse una mitad mas a efectos de determinar el plazo extraordinario de prescripción, acorde a lo preceptuado en el artículo ochenta y tres del Código sustantivo, esto es, el plazo prescriptorio seria de cuatro años y medio. **Cuarto**: Que, aunado a ello, la causa prescribió en el mes de diciembre de dos mil seis, sin embargo, la sentencia de vista de fojas quinientos cincuenta y nueve se expidió cuando ya se había cumplido el plazo prescriptorio antes citado, por lo que dicha sentencia en ese extremo es ineficaz procesalmente al haber perdido el Estado su potestad sancionadora en razón at tiempo transcurrido, por lo que es de aplicación el inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. **Quinto**: Que, por otro lado, con relación at argumento esgrimido por el recurrente en el sentido que se le debe reducir la pena y la reparación civil porque uno de los delitos por el que se le condeno prescribió, debe valorarse at respecto que este Supremo Colegiado se circunscribe únicamente al ámbito objetivo previamente delimitado en la Ejecutoria Suprema de fojas seiscientos sesenta y tres. Por estos fundamentos: I. Declararon NULA la sentencia de vista de fojas quinientos cincuenta y nueve, del cuatro de junio de dos mil siete, en el extremo que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos noventa, del dieciséis de agosto de dos mil seis, condeno al encausado Ulises Raúl Solís Llapa por delito contra la Administración Pública - contra la función jurisdiccional - denuncia calumniosa en agravio del Estado; en consecuencia, de oficio, declararon extinguida por prescripción la acción penal incoada contra Ulises Raúl Solís Llapa por delito contra la administración pública - contra la función jurisdiccional - denuncia calumniosa en agravio del Estado; MANDARON archivar definitivamente lo actuado y se anulen los antecedentes penales y judiciales del imputado en cuanto a dicho ilícito penal se refiere. II. Declararon NO HABER NULIDAD en la propia sentencia en cuanto lo condenó como autor del delito contra el patrimonio - Estafa en agravio de la empresa IIMPULL Sociedad Anónima a tres años de pena privativa de la libertad suspendida por el período de prueba de dos años bajo reglas de conducta, y fijó en treinta y cinco mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar solidariamente con el tercero civilmente responsable a favor de la empresa; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
SANTA MARÍA MORILLO

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 46-2010
CUSCO

Lima, uno de junio de dos mil diez.

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia de fojas mil seiscientos treinta y nueve, del veinte de noviembre de dos mil nueve, integrada por resolución de fojas mil setecientos seis, del treinta de noviembre de dos mil nueve, por las siguientes partes procesales: i) los encausados Víctor Abel del Castillo Alarcón y Marco Augusto Prada Orué, en el extremo que declaró improcedente la excepción de prescripción de la acción penal promovida por el delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios -negociación incompatible con el cargo-; ii) los encausados Víctor Abel del Castillo Alarcón, Edgar Américo Olivera Marocho, Edgar Ochoa Astete, Marco Augusto Prada Orué, Grimaldo Bejar Chauca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Nilda Guerra Cuadros, Jesús Celso Zárate Machado y Carmen Venecia Umeres de Zárate, en el extremo que a los dos primeros encausados se les condenó como autores del delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios -negociación incompatible con el cargo- a tres años de pena privativa de libertad efectiva, y a los demás encausados los condenó como cómplices secundarios del delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios -negociación incompatible con el cargo- a tres años de pena privativa de libertad suspendida por el término de dos años bajo reglas de conducta, fijó en diez mil nuevos soles la cantidad que por concepto de reparación civil deberán pagar en forma solidaria a favor del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Santiago, y a todos los inhabilitó por el término de un año; iii) La Procuraduría Pública de la Municipalidad Distrital de Santiago en cuanto absolvió al encausado Víctor Abel del Castillo Alarcón de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la fe pública

-falsedad ideológica- y por el delito contra la administración pública -malversación de fondos-; respecto a la absolución del encausado Francisco Huamán Concha de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la fe pública -falsedad Ideológica-; y sobre la cantidad fijada por concepto de reparación civil; de conformidad en parte con lo opinado por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que, el encausado Víctor Abel del Castillo Alarcón en su recurso de nulidad formalizado de fojas mil setecientos ocho, sostiene que la acción penal por el delito de negociación incompatible está prescrita por cuanto existió un concurso real de delitos debido a que coda hecho resultó independiente del otro, no siendo correcto aplicar la duplicidad del plazo de prescripción para esta clase de delitos porque no existe perjuicio al patrimonio del Estado; agrega que no existen pruebas suficientes que determinen que tuvo intereses en beneficiar a las empresas a las que se les adjudicó las obras civiles; que la encausada Carmen Venecia Umeres de Zarate en su recurso de nulidad formalizado de fojas mil setecientos veinte, sostiene que no existe prueba suficiente que determine que participó de manera dolosa en el proceso de adjudicaciones de las obras civiles, limitándose a realizar trámites administrativos que no involucraban decisiones respecto a que empresas cumplían los requisitos para ser seleccionadas; que el encausado Edgar Ochoa Astete en su recurso de nulidad formalizado de fojas mil setecientos veinticinco, sostiene que no existe prueba suficiente que determine su responsabilidad penal en los hechos imputados porque solo suscribió cuadros comparativos referentes a las empresas que otorgaban mejores beneficios para la ejecución de las obras civiles, pero no participó en el Comité de Adquisiciones ni en los procesos de selección de las empresas postoras; que los encausados Edgar Américo Olivera Marocho, Nilda Guerra Cuadros, Grimaldo Bejar Chauca, Jesús Celso Zárate Machado y Marciano Hebelio Malaver Chávez en sus recursos de nulidad formalizados de fojas mil setecientos treinta y tres, mil setecientos cincuenta y tres, mil setecientos sesenta y uno, mil setecientos setenta y dos, mil setecientos noventa y cuatro, respectivamente, a su turno sostienen que no existen pruebas suficientes que determinen su responsabilidad penal en los hechos imputados, que en el caso del primer encausado su función se limitaba a supervisar la ejecución de las obras civiles, y en el caso de los demás sólo realizaron trámites administrativos pero no pertenecieron ni participaron en el Comité de Adquisiciones ni en los procesos de selección de las empresas postoras, que si bien firmaron diversos documentos administrativos, fue por orden directa del encausado Víctor Abel del Castillo Alarcón

-quien ostentaba el puesto de Alcalde- quien afirmó que era necesario la suscripción de esos documentos para superar las omisiones en los procesos de adjudicación, agregan que no se probó que tuvieran intereses en beneficiar a las empresas a las que se les adjudicó las obras civiles y no se probó el perjuicio ocasionado a la agraviada; que el encausado Marco Augusto Prada Orué en su recurso de nulidad formalizado de fojas mil setecientos ochenta y tres sostiene que no existen pruebas que determine su responsabilidad penal en los hechos imputados, y que además la acción penal por el indicado delito está prescrita; la Procuraduría Pública de la Municipalidad Distrital de Santiago en su recurso de nulidad formalizado de fojas mil ochocientos veintiséis sostiene que los delitos de malversación de fondos y falsedad ideológica se probaron con la utilización de actas adulteradas que sirvieron para sustentar la solicitud de préstamos de dinero, caudales que no fueron empleados en los rubros que previamente habían sido establecidos, esto es, en la ejecución de obras civiles, lo que ocasionó perjuicio a su representada. **Segundo**: Que, según la acusación fiscal de fojas setecientos ochenta y tres, en la gestión de la Municipalidad Distrital de Santiago, de la Provincia y Departamento del Cusco, en el periodo de mil novecientos noventa y seis a diciembre de dos mil dos, se realizaron las siguientes actividades ilícitas: a) los encausados Víctor Abel del Castillo Alarcón - Alcalde, Edgar Américo Olivera Marocho -Jefe de la Dirección de Estructura Urbana, Edgar Ochoa Astete - Director Municipal, Marco Augusto Prada Orué -Jefe de Abastecimiento, Grimaldo Bejar Chauca -Jefe de Administración, Marciano Hebelio Malaver Chávez -Asesor Legal, Nilda Guerra Cuadros -Jefa de Abastecimiento, Jesús Celso Zarate Machado -Jefe de Abastecimiento, Carmen Venecia Umeres de Zarate -Asesor Legal, indebidamente en forma directa o indirecta se interesaron en la adjudicación de seis obras civiles 1.) Rehabilitación de la carpeta asfáltica y la reconstrucción de la terracería del pavimento hasta por trescientos metros de distintas arterias del Distrito de Santiago; 2.) Pavimentación y sardineles de la Avenida Manuel Callo Cevallos; 3.) Centro cívico Pueblo Joven Manco Cápac I Etapa; 4.) Pavimentación de veredas y pontón vehicular de las Vas circundantes del Mercado Zonal en el Sector de Zarzuela; 5.) Construcción del cerco perimétrico del Mercado Zonal de Zarzuela; 6.) Pavimentación y veredas de la Calle Héroes del Cenepa del Pueblo Joven Primero de Enero), entregándolas a Empresas Contratistas por una cantidad de ochocientos cuarenta y siete mil ciento cincuenta y tres nuevos soles con ocho céntimos y, posteriormente, subsanaron los procedimientos previos para que esas empresas sean seleccionadas; y, b) en el periodo

de dos mil uno, el encausado Víctor Abel del Castillo Alarcón -Alcalde-, solicitó préstamos al Banco de la Nación y a la Caja de Ahorro y Crédito del Cusco por un total de doscientos mil nuevos soles para lo cual de manera coordinada con los encausados Francisco Huamán Concha - Secretario General- y Claudio Otazu Ladrón de Guevara - Secretario General- adulteraron actas de sesión de Concejo con la finalidad de sustentar que esos préstamos iban a ser destinados para realizar diversas obras civiles, sin embargo esos empréstitos fueron empleados en la cancelación de gastos corrientes. **Tercero**: Que, se debe precisar que el Ius Puniendi Estatal frente a comportamientos que lesionan o ponen en peligro los más preciados bienes jurídicos no es ilimitado, sino por el contrario, está determinado de acuerdo a ciertas condiciones, siendo una de ellas, el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito, el mismo que de verificarse en la realidad, impide que. el Estado despliegue su actividad persecutoria y sancionadora contra quienes quebranten las normas jurídico - penales. En este orden, el artículo ochenta del Código Penal dispone que la acción penal prescribe ordinariamente en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito si es privativa de libertad, y la parte in fine del artículo ochenta y tres de este cuerpo legal, señala que en todo caso (en los supuestos de interrupción), la acción penal prescribe extraordinariamente, cuando el tiempo transcurrido sobrepase en una mitad el plazo ordinario. **Cuarto**: Que, en este sentido, el análisis de los agravios expuestos por los recurrentes se realizará, en primer lugar, en cuanto a la responsabilidad penal por el delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios -negociación incompatible con el cargo-; luego, respecto del delito contra la administración pública - malversación de fondos-; y, finalmente, sobre el delito contra la fe pública -falsedad ideológica-. **Quinto**: Que, teniendo en cuenta que los hechos delictivos descritos en el acápite «a)» del segundo considerando de esta resolución imputados a los indicados encausados y calificados como delito de negociación incompatible con el cargo, previsto en el artículo trescientos noventa y siete del Código Penal -vigente al momento de los hechos, esto es, antes de su modificación por el artículo uno de la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco, publicada el seis de octubre de dos mil cuatro-, sucedieron desde el año de mil novecientos noventa y siete hasta enero de dos mil dos, conforme se aprecia del contenido del Informe Especial número doscientos noventa y cinco - dos mil tres CG/ORGU de fojas trescientos diez a trescientos catorce -que obra aparte del expediente principal-, constituyendo un delito continuado porque los agentes activos de manera repetida desarrollaron la misma

revolución criminal; y advirtiéndose que el indicado delito en su extremo máximo se encontraba conminado con pena privativa de libertad no mayor de cinco años, haciendo el cómputo correspondiente hasta la fecha de expedida la recurrida, ha transcurrido en exceso el plazo extraordinario de prescripción establecido en el artículo ochenta y tres del aludido cuerpo legal -figura penal apreciada por haberse interrumpido el plazo ordinario de prescripción debido a la intervención de la autoridad competente; no resultando aplicable la duplicidad dispuesta en el parágrafo «in fine» del artículo ochenta del indicado Código y en el artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Estado, al no ser exigible para la consumación de esta clase de delitos que se «... produzca un resultado material o un perjuicio patrimonial', pues no busca tutelar directamente la buena administración del patrimonio estatal, como ocurre con los delitos de peculado, malversación de fondos, entre otros, sino que el objeto de la tutela penal es garantizar «el normal desenvolvimiento y funcionamiento de la administración pública, en cuanto oportunidad y eficacia en el cumplimiento de la función pública'; por tanto, ha operado la extinción de la acción penal del indicado delito y en concordancia con lo establecido por el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, se debe proceder a estimar la solicitud propuesta por los encausados Víctor Abel del Castillo Alarcón y Marco Augusto Prada Orué; así mismo, se debe hacer extensiva esta conclusión a favor de la situación jurídica de los encausados Edgar Américo Olivera Marocho, Edgar Ochoa Astete, Grimaldo Bejar Chauca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Nilda Guerra Cuadros, Jesús Celso Zárate Machado, Carmen Venecia Umeres de Zárate en atención al principio de favorabilidad que informa el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales, en consecuencia, debe declararse de oficio la prescripción de la acción penal por el indicado delito. **Sexto**: Que, respecto del delito de malversación de fondos atribuido al encausado Víctor Abel del Castillo Alarcón en su condición de Alcalde, se evidencia que si bien el imputado dio una orientación parcial diferente al caudal del Estado, porque una parte del dinero fue utilizado en la ejecución de obras civiles conforme se advierte de los documentos de mil ciento uno a mil ciento cuatro, y la otra parte se empleó para pagar obligaciones laborales y otros gastos corrientes, sin embargo, del dictamen acusatorio de fojas setecientos ochenta y tres, del Informe Especial número doscientos noventa y cinco - dos mil tres CG/ORGU, y del informe Pericial Contable realizado en juicio oral que obran en cuadernos aparte al expediente principal, de su contenido no se aprecia que esa disposición haya afectado o

perjudicado alguna obra o servicio concreto, por tanto, la solo disminución del presupuesto destinado al rubro de ejecución de obras civiles destinándolas a gastos laborales y corrientes, en modo alguno puede constituir una Infracción de deber configurativo del delito de malversación de fondos, sino solo un quebrantamiento legal de índole administrativo, en consecuencia, esa conducta no se adecua a los requerimientos típicos del delito de malversación de fondos, por lo que, es correcta su absolución. Séptimo: Que, sobre el delito de falsedad Ideológica imputado a los encausados Víctor Abel del Castillo Alarcón y Francisco Huamán Concha, se advierte que los hechos imputados no se subsumen dentro de la figura típica del delito imputado por cuanto no se probó que la conducta realizada ocasionó algún perjuicio a la agraviada, sobre todo si se determinó que los prestamos de dinero solicitados con las actas que se sostiene fueron adulteradas, sirvieron para realizar obras civiles, así como para cumplir con las obligaciones laborales y de otros conceptos que requería la Entidad agraviada; por tanto, resulta correcta la absolución de los indicados encausados. Por estos fundamentos: declararon: I.- HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil seiscientos treinta y nueve, del veinte de noviembre de dos mil nueve, integrada por resolución de fojas mil setecientos seis, del treinta de noviembre de dos mil nueve, en el extremo que declaró improcedente la excepción de prescripción de la acción penal promovida por los encausados Víctor Abel del Castillo Alarcón y Marco Augusto Prada Orué contra el delito contra la administración pública -corrupción de funcionarios -negociación incompatible con el cargo- en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Santiago: reformándola declararon FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCION DE LA ACCIÓN PENAL a favor de Víctor Abel del. Castillo Alarcón y Marco Augusto Prada Orué por el delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios -negociación incompatible con el cargo- en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Santiago; y NULA la indicada sentencia en el extremo que condenó a los encausados Víctor Abel del Castillo Alarcón y Marco Augusto Prada Orué al primero de los citados encausados como autor y al otro encausado como cómplice secundario del delito contra la administración pública corrupción de funcionarios -negociación incompatible con el cargo- en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Santiago al primero a tres años de pena privativa de libertad efectiva y al otro encausado de manera suspendida por el término de dos años bajo reglas de conducta, así como también las demás sanciones accesorias que al respecto contiene. II.- HABER NULIDAD en la citada sentencia, que condenó

a los encausados Edgar Américo Olivera Marocho, Edgar Ochoa Astete, Grimaldo Bejar Chauca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Nilda Guerra Cuadros, Jesús Celso Zárate Machado, Carmen Venecia Umeres de Zárate, al primero de los citados encausados como autor y a los demás encausados como cómplices secundarios del delito contra la administración pública corrupción de funcionarios - negociación incompatible con el cargo- en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Santiago al primero a tres años de pena privativa de libertad efectiva y a los demos encausados de manera suspendida por el término de dos años bajo reglas de conducta y fija en diez mil nuevos soles la cantidad que por concepto de separación civil deberán pagar en forma solidaria a favor perjudicado, e inhabilita por el término de un año: reformándola declararon DE OFICIO PRESCRITA LA ACCION PENAL a favor de los indicados encausados por el citado delito en perjuicio del referido agraviado; y NULA la indicada sentencia en el extremo que condena a los encausados Edgar Américo Olivera Marocho, Edgar Ochoa Astete, Grimaldo Bejar Chauca, Marciano Hebelio Malaver Chávez, Nilda Guerra Cuadros, Jesús Celso Zarate Machado, Carmen Venecia Umeres de Zarate, al primero de los citados encausados como autor y a los demos encausados como cómplices secundarios del delito contra la administración pública corrupción de funcionarios - negociación incompatible con el cargo- en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Santiago al primero a tres años de pena privativa de libertad efectiva y a los demos encausados de manera suspendida por el termino de dos años bajo reglas de conducta, así como también las demos sanciones accesorias que al respecto contiene. III.- NO HABER NULIDAD en la citada sentencia en cuanto absolvió al encausado Víctor Abel del Castillo Alarcón de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la fe pública -falsedad ideológica- y por el delito contra la administración pública -malversación de fondos- en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Santiago, y absolvió al encausado Francisco Huamán Concha de la acusación fiscal formulada en su contra por el delito contra la fe pública -falsedad ideológica- en agravio del Estado representado por la Municipalidad Distrital de Santiago. IV.- ORDENARON la inmediata libertad de los encausados Víctor Abel del Castillo Alarcón y Edgar Américo Olivera Marocho, excarcelación que se llevará a cabo siempre y cuando no exista orden o mandato de detención emanada de autoridad competente; DISPUSIERON que Secretaria oficie con tal fin vía fax a la Primera Sala Superior en lo Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia del Cusco para los

fines pertinentes; y la Sala Superior de origen anule los antecedentes judiciales y policiales que se hubieran generado por estos delitos en contra de los citados encausados; y archívese definitivamente el proceso conforme a ley; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 1534-2008
CUSCO

Lima, dieciocho de mayo de dos mil diez.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Lecaros Cornejo; el recurso de nulidad, vía queja excepcional declarada fundada, interpuesto por los encausados Walter Soncco Farfán y Norma Sinchi Ayala contra la sentencia de vista de fojas quinientos uno, del veinticinco de octubre de dos mil seis, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, del veintitrés de junio de dos mil seis; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que el abogado de los acusados Soncco Farfán y Sinchi Ayala en la formalización de su recurso de fojas quinientos setenta y nueve sostiene que no se estableció la responsabilidad penal de sus patrocinados y que la forma en que se realizó el análisis en la sentencia de vista atenta contra el derecho fundamental del que goza toda persona, esto es, la presunción de inocencia y que en todo caso debió aplicarse el *in dubio pro reo* ante la falta de medios probatorios suficientes que demuestren la comisión del delito, tanto más que de autos se desprende la incoherencia de las declaraciones testimoniales que sustentan el fallo y el documento suscrito de puño y letra de la supuesta agraviada, por lo que deben ser absueltos de culpa y pena. **Segundo**: Que por Ejecutoria Suprema de fojas quinientos sesenta y cuatro, del dos de octubre de dos mil siete, se declaró fundada la queja excepcional interpuesta, en tanto se habría infringido el derecho de motivación de las resoluciones judiciales. **Tercero**: Que, ahora bien, el delito contra la Administración de Justicia en la modalidad de ejercicio arbitrario del derecho por mano propia se encuentra previsto

y penado en el artículo cuatrocientos diecisiete del Código Penal- con prestación de servicio comunitario; que, en este sentido, si se tiene en cuenta que el evento materia de imputación ocurrió el dieciséis y diecisiete de mayo de dos mil cinco, deberá tenerse en consideración los artículos ochenta y ochenta y tres del acotado Código, de suerte que, al efectuar el cómputo de los plazos, ha transcurrido el lapso ordinario y extraordinario de prescripción, e incluso descontando el término que estuvo suspendido dicho plazo, esto es, entre la interposición del recurso de queja excepcional - escrito de fojas quinientos diez, presentado el veintiuno de noviembre de dos mil seis- y la remisión de la copia certificada de la Ejecutoria Suprema que estimó el recurso de queja y concedió el recurso de nulidad -oficio de fojas quinientos sesenta y tres, recibido el quince de enero de dos mil ocho- a que se refiere el Acuerdo Plenario número cero seis-dos mil siete/CJ-ciento dieciséis, por lo que en todo caso la acción penal prescribió en mayo de dos mil nueve; que por tanto, resulta procedente declarar de oficio fundada la excepción de prescripción de la acción penal, conforme a la facultad conferida por el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Legislativo ciento veintiséis. Por estos fundamentos: declararon de oficio FUNDADA la excepción de prescripción de la acción penal a favor de Walter Soncco Farfán y Norma Sinchi Ayala, en el proceso seguido en su contra por delito contra la Administración de Justicia -ejercicio arbitrario del derecho por propia mano en agravio del Estado; DISPUSIERON el archivo definitivo del proceso y la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del proceso; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 942-2009

CALLAO

Lima, siete de mayo de dos mil diez.-

VISTOS; Interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto contra la sentencia de fojas dos mil

trescientos treinta, del cinco de noviembre de dos mil ocho, por: i) El encausado Víctor Abraham Huambachano Espejo en el extremo que lo condenó por el delito contra la Administración Pública -peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado -en el caso de la Empresa J.M.Z., con relación al cheque indebidamente girado a su nombre- a tres años de pena privativa de libertad suspendida por el término de dos años bajo reglas de conducta, e inhabilitación por un año, así como fijó en dos mil nuevos soles la cantidad que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del agraviado; ii) La Procuraduría Pública Anticorrupción del Distrito Judicial del Callao respecto de los siguientes extremos: a) las absoluciones de Víctor Félix López Orihuela, Henry William Ríos Gadea y Matilde Ybarra Romero de Valdez de la acusación fiscal formulada por el delito contra la Administración Pública - concusión impropia en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado; b) las absoluciones de Henry William Ríos Gadea, Antonio Cortez Borja, Víctor Félix López Orihuela y Víctor Abraham Huambachano Espejo de la acusación fiscal formulada por el delito contra la Administración Pública - peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado -en el caso LUMIDASA para los dos primeros, y del préstamo al Banco Sur por los dos segundos-; c) la absolución de Matilde Ybarra Romero de Valdez por el delito contra la Administración Pública - peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado; d) las absoluciones de Víctor Félix López Orihuela, Víctor Abraham Huambachano Espejo, Henry William Ríos Gadea, Matilde Ybarra Romero de Valdez y Jorge Chávez Fernández de la acusación fiscal formulada por el delito de contra la Administración Pública - malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado -caso fumigación avenida Costanera-; de conformidad con lo opinado por la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que el encausado Víctor Abraham Huambachano Espejo en su recurso formalizado de fojas dos mil trescientos sesenta y dos sostiene que no se valoraron adecuadamente las pruebas porque el Ingeniero L Julio Maraví Z. Gerente de la Empresa J.M.Z. Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada mediante oficio número cero cero tres -JMZ/ noventa y siete, del diecisiete de febrero mil novecientos noventa y siete, informó al señor Alcalde Guillermo Sánchez Delgado que de parte del recurrente había recibido el cheque por la suma de cuarenta mil nuevos soles a cambio del cheque B/N cero cero trescientos cincuenta y dos mil doscientos diez, del diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y siete; agrega, que la pericia contable evacuada por los peritos Luz María García Piérola

y Lupe Siccha Macasi no es válida porque para su formulación no contaron con los documentos necesarios; que el Informe número cero cero cuatro - noventa y nueve/MDLP/OAI no es una prueba preconstituida porque no fue elaborada por los auditores de la Contraloría General de la República; que tampoco se probó el perjuicio ocasionado a la entidad agraviada ni el beneficio personal o de un tercero; que, por otro lado, el Procurador Público Anticorrupción del Distrito Judicial del Callao en su recurso formalizado de fojas dos mil trescientos noventa y uno sostiene lo siguiente: a) que no se valoró adecuadamente la transferencia vehicular -motivo del hecho delictivo- porque en ella se Indicó que la entrega del vehículo se dio en calidad de dación en pago, sin embargo instrumentalmente aparece que se realizó un contrato de compra venta con Servicios e Inversiones Generales Sociedad Anónima, acto contractual que vulneró las normas dispuestas en el Reglamento Único de Contrataciones, lo que coadyuvó a sostener la tesis del direccionamiento por un lado, así como el doble pago del mismo vehículo, lo que acreditó el perjuicio de la entidad Edil; b) que la emisión y supuesto pago de cheques a nombre de personas diferentes de su titular Empresa J.M.Z. Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada quedaron acreditados con el envío de las cartas notariales que el representante legal de la citada Empresa remitió a la agraviada, en las que indicó que su representada no cobró la cantidad de veintiséis mil noventa y ocho nuevos soles con dieciséis céntimos, situación que fue corroborada con el Informe número cero cero cuatro - noventa y nueve -MDLP que determinó la emisión de cheques a favor de terceros distintos a los representantes de la Empresa que ganó la buena pro, lo que conlleva a concluir que se encuentra acreditada la responsabilidad penal de Jorge Ramírez Gudiel, Luis Alfredo Fernández Bances -Directores Municipales- y Calixto Bernardo Munives Parreño -tesorero-; c) que, respecto del contrato de locación de servicios que suscribió la Entidad edil con la Empresa LUMIDASA Sociedad de Responsabilidad Limitada a fin de que realice proyectos de iluminación, se encuentra acreditado el delito y la responsabilidad de los encausados porque no existe el acta de conformidad de obras, el informe técnico, la carta fianza que asegure la Inversión, así como tampoco se acreditó que la indicada empresa sea proveedora registrada, máxime si es evidente el perjuicio ocasionado debido a que no obra el expediente técnico que sustente la realización de la indicada obra; d) que con relación al Convenio Interinstitucional suscrito entre la Entidad Edil y el Banco del Sur para el otorgamiento de créditos a favor de los trabajadores municipales, se advierte que ambas partes acordaron en que el abono se realizaría por descuento de planillas, sin embargo, en

marzo de mil novecientos noventa y ocho, la Entidad edil asumió la deuda contraída por sus trabajadores; e) que la disposición del dinero del presupuesto municipal en la fumigación de la Avenida Costanera constituyó un acto delictivo de malversación de fondos porque según el Informe número ciento ochenta y cinco del cinco de abril de mil novecientos noventa y nueve, esa acción no se encontró incluida en el plan anual ni en el presupuesto municipal, menos en el programa de saneamiento integral, por lo que resultó inviable su ejecución, utilizándose dinero que no estaba autorizado para ese fin. **Segundo**: Que, según la acusación fiscal de fojas mil doscientos noventa y seis, en el periodo de los años de mil novecientos noventa y ocho al dos mil uno, en la Municipalidad Distrital de la Perla a cargo del encausado Guillermo Lorenzo Sánchez Delgado -fallecido- se realizaron las siguientes acciones ilícitas: i) Se atribuye a los encausados Víctor Félix López Orihuela, Henry William Ríos Gadea -Jefe de la Unidad de Abastecimiento- y Matilde Ibarra Romero de Valdez -Jefe de Adquisiciones- haber cometido el delito de concusión impropia, pues el dos de marzo de mil novecientos noventa y ocho se celebró el contrato de compra venta del vehículo de placa de rodaje número PGJ - cuatrocientos sesenta y cuatro, por el valor de cuatro mil dólares americanos, sin embargo, posteriormente, mediante Resolución de Alcaldía número quinientos cincuenta y uno - noventa y ocho/MDCP-ALC, del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y ocho, se aprobó la adquisición de ese mismo vehículo a la Empresa Inmuebles Sociedad Anónima, operación en la que intervinieron los indicados acusados al elaborar la orden de compra y guía de internamiento del indicado vehículo, respectivamente; ii) Se atribuye a los encausados Jorge Ramírez Gudiel -Director Municipal-, Víctor Abraham Huambachano Espejo -Asistente de tesorería- y Luis Fernández Bances -Director de Administración-haber cometido el delito de peculado porque pese a que la Empresa J.M.Z. Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada había ganado la buena pro para la ejecución de la obra de construcción de veredas, sardineles y pavimento de la Avenida Santa Rosa y Calles aledañas, giraron un cheque número cero cero treinta y cinco mil doscientos cincuenta y siete por la cantidad de veintiséis mil noventa y ocho nuevos soles con dieciséis céntimos a favor de Rosier Alexander Oblitas Díaz -particular-, persona que no mantenía vínculo alguno con la referida Empresa Contratista, hecho en el que también intervino el encausado Calixto Bernardo Munive Parreño -tesorero-, quien autorizó y firmó el referido título valor; que, posteriormente, siguiendo la misma forma delictiva expidieron el cheque número cero cero trescientos cincuenta y dos mil doscientos diez por la cantidad de cuarenta mil nuevos soles a favor del

encausado Huambachano Espejo, perjudicando de esta manera a la Entidad Edil por cuanto no efectuó el debido pago a la Empresa Contratista con quien se encontraba obligado contractualmente; iii) Se atribuye a los encausados Antonio Cortés Borja -Director de Desarrollo Urbano- y Henry William Ríos Gadea -Jefe de la Unidad de Abastecimiento- el delito de peculado, pues el veintiuno de noviembre de mil novecientos noventa y siete con motivo del contrato de locación de servicios que celebraron Id Entidad Edil y la Empresa LUMIDASA Sociedad de Responsabilidad Limitada, a fin de que esta última realice proyectos de iluminación y otras obras, los indicados funcionarios la favorecieron, debido a que, pese a que no cumplió con el referido acuerdo, los procesados firmaron el acta de conformidad de la cuestionada labor, ocasionando un perjuicio a la entidad agraviada; iv) Se atribuye a los encausados Víctor Abraham Huambachano Espejo -Asistente de tesorería- y Félix Víctor López Orihuela -Director de Administración- el delito de peculado porque se apoderaron indebidamente de la suma de cincuenta y un mil quinientos veintitrés nuevos soles con ochenta y siete céntimos, producto de las retenciones efectuadas a los haberes de los trabajadores ediles, en razón del convenio celebrado entre la indicada Comuna y el Banco del Sur para el otorgamiento de créditos de consumo; v) Se imputa a los procesados Félix Víctor López Orihuela -Director de Administración-, Jorge Chávez Fernández -Director de Protección Ambiental-, Matilde I barra de Valdez -Jefe de Adquisiciones-, Henry William Ríos Gadea -Jefe de la Unidad de Abastecimiento- y Jorge Chávez Fernández -Director de Protección Ambiental- haber cometido el delito de malversación de fondos porque el veintiocho de febrero de mil novecientos noventa y ocho celebraron el contrato de servicios celebrado entre la Entidad Edil y la Empresa Multiservice representada por Mario Cáceres Bertini, a fin de que efectúen la fumigación de la Avenida Costanera, pese a que Juan Carlos Castillo -Jefe de la Oficina de Planificación, Presupuesto, Racionalización y Estadística- les informó oportunamente que no existía partida presupuestaria para efectuar esa acción, sin embargo esta irregularidad fue avalada por Resolución de Alcaldía número novecientos cuarenta y siete -noventa y ocho - ALC, del veintinueve de diciembre de mil novecientos noventa y ocho. **Tercero**: Que, primero se efectuará el análisis de la situación jurídica del encausado Víctor Abraham Huambachano Espejo respecto del delito de peculado por el hecho precisado en el punto II» y, posteriormente, se hará lo propio en cuanto a la absolución de los demás encausados sobre los restantes hechos imputados; que, en este sentido, se procedió correctamente al condenar al encausado Víctor Abraham Huambachano Espejo -Asistente de

tesorería- por el delito de peculado doloso respecto del hecho precisado en el punto «II», porque, a solicitud y conocimiento de sus coencausados Guillermo Lorenzo Sánchez Delgado -fallecido-, Jorge Ramírez Gudiel -Director Municipal-, y Luis Fernández Bances -Director de Administración- cobró el cheque número cero cero trescientos cincuenta y dos mil dos ciento diez por la cantidad de cuarenta mil nuevos soles, dinero que pertenecía a la Empresa J.M.Z. Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada como parte del pago de la ejecución de la obra «construcción de veredas, sardineles y pavimento de la Avenida Santa Rosa y Calles aledañas»; hecho que además fue probado con los siguientes informes técnicos: 1) Informe cero cero cuatro - noventa y nueve /MDLP/OAI, de fojas sesenta y dos, elaborado por la Oficina de Auditoría Interna de la Municipalidad Distrital de la Perla, que concluyó que el indicado cheque fue girado a nombre de Huambachano Espejo -Asistente de tesorería- a fin de cancelar los servicios prestados por la Empresa J.M.Z. Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada; y 2) Pericia Contable de fojas dos mil cincuenta y siete, que determinó que por el giro del indicado cheque y por otro cheque de similar monto a personas distintas de los verdaderos representantes de la Empresa J.M.Z. Contratistas Generales Sociedad de Responsabilidad Limitada, se perjudicó a la Municipalidad Distrital de la Perla, por cuanto la obligación asumida con la indicada empresa contratista se encontraba pendiente de rendición de cuentas por una cantidad de sesenta y seis mil noventa y ocho nuevos soles con dieciséis céntimos; que, esta obligación dineraria no fue cumplida conforme lo indicó el representante legal de la citada empresa Julio Maraví Zavala, pues exigió su pago mediante cartas notariales del doce de diciembre de mil novecientos noventa y ocho y doce de enero de mil novecientos noventa y nueve; pruebas que revelan el accionar delictivo del encausado y resaltan el modo de su proceder, quien participó con sus demás coencausados, aprovechando su condición de funcionario público encargado de custodiar y girar los cheques a los distintos proveedores, para apropiarse del dinero de la Entidad Edil, vulnerando el bien jurídico protegido por el delito de peculado, esto es, el normal desarrollo de las actividades de la Administración Pública garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales que se le habían confiado. **Cuarto**: Que el quantum de la sanción impuesta al encausado Huambachano Espejo de tres años de pena privativa de libertad suspendida por el delito previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, respeta los criterios y factores establecidos para su individualización establecidos en el artículo cuarenta y cinco y cuarenta y seis del indicado Código, observando equivalencia con las

circunstancias de su comisión, con la condición personal del imputado y, especialmente, con el criterio rector del principio de proporcionalidad contemplado en el artículo ocho del Título Preliminar del acotado Código. **Quinto**: Que, en cuanto a este mismo hecho, se advierte que no es correcta la desvinculación de la tesis de imputación respecto de la responsabilidad de los encausados Jorge Ramírez Gudiel -Director Municipal-, Luis Fernández Bances -Director de Administración- y Bernardo Muníves Parreño -Tesorero- por el delito de peculado culposo, pues en las acciones realizadas por los indicados encausados no se aprecia actuación por negligencia que haya dado ocasión a la sustracción del bien por parte de un tercero, sino que ellos de manera activa y directa estaban vinculados en este hecho, apropiándose de parte del dinero cobrado indebidamente por Rosier Alexander Oblitas Díaz y Víctor Abraham Huambachano Espejo, respectivamente, pues estos encausados dentro de sus funciones tenían la obligación de autorizar y verificar el debido cumplimiento del procedimiento para formular órdenes de pago y girar los respectivos cheques; imputación que se encontraría probada con el Informe cero cero cuatro - noventa y nueve /MDLP/OAI, de fojas sesenta y dos, elaborado por la Oficina de Auditoría Interna de la Municipalidad Distrital de la Perla, y con la pericia contable de fojas dos mil cincuenta y siete; elementos probatorios que debieron ser valorados de manera conjunta y no aislada, conforme lo informan los criterios jurisprudenciales precisados en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco / CJ-ciento dieciséis, referido a la «definición y estructura del delito de peculado»; en consecuencia, en este extremo debe anularse la sentencia recurrida conforme a la facultad contenida en el artículo doscientos noventa y nueve del Código de Procedimientos Penales, y se disponga se lleve a cabo un nuevo juicio oral. **Sexto**: Que, respecto del hecho descrito en el punto «i» por el que se les atribuye a los encausados Víctor Félix López Orihuela, Henry William Ríos Gadea -Jefe de la Unidad de Abastecimiento- y Matilde Ybarra Romero de Valdez -Jefe de Adquisiciones- el injusto penal de concusión impropia, se evidencia que no se acreditó el delito ni la responsabilidad penal que se les imputa, por cuanto no existen elementos configurativos de este ilícito, debido a que no se advierte la sindicación contra los encausados que hayan obligado o inducido a Carlos Woll Torres -Gerente General de la Empresa de Servicios e Inversiones Generales Sociedad Anónima- a que les entregue un bien patrimonial porque el vehículo de placa de rodaje número PGJ - cuatrocientos sesenta y cuatro, según Resolución de Alcaldía número quinientos cincuenta y uno -noventa y ocho/MDCP-ALC del dieciséis de julio de mil novecientos noventa y ocho fue entregado a la agraviada por parte de

la indicada empresa como parte de pago de las deudas tributarias que había contraído, conforme lo indicó Carlos Woll Torres a fojas trescientos diez. Séptimo: Que, en cuanto al evento descrito en el punto «III» atribuido a los encausados Antonio Cortés Borja -Director de Desarrollo Urbano- y Henry William Ríos Gadea -Jefe de la Unidad de Abastecimiento- por el delito de peculado, resulta adecuada la absolución de la acusación fiscal porque tampoco se determinó el delito ni la responsabilidad penal que se les atribuye, pues la agraviada se habría perjudicado con el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el contrato de locación de servicios celebrado con la Empresa LUMIDASA Sociedad de Responsabilidad Limitada, lo que nos remite a una infracción a las obligaciones civiles asumidas en ese contrato, debido a que esta empresa no entregó oportunamente los proyectos de iluminación, pavimentación y construcción de obras que se le había encomendado, conforme se aprecia del Informe número cero diecisiete - noventa y nueve / MDLP/OAI de fojas cuatrocientos treinta y cinco; empero, no se acreditó que los encausados hayan dispuesto del caudal de la agraviada sin sustento alguno a efectos de beneficiarse o contribuir en que la indicada empresa lo haga indebidamente. **Octavo**: Que, sobre el evento precisado en el acápite «iv» atribuido a los encausados Víctor Abraham Huambachano Espejo -Asistente de tesorería- y Félix Víctor López Orihuela -Director de Administración- por el delito de peculado, es semejante la conclusión a la que se arribó en los anteriores hechos porque en el proceso no se probó el delito ni la responsabilidad penal de los indicados encausados, por cuanto la cantidad de dinero -cincuenta y un mil quinientos veintitrés nuevos soles con ochenta y siete céntimos- que se sostuvo fue apropiada, no egresó de las cuentas de la agraviada, sino que esa suma fue parte de la obligación no cumplida que asumió la Entidad Edil representada por Guillermo Lorenzo Sánchez Delgado - ex Alcaide-, frente al préstamo de crédito por consumo que realizó el Banco del Sur a los trabajadores de la indicada Municipalidad, caudal que debía ser recaudado mediante descuento de las remuneraciones de los trabajadores que habían obtenido un crédito, conforme aprecia del Informe cero treinta y nueve - noventa y nueve / MDLP/OAI de fojas ciento trece; situación que a su vez fue aclarada con el Informe pericial contable de fojas dos mil ciento treinta y tres, que concluyó que por esa operación crediticia no se perjudicó de modo alguno los caudales de la agraviada. **Noveno**: Que, por último, en lo referente al evento precisado en el punto «v» imputado a los procesados Félix Víctor López Orihuela -Director de Administración-, Jorge Chávez Fernández -Director de Protección Ambiental-, Matilde Ibarra de Valdez -Jefe de Adquisiciones- , Henry William Ríos Gadea -Jefe de la Unidad de Abastecimiento- y

Jorge Chávez Fernández -Director de Protección Ambiental- como delito de malversación de fondos, no se advierte que la disposición de dieciséis mil quinientos nuevos soles a efecto de ejecutar la obra «fumigación de la Avenida Costanera» realizado por la Empresa Multiservice representada por Mario Cáceres Bertini, haya perjudicado el cumplimiento de otra obra previamente presupuestada, pues si bien la indicada acción no estuvo planificada ni presupuestada, sin embargo, no se probó que se haya alterado el destino previamente asignado a ese caudal, conclusión que emerge del Informe número ciento ochenta y cinco - noventa y nueve -AL/MDLP de fojas quinientos veinticinco, lo que es corroborado con el Informe pericial contable de fojas dos mil ciento dieciocho; que, en consecuencia, corresponde reiterar las decisiones absolutorias adoptadas por la Sala Superior de mérito. Por estos fundamentos: I. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas dos mil trescientos treinta, del cinco de noviembre de dos mil ocho, que condenó al encausado Víctor Abraham Huambachano Espejo por el delito contra la administración pública -peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado -en el caso de la Empresa J.M.Z. con relación al cheque indebidamente girado a su nombre- a tres años de pena privativa de libertad suspendida por el término de dos años bajo reglas de conducta, e inhabilitación por un año, así como fijó en dos mil nuevos soles la cantidad que por concepto de reparación civil deberá pagar a favor del agraviado. II. Declararon NO HABER NULIDAD en la indicada sentencia en los extremos que: a) absolvió a Víctor Félix López Orihuela, Henry William Ríos Gadea y Matilde Ybarra Romero de Valdez de la acusación fiscal formulada por el delito contra la Administración Pública - concusión impropia en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado; b) absolvió a Henry William Ríos Gadea, Antonio Cortez Borja, Víctor Félix López Orihuela y Víctor Abraham Huambachano Espejo de la acusación fiscal formulada por el delito contra la Administración Pública - peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado -en el caso LUMIDASA para los dos primeros y del préstamo al Banco Sur por los dos segundos-; c) absolvió a Matilde Ybarra Romero de Valdez por el delito contra la Administración Pública - peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado; d) absolvió a Víctor Félix López Orihuela, Víctor Abraham Huambachano Espejo, Henry William Ríos Gadea, Matilde Ybarra Romero de Valdez y Jorge Chávez Fernández de la acusación fiscal formulada por el delito contra la Administración Pública - malversación de fondos en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado -caso fumigación avenida Costanera-, III. Declararon NULA la indicada sentencia en el extremo

que declaró Fundada de oficio la excepción de prescripción de la acción penal incoada contra Jorge Ramírez Gudiel, Luis Alfredo Fernández Bances y Calixto Bernardo Munives Parreño por el delito contra la Administración Pública - peculado por negligencia en agravio de la Municipalidad Distrital de la Perla y del Estado -en el caso de la Empresa J.MZ con relación al cheque indebidamente girado a su nombre-; MANDARON que se realice un nuevo juzgamiento por otro Colegiado y se emita sentencia teniendo en cuenta la parte considerativa de la presente Ejecutoria; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 238-2009

PUNO

Lima, diecinueve de marzo de dos mil diez.-

VISTOS, interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por la parte civil (Procurador Público de la Municipalidad Provincial de San Román, Juliaca), contra la sentencia absolutoria de fojas ochocientos sesenta y cinco, del doce de noviembre de dos mil ocho; de conformidad en parte con el dictamen de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que la parte civil en su recurso formalizado de fojas novecientos tres alega que la sentencia carece de motivación adecuada; que los encausados Miguel Coila Roque y Zenón Colquehuanca Churata eran depositarios de los bienes que quedaron bajo su custodia y en consecuencia responsables de la desaparición de los bienes faltantes. **Segundo**: Que la acusación fiscal de fojas seiscientos veinte atribuye a los encausados Coila Roque y Colquehuanca Churata que en su condición de trabajadores de la Municipalidad Provincial de San Román y en particular en su calidad de vigilantes del depósito Municipal se apropiaron de diversos piezas del vehículo de placa de rodaje número XU - tres mil trescientos nueve de propiedad de Esteban Mamani Huanca, que fue entregado en custodia luego que participara en un accidente de tránsito ocurrido el diecinueve de septiembre de

dos mil cinco; que cuando el agraviado el veinte del mismo mes y año se constituyó al depósito municipal a retirar su vehículo, se constató a su insistencia que le faltaban los siguientes accesorios: once botones del sistema eléctrico, un botón de ventana, veinte relays, un flasher de emergencia, cinco fusiles de luces, dos parlantes y un alternador; que, además, se imputa a Hermilio Jorge Calizaya Castillo, Jefe de la Oficina de Personal de la Municipalidad, haber omitido dar el trámite correspondiente al reclamo que formuló el agraviado Huamaní Huanca en relación a la sustracción de los accesorios ya mencionados. **Tercero**: Que del análisis de autos se advierte que los cargos contra los acusados Coila Roque y Colquehuanca Churata se sustentan básicamente tanto en el acta de constatación de fojas sesenta y dos, que detalla todos los accesorios que faltan en el indicado vehículo, como en la declaración de Mamani Huanca de fojas cuatrocientos sesenta y cinco, quien se ratifica de la denuncia que interpuso sobre los hechos juzgados. **Cuarto**: Que, sin embargo, también se deben valorar los siguientes indicadores: i) la boleta de internamiento de fojas ocho, que verifica que al momento de recepcionarse el vehículo en mención se encontraba en mal estado de conservación y al efectuarse el inventario de sus accesorios no se consignó aquéllos que Mamani Huanca dice que le fueron sustraídos -se indica que al ingresar al depósito el vehículo contaba, entre otros accesorios, con un relay y alternador-, de modo tal que este documento resulta insuficiente para acreditar la sustracción denunciada; ii) los acusados Coila Roque -véase su manifestación policial de fojas treinta, instructiva de ciento ochenta y nueve y en el juicio oral de fojas setecientos setenta y tres- y Colquehuanca Churata - véase su manifestación policial de fojas veintisiete, instructiva de fojas doscientos noventa y dos y en el juicio oral de fojas setecientos sesenta y dos- negaron en forma uniforme haber sustraído los bienes del vehículo que fue internado en el depósito que ellos vigilaban; iii) el peritaje técnico de fojas cuatrocientos treinta y nueve, que se realizó después del accidente de tránsito que ocasionó, se limita a concluir que el indicado vehículo se encuentra inoperativo por presentar daños materiales. iv) el cotejo del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal con el acta de constatación de pérdidas no comprueba la sustracción de la totalidad de accesorios supuestamente faltantes. **Quinto**: Que del acta de internamiento del vehículo al depósito municipal y del acta de constatación de pérdidas se acredita que falta sólo un alternador y un relay -y no todo lo que indica el agraviado Mamani Huanca-; sin embargo, por la situación de los objetos -un alternador y un relay- es preciso indicar que se debe aplicar el principio de intervención mínima del Derecho Penal que consiste

en que el Derecho Penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando dicha protección puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales; que en el caso concreto es relevante y aplicable el principio de subsidiaridad, según el cual el Derecho Penal ha de ser la última ratio, el último recurso que se debe utilizar a falta de otros menos lesivos, así como el denominado carácter fragmentario del Derecho Penal que constituye una exigencia relacionada con la anterior, es decir, significa que el Derecho Penal no ha de sancionar todas las conductas vulneradoras de los bienes jurídicos que protege, ni tampoco todos ellos son objeto de tutela, sino sólo castiga las modalidades de ataque más peligrosas para ellos -el Derecho Penal protege el bien jurídico contra ataques de especial gravedad-; que ambos postulados integran el llamado principio de intervención mínima del Derecho penal, que consiste en que la intervención del Estado solo se justifica cuando es necesaria para el mantenimiento de su organización; que por eso sólo debe acudirse al Derecho Penal cuando han fracasado todos los demos controles, pues el derecho punitivo es el último recurso que ha de utilizar el Estado, en tanto en cuanto no castiga todas las conductas lesivas de bienes jurídicos, sino sólo las que revisten mayor entidad -la potestad de castigar no puede ser ejercida por el Estado de manera ilimitada, pues se caería en el abuso y la arbitrariedad, es necesario imponerle diversos controles-; que, en el presente caso, se trata de la pérdida de dos objetos -un alternador y un relay- que por su baja significación no pueden ser ventilados en la vía penal. **Sexto**: Que, en lo que respecta al delito de omisión de actos funcionales atribuido a Hermilio Jorge Calisaya Castillo, se le imputa que en su condición de Jefe de la Oficina de Personal de la Municipalidad Provincial de San Román omitió dar el trámite correspondiente al reclamo que formuló el agraviado Huamaní Huanca por la pérdida de los accesorios mencionados anteriormente; que aún cuando el indicado encausado no llevó a esto las acciones necesarias para viabilizar el reclamo del agraviado, resulta necesario verificar si a la fecha se encuentra vigente la acción penal para su persecución; que el ilícito en referencia está previsto en el artículo trescientos setenta y siete del Código sustantivo, que lo sanciona con dos años de pena privativa de libertad, lo que significa que la acción penal prescribe a los tres años de su comisión, conforme a lo dispuesto por los artículos ochenta y ochenta y tres del acotado Código; que es de precisar que en el presente caso no se puede aplicar la última parte del artículo ochenta del Código Penal -duplicidad del plazo ordinario- por no tratarse de un hecho punible cometido contra el patrimonio del Estado.

Séptimo: Que conforme a la acusación fiscal el delito atribuido a Calisaya Castillo ocurrió el diez de octubre de dos mil cinco, por lo que a la fecha que se emite la presente Ejecutoria ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción de la acción penal, por lo que es procedente emitir pronunciamiento en ese sentido conforme lo autoriza el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: I. Declararon NULA la sentencia de fojas ochocientos sesenta y cinco, del doce de noviembre de dos mil ocho, en la parte que absuelve a Hermilio Jorge Calisaya Castillo de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - omisión de actos funcionales en agravio del Estado y de Esteban Mamani Huanca; reformándola: declararon EXTINGUIDA LA ACCIÓN PENAL POR PRESCRIPCIÓN a favor de Hermilio Jorge Calisaya Castillo por el delito contra la Administración Pública -omisión de actos Funcionales en agravio del Estado y de Esteban Mamani Huanca; DISPUSIERON se anulen los antecedentes policiales y judiciales de Hermilio Jorge Calisaya Castillo en relación a los hechos que originaron el presente proceso, y se archive definitivamente lo actuado en cuanto a este extremo se refiere. II. Declararon NO HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que absuelve a Miguel Coila Roque y Zenón Colquehuanca Churata de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública -peculado por extensión en agravio del Estado y de Esteban Mamani Huanca; con lo demos que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
SANTA MARÍA MORILLO

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1914-2010

Lima Norte

Lima, once de agosto de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público y los procesados Maurilio Yauri Lavado, Segundo Jorge Isaac García Rojas, Luís Felipe De La Mata Martínez y

Marco Antonio Vásquez Fernández, contra la sentencia de fojas mil quinientos cuarenta y siete, de fecha veintitrés de diciembre de dos mil nueve; de conformidad en parte con lo opinado por la señora Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo **Villa Stein**; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el representante del Ministerio Público, en su recurso de fundamentación de agravios de fojas mil seiscientos, alega que, no está conforme con el quantum de la pena impuesta a los sentenciados, dada la gravedad de los hechos, en efecto, el Informe de la Contraloría, subrayó la ausencia del «cargo» de la Carta de Invitación a la empresa ganadora, que la sentenciada Salcedo Hernández, asignó a la empresa puntaje diferentes a los señalados en las Bases, omitiendo asignar puntaje al rubro «Evaluación de Empresa»; asimismo, se advirtió irregularidades en los comprobantes de pago del vehículo, en cual tuvo implicancia el Director Municipal De la Mata Martínez, presionando a Barboza Varillas para que firmara las órdenes de pago; en relación al servicio de repotenciamiento de vehículos, se habría convenido, sin mediar contratación del servicio correspondiente, abonándose la suma de doscientos cinco mil doscientos nuevos soles, sin que FERCA Sociedad Anónima haya prestado el servicio, encontrándose tales bienes en deterioro o perdidos, el pago fue ordenado por García Rojas al dejar el cargo de Director Municipal, el desembolso se efectuó a pesar de no haberse prestado servicio, tampoco Fernando Cáceda Cáceda Gerente General de FERCA Sociedad Anónima, con sede en Trujillo, devolvió los bienes a la Municipalidad en el plazo convenido. Sostiene, que la conducta se subsume al tipo previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, evidenciándose que se canceló el camión sobrevaluado, así como el servicio irregular de repotenciamiento y reparación de vehículos y maquinarias, hechos delictivos cometidos en concertación con la empresa favorecida, los cuales se encuentran sustentados con los medios probatorios evaluados en la sentencia; por lo que, debe incrementarse la pena impuesta a los sentenciados. La defensa del procesado Segundo Isaac García Rojas en su escrito de fojas mil quinientos setenta y siete, señala que no existen pruebas que demuestren su participación en el hecho delictivo, efectivamente, se le condenó como cómplice primario, no obstante no haber sido acusado por dicho título de imputación, se le dejó en indefensión, incurriéndose en causal de nulidad; en este orden de ideas, puntualizó no haber tenido participación en la comisión del hecho punible, dado que al momento de acaecido los hechos no trabajaba en el Municipio agraviado, sino en la Municipalidad de San Juan de Lurigancho, finalmente no integró el Comité Especial, quienes han cometido el

hecho punible. La defensa del inculpado Mauricio Yauri Lavado en su escrito de fojas mil quinientos ochenta y cuatro, señala que la condena impuesta como Director de Administración y Presidente del Comité de Adjudicación Directa, por la pretendida adquisición sobrevalorada del camión cisterna y el servicio de repontenciamiento de las unidades vehiculares de limpieza pública y serenazgo, no se sostiene con algún medio de prueba; respecto a la compra del camión cisterna, por Acuerdo de Concejo número cero cero cero dos uno de fojas treinta y cuatro, se declaró en Situación de Emergencia, los parques, jardines, Seguridad Ciudadana, obras de salubridad y abastecimiento de agua, que fue sustentado con informes de los organismos correspondientes y no fue motivo de cuestionamiento alguno; por la urgencia, se compra el camión cisterna mediante Adjudicación Directa de Menor Cuantía, por tal razón, no existe documento de convocatoria, elaboración de bases, ni otorgamiento de buena pro que determine a la vez participación del comité en el proceso como tal; asimismo, la ejecución del proceso y por tanto, la pretendida sobre valoración, se efectuó en el Área de Logística sin participación del Comité Especial, tomándose en cuenta, para tal fin, el informe del Ingeniero especialista Jorge Ponce Galiano, además ante tal exigencia, el Alcalde Milton Jiménez Salazar suscribió la Carta de Gerencia al haber comprobado la Carta Fianza otorgada por el Banco Wiese Sudameris a favor de la Municipalidad, que fue recibida por el Tesorero Juan Carlos Barboza Varillas, que dicho comprobante de pago contenía la factura número cero cero uno – cero dos cuatro nueve, así como el contrato y la orden de Servicio número cuatrocientos cuarenta y uno, el cual estuvo autorizado por otro Director Municipal por tratarse de fondos de FONCOMUN, por tanto, el recurrente no era responsable de dichos gastos; fue cambiado por el Alcalde, por su férrea decisión de exigir el cumplimiento de los requisitos previstos. En relación al repotenciamiento de vehículos señala que, no ha tenido injerencia alguna. La defensa técnica del procesado Luís Felipe De La Mata Martínez en su escrito de fojas mil quinientos noventa y tres, señala que no valoró las pruebas actuadas que desvirtúan su responsabilidad, que el contrato motivo de imputación fue un borrador firmado solamente por su persona, el cual debió desecharse porque el doce de junio de dos mil uno, no tenía facultades para suscribir contratos, que tal facultad le fue otorgada recién el cuatro de julio de dos mil uno por Resolución de Alcaldía número cero cero cero uno tres uno – dos mil uno-MDPP, que equivocadamente, se le atribuye haber autorizado pagar a FERCA SA por la adquisición del camión cisterna, dado que no existe proveído de su parte, tampoco ha ejercido

presión al Tesorero Juan Carlos Barboza Varillas, máxime, si éste último negó dicha posibilidad. Finalmente la defensa del procesado Marco Antonio Vásquez Fernández en su escrito de fojas mil seiscientos veinticinco, alega que se cometieron graves irregularidades y omisiones de trámites o garantías establecidas en la Ley Procesal Penal; en este orden de ideas, destaca que se encuentra procesado únicamente por sindicación policial de Patricia Verónica Salcedo Hernández, que expresó haber firmado, en junio de dos mil uno la documentación relativa a la compra del camión por orden de sus jefes administrativos, empero, no existen pruebas de cargo idóneas, veraces e indubitables, que acrediten tal aseveración; más aún, si la referida sentencia Salcedo Hernández, se rectificó en el contradictorio; finalmente, afirma que, en la fecha de la comisión de evento delictivo, mayo y junio de dos mil uno, no desempeñó cargo como miembro del Comité Especial, Regidor o Alcalde de la Municipalidad, tampoco suscribió documento alguno. **Segundo:** Que, conforme se advierte de la acusación fiscal de fojas seiscientos noventa y uno, se atribuye a los funcionarios de la Municipalidad Distrital de Puente Piedra, Patricia Verónica Salcedo Hernández -miembro del Comité Especial de Adjudicación Directa y Jefa de la Unidad de Logística y Control Patrimonial-, Maurilio Yauri Lavado -Presidente del Comité Especial y Director de Administración-, Segundo Jorge Isaac García Rojas -ex Director Municipal-, Luís Felipe de la Mata Martínez -Director Municipal-, Marco Antonio Vásquez Fernández -Asesor de la Oficina de Administración- y Juan Carlos Barboza Varillas -Tesorero-, ser autores del delito de Colusión, dado que, en el Proceso de Adjudicación Directa y Reflotamiento de Vehículos, en concertación ilegal defraudaron a la Municipalidad Distrital de Puente Piedra, en la compra sobrevalorada de un camión cisterna y en el servicio de repotenciamiento de unidades vehiculares de limpieza pública y Serenazgo del citado Municipio, otorgando, irregularmente la buena pro a la Empresa FERCASA. **Tercero:** Que, entre las características fundamentales que definen la naturaleza jurídica y funcionalidad procesal del delito de colusión desleal identificamos: i.- Que, es un delito especial propio. El círculo de autores es restringido. Solo pueden ser sujetos activos del mismo los funcionarios públicos que actúen en razón de su cargo o por comisión especial. El tipo legal exige una relación funcional específica; el funcionario público ha de tener facultades para intervenir, por cuenta del Estado, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subasta o cualquier otra operación semejante, y ha de utilizar ese nexo funcional para delinquir. En consecuencia, no resulta plausible la instauración de procesos penales bajo proposiciones fácticas

circunscritas a la mera constatación de irregularidades administrativas sin que responda o constituya la exteriorización del núcleo típico del delito de colusión desleal; y **ii).-** El hecho punible de colusión es un delito de participación necesaria – concretamente de encuentro -, que requiere de la intervención de un particular o *extraneus*. Esta demanda que el agente público – el *intraneus* – se ponga ilícitamente de acuerdo con las partes implicada en un contrato o acto – los interesados – que se quiere celebrar o que se ha celebrado en perjuicio de los intereses de la Administración Pública – ambos sujetos apuntan a una misma finalidad típica. El carácter fraudulento del acuerdo colusorio reside, pues, en la «privatización» de la actividad funcional que realiza el funcionario público que, como tal, debe tender a representar y cautelar los intereses de la Administración Pública y no, por el contrario, a beneficiar a los particulares [Reyna Alfaro, Luís Miguel: Estructura típica del delito de colusión, Actualidad Jurídica, ciento treinta, dos mil nueve, página sesenta y nueve]; en este orden de ideas, resulta cuestionable se acuse por el delito sub examine, sin la respectiva fijación de la base fáctica que dé cuenta de la convergencia entre el sujeto particular y los funcionarios públicos. **Cuarto:** Que, establecido lo anterior, debemos destacar que la pretensión punitiva referida a los procesados Maurilio Yauri Lavado, Segundo Jorge Isaac García Rojas, Luís Felipe De La Mata Martínez y Marco Antonio Vásquez Fernández, presenta una genérica descripción de los hechos sin dar respuesta, por ejemplo espacio – temporal, de los comportamientos típicos convergentes con los de los particulares, en las que habrían incurrido cada uno de los precitados acusados en la verificación del núcleo duro de la imputación, esto es, la concertación, requisito sine qua non para el juicio de subsunción de los «comportamientos» al tipo penal del delito de colusión desleal, advirtiéndose hechos ajenos y periféricos al *factum* del tipo penal del ilícito penal sub examine; efectivamente del materia incriminatorio no se advierte un relato incriminador suficiente en contra de los referidos procesados referida al acto de concertación, así por ejemplo, en el Informe Especial número doscientos veinticinco –dos mil tres - CG/DPC, de fojas dieciocho, elaborado por la Contraloría General de la República, se subrayó que el Alcalde Milton Fernando Jiménez Salazar, el Director de Asesoría Jurídica Antonio Castillo Retamozo, el Director de Desarrollo Urbano César Augusto Mayuri Zavala y el Director de Servicios Públicos y Gestión Local, Gilmer Rosales Alvarado, no acreditan ausencia extraordinaria e imprevisible de determinado bien o servicio que comprometiera en forma directa e inminente la continuidad de los servicios esenciales a cargo de la Municipalidad; sin embargo, por

Acuerdo de Concejo número cero cero cero dos uno de fojas treinta y cuatro, se declaró en situación de urgencia a los parques, jardines, la seguridad ciudadana, las obras de salubridad y abastecimiento de agua a las poblaciones más necesitadas. En consecuencia, estamos ante una imputación que evidencia una falta de correspondencia o congruencia lógica entre el delito imputado y los datos fácticos postulados por el ente persecutor, contraviniéndose el Principio de Legalidad previsto en el artículo II del título preliminar del Código Penal; por lo que, debe procederse a la absolución en dichos extremos. **Quinto:** Que, finalmente, en relación al extremo de la pena impuesta a la procesada Patricia Verónica Salcedo Hernández – quien se reservó su derecho de formular recurso de nulidad y no lo efectuó -, debemos considerar que el delito es un injusto culpable y como consecuencia se le impone una sanción penal, en el acto de determinación de la pena como concreción de contenido delictivo del hecho punible, lo que exige el establecimiento del *quantum* de su merecimiento y necesidad, *político-criminal*, de pena; en efecto, dicho acto se configura esencialmente como aquél en virtud de que el injusto y culpabilidad, así como punibilidad, constituyen magnitudes materiales graduables, dado que estos cumplen una función cualitativa y cuantitativa. [Ver, SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, «La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo», en Revista para el Análisis del Derecho, *Indret*, Barcelona, abril de dos mil siete, página seis]; en consecuencia, el Colegiado Superior ha tenido en cuenta, los criterios de determinación de la pena y su individualización, consideraciones previstas en los artículos veintidós, cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, y conforme a la forma y circunstancias en que ocurrieron los hechos *sub examine*, asimismo, en correspondencia con el artículo octavo del Título Preliminar del Código acotado recoge el Principio de Proporcionalidad de la Pena, entendida como la correspondencia debida entre la gravedad del hecho y la pena a imponer; por lo que, se concluye que la pena impuesta a la precitada procesada se encuentra conforme a ley. Por estos fundamentos: declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil quinientos cuarenta y siete, del veintitrés de diciembre de dos mil nueve, en el extremo que impuso la pena de cuatro años, suspendida por tres años a la procesada Patricia Verónica Salcedo Hernández, por el delito contra la Administración Pública – colusión desleal - en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Puente Piedra; **HABER NULIDAD** en la referida sentencia en cuanto condenó a Maurilio Yauri Lavado, Segundo Jorge Isaac García Rojas, Luís Felipe De La Mata Martínez y Marco Antonio Vásquez Fernández, como autores

del delito contra la Administración Pública – colusión desleal - en agravio del Estado y la Municipalidad Distrital de Puente Piedra; y reformándola los **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal por el delito en cuestión; en consecuencia, **DISPUSIERON** el archivo definitivo del proceso; asimismo, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; y los devolvieron.

SS.
VILLA STEIN
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
NEYRA FLORES
CALDERÓN CASTILLO
JVS/jnv

SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N° 2992-2010
San Martín
Lima, veintiséis de octubre de dos mil once.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el señor Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de San Martín contra la sentencia absolutoria de fojas dos mil ciento uno, del seis de julio de dos mil diez; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Pariona Pastrana; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el señor Procurador Público Anticorrupción en su recurso de nulidad fundamentado a fojas dos mil ciento veintitrés, alega que: **I.** el encausado Pasquel Cárdenas en su condición de director Municipal y Presidente del Comité Especial Permanente de Adquisiciones en la ejecución de la obra de asfalto del Jirón Lima en la ciudad de Tarapoto, concertó previamente con los directivos del Grupo La Colmena S.A.C. para los efectos de favorecer con la buena pro a las Empresas «La Colmenita», «Comercializadora La Campiña E.I.R.L.» y «Servicios Múltiples El Trópico» que resultaban ser subsidiarias del Grupo antes referido; **II.** el encausado Pasquel Cárdenas ocupaba el cargo de Director de la Empresa «Grupo La Colmena S.A.C.» en el momento que acaecieron los hechos; **III.** el peritaje contable concluyó en la existencia de un perjuicio económico a la Municipalidad agraviada por un monto de dieciocho mil

setecientos veintidós nuevos soles con sesenta y cuatro nuevos soles; coligiéndose una diferencia aproximada de dos nuevos soles por bolsa de cemento; empero, se tiene que la referida pericia no fue tomada en cuenta por el Tribunal Superior. **Segundo:** Que, el señor Fiscal Adjunto Superior en su dictamen acusatorio de fojas mil setecientos noventa y siete, imputó al encausado Carlo Magno Pasquel Cárdenas, que en su condición de Director Municipal y Presidente del Comité Especial Permanente de Adquisiciones en la ejecución de la obra de asfalto del Jirón Lima en la ciudad de Tarapoto, se encargó de los procesos de adquisición de cementos bajo la modalidad de adjudicación directa selectiva, adjudicación de menor cuantía y compras directas, favoreciendo con la buena pro a las Empresa «La Colmenita», «Comercializadora La Campiña EIRL» y «Servicios Múltiples El Trópico» que resultaban ser subsidiarias del Grupo Colmena S.A.C., en la que ocupó el cargo de director; habiendo proveído las referidas Empresas un total de diez mil trescientos cuarenta bolsas de cemento a la Municipalidad agraviada; previa concertación entre el encausado Pasquel Cárdenas y los directivos del grupo Colmena SAC, dirigidos por su gerente general Ana Luisa Uyejara García. **Tercero:** Que, la doctrina procesal objetivamente ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el Juzgador haya llegado a la certeza respecto de la responsabilidad penal del encausado, lo cual sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita sentar en él convicción de culpabilidad, toda vez que, sólo así es posible revertir el estatus de inocencia que tiene todo acusado dentro del proceso; ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad del procesado, puesto que, «los imputados gozan de una presunción *iuris tantum*»; por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; asimismo, las pruebas deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales. **Cuarto:** Que, de la revisión y estudio de los recaudos existentes en el presente acervo, compulsando los agravios expresados por el señor Procurador Público Anticorrupción Descentralizada de San Martín en su recurso de nulidad de fojas dos mil ciento veintitrés, se colige que la sentencia absolutoria emitida por el Tribunal sentenciador se encuentra conforme a derecho, toda vez que, no se logró acreditar la concertación entre el encausado Pasquel Cárdenas y los directivos de las Empresas «La Colmenita»,

«Comercializadora La Campiña EIRL» y «Servicios Múltiples El Trópico» que resultaban ser subsidiarias de la Empresa «Grupo Colmena S.A.C.», representada por Ana Luisa Uyejara García; advirtiéndose de las conclusiones del informe pericial de fojas mil quinientos sesenta y tres, que las licitaciones se efectuaron de conformidad con el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, no se determinó el vínculo laboral ni empresarial de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad, entre los miembros del comité especial permanente y las Empresas favorecidas con el otorgamiento de la buena pro en los procesos de selección; que, si bien el peritaje contable de fojas mil novecientos cuarenta y uno, concluyó que en las compras de cemento se pagaron precios sobrevaluados, superiores a los establecidos por las Distribuidoras Oficiales, originando un perjuicio económico de dieciocho mil setecientos veintidós nuevos soles con sesenta y cuatro céntimos en contra de la Municipalidad Provincial de San Martín, sin embargo, en el presente proceso no se efectuó debate pericial alguno ante tal situación, empero, aquella omisión no puede ser atribuible al encausado Pasquel Cárdenas, en tanto, el representante del Ministerio Público, como titular de la carga de la prueba, no solicitó la realización del referido debate, mucho menos el señor Procurador Público. **Quinto:** Que, en cuanto a la relación laboral del encausado Pasquel Cárdenas con la Empresa «Grupo Colmena S.A.C.», donde ostentaba el cargo de Director, en la fecha que acaecieron los hechos se tiene que el referido encausado al deponer en juicio oral a fojas mil novecientos sesenta, indicó haber aceptado la invitación del «Grupo Colmena S.A.C» para ejercer el cargo de Director durante el año dos mil uno, pero, refiere haber renunciado en el año dos mil dos a efectos de desempeñar el cargo de director Municipal en la Municipalidad de Rioja, siendo el primero de enero del año dos mil tres, que ocupó el cargo de Gerente Municipal en la Provincia de San Martín; reforzándose dicha aseveración con la carta de renuncia de fojas mil trescientos veintisiete y el acta de la Junta General Extraordinaria de fojas quinientos cuarenta y dos, en la que aceptaron la renuncia del encausado Pasquel Cárdenas a partir del doce de febrero de dos mil dos, eligiéndose como nuevo Director al señor Andrés Uyejara Pezo; coligiéndose que en la fecha que se llevaron a cabo los procesos de adquisición de cementos y se otorgaron la buena pro a las Empresas «La Colmenita», «Comercializadora La Campiña EIRL» y «Servicios Múltiples El Trópico», subsidiarias de la Empresa «Grupo Colmena S.A.C.», el encausado Pasquel Cárdenas ya no tenía relación laboral con el referido grupo conforme se señaló precedentemente; por tanto,

el hecho que la renuncia aludida no fue inscrita en Registros Públicos en el momento que acaecieron los hechos resulta irrelevante en el caso de autos, atendiendo al principio de primacía de la realidad; aunado, a ello se tiene que el encausado Pasquel Cárdenas al efectuar sus descargos en su manifestación policial de fojas doscientos veintisiete, instructiva de fojas mil trescientos treinta, y acto oral de fojas mil novecientos sesenta, negó férreamente haberse coludido con las Empresas ganadoras de la buena pro y que los procesos de compras se realizaron conforme a la ley de contrataciones del Estado, previamente aprobada por resolución de Alcaldía; extremos que no están desvirtuados en autos. **Sexto:** Que, de todo lo expuesto se colige que la presunción de inocencia que ampara constitucionalmente al encausado Pasquel Cárdenas no fue enervada por el representante del Ministerio Público, que como titular de la carga de la prueba -véase artículo catorce de la Ley Orgánica del Ministerio Público- no logró probar los extremos de su acusación insertado en el dictamen de fojas mil setecientos noventa y siete, tan es así que, en el momento de efectuar su requisitoria oral, formuló acusación formal por imperio de la ley, conforme se advierte del acta de fojas dos mil noventa y cuatro, e incluso no interpuso recurso impugnatorio contra la sentencia absolutoria, mostrando su conformidad con la misma, en ese mismo sentido, se tiene que el Fiscal Supremo, máximo titular de la carga de la prueba, opinó por no haber nulidad en la sentencia recurrida, coligiéndose que los titulares de la acción penal no encuentran responsabilidad penal en la conducta del encausado Pasquel Cárdenas; por tanto, debe procederse conforme al artículo ocho punto dos de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que preceptúa «*...toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*», en cuanto a su contenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que «*...el principio de la presunción de inocencia, tal y como se desprende del artículo ocho punto dos de la Convención exige que una persona no pueda ser condenada mientras no exista Prueba Plena de su responsabilidad penal, si obra contra ella prueba incompleta o insuficiente, no es procedente condenarla, sino absolverla...*»; finalmente, en virtud al principio «carga de la prueba» quien afirme la culpabilidad de una persona debe probarla. **Sétimo:** Que, conforme a lo preceptuado en el artículo cincuenta y siete del Código de Procedimientos Penales, el señor Procurador Público Anticorrupción Descentralizada de San Martín, en su condición de parte civil, no solo tiene la misión de solicitar la reparación civil, sino también aportar pruebas al proceso penal a efectos que se esclarezcan los hechos materia de investigación, no

evidenciándose ello en el transcurso del proceso, conforme se advierte de lo actuado. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil ciento uno, del seis de julio de dos mil diez, que absolvió a Carlo Magno Pasquel Cárdenas de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública, en la modalidad de concusión - colusión desleal, en agravio de la Municipalidad Provincial de San Martín; con lo demás que al respecto contiene y es materia del recurso; y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Santa María Morillo y Zecenarro Mateus por licencia de los señores Jueces Supremos Villa Stein y Rodríguez Tineo, respectivamente.-

SS.

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

ZECENARRO MATEUS

SANTA MARÍA MORILLO

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 2646-2009

ICA

Lima, nueve de septiembre de dos mil diez.

VISTOS; interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por la FISCAL SUPERIOR contra la sentencia de fojas mil treinta y uno, del tres de junio de dos mil nueve, que absolvió a Teodoro Concepción Quispe Córdova y Royci Elizabeth Neyra García de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Administración Pública - peculado culposo, y a Juan Roger Guillén Gavilán de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Fe Pública - falsedad ideológica, todos ellos en agravio del Estado; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que la FISCAL SUPERIOR en su recurso formalizado de fojas mil cuarenta y uno alega que la Sala Juzgadora no realizó una debida compulsa de lo actuado, pues en su opinión las pruebas aportadas acreditan suficientemente la comisión del delito y la responsabilidad penal de los encausados; agrega que el Colegiado omitió pronunciarse sobre la solicitud que hiciera en su requisitoria oral a fin de remitir copias al Ministerio Público a efecto de procurar el esclarecimiento de la participación de Gladys Flores Navarro en los

hechos materia del proceso. **Segundo**: Que conforme a la acusación fiscal se atribuyó a los encausados los siguientes hechos: (i) que la encausada ausente Mary Luz Flores Navarro en su condición de docente del Centro Educativo veintidós mil cuatrocientos treinta y ocho «Las Monjas» del distrito de Santa Cruz, en la ciudad de Palpa, en complicidad con terceras personas, se hizo suplantar para ser atendida en el Policlínico «José María Manzanilla» de esa ciudad con la finalidad de obtener descanso médico por el período del dos al seis de marzo de dos mil cuatro y del doce de abril al nueve de agosto del mismo año, y de esa manera poder cobrar mensualmente sus remuneraciones, a pesar de que en el mes de abril del referido año salió del país con destino a los Estados Unidos de Norteamérica; que para ello canto con la participación del encausado Guillen Gavilán quien, en su condición de médico del mencionado Policlínico, fue el profesional que le otorgó los certificados de incapacidad temporal para el trabajo los cuales use e insertó, como si fuesen verdaderos, en el formulario único de trámite para el otorgamiento de licencias; que con ello realizó declaraciones falsas concernientes a hechos que nunca sucedieron; (ii) que los procesados Quispe Córdova y Neyra García en su condición de Administrador y Técnico Administrativo de la UGEL Palpa, respectivamente, permitieron que personas distintas a la encausada ausente María Luz Flores Navarro suscriban su planilla única de pagos al momento de recabar sus boletas de pago desde el mes de marzo hasta agosto de dos mil cuatro y entregaron los talones de pago de dicha procesada a la persona de Gino Giovanni Aparcana Chacaltana, así como a otros familiares, sin que cuenten con carta poder u otro documento que lo permita, para lo que contribuyeron a que terceras personas cobren el integro de las remuneraciones por un importe de seis mil ciento nueve nuevos soles con cuarenta céntimos. **Tercero**: Que está probado: i) que se otorgó a la encausada ausente Flores Navarro licencia can goce de remuneraciones durante el periodo comprendido entre abril a agosto de dos mil cuatro, conforme es de verse de las respectivas Resoluciones Directorales de fojas cuatrocientos sesenta y dos y siguientes; ii) que coma sustento de la solicitud efectuada por la citada encausada se presentaron los respectivos certificados de incapacidad para el trabajo, expedidos por el encausada Roger Guillen Gavilán, en su condición de médico tratante; que tales certificados médicos se expidieron a pesar de que la acusada Flores Navarro no se encontraba en el país, puesto que está registrada su salida hacia los Estados Unidos en el mes de abril de dos mil cuatro, conforme es de verse del Informe de la Dirección de Migraciones de fojas trescientos seis; iv) que sus remuneraciones fueron pagadas

indebidamente a terceras personas, tal como se desprende de la Hoja Informativa número cero cero siete guión dos mil cinco guión UGEI guión P/OCI, de fojas ciento ocho y siguientes, emitido por el Órgano de Control de la UGEL - Palpa; y v) que el monto de lo indebidamente cobrado asciende a la suma de cinco mil cuatrocientos veintiuno nuevos soles con ochenta y ocho céntimos, como se advierte del Informe Pericia) Contable de fojas mil siete. **Cuarto**: Que en este contexto se aprecia que la conducta atribuida al acusado Guillen Gavilán está relacionada a su condición de Médico del Policlínico José María Manzanilla y a la expedición de certificados médicos a favor de su coencausada Flores Navarro, en cuya virtud ésta se vio favorecida con licencias laborales; que el referido imputado aceptó ser al autor de tales documentos y aseveró que ellos respondían al cuadro clínico presentado por la paciente que examinó en su oportunidad. **Quinto**: Que sobre el particular cabe señalar que si bien se encuentra acreditado que la encausada Flores Navarro no estaba en el país en la fecha que se expidieron los certificados expedidos por el procesado Guillen Gavilán, en la propia acusación fiscal -véase dictamen de fojas ochocientos tres- se sostiene que doña Gladys Flores Navarro suplantó a su hermana -la acusada Mary Luz Flores Navarro- a fin de obtener los respectivos descansos médicos -ello guarda congruencia con la solicitud formulada por el representante del Ministerio Público en su requisitoria oral de pedir la remisión de copias certificadas de lo actuado en relación a la actuación de Gladys Flores Navarro-, lo cual permite colegir, conforme a la propia tesis incriminatoria del señor representante del Ministerio Público, que el encausado Guillen Gavilán fue ajeno a la voluntad que animó at resto de los agentes delictivos. **Sexto**: Que, sin, perjuicio de lo antes anotado, es del caso anotar que la conducta atribuida al encausado Guillen Gavilán, conforme la acusación fiscal, fue subsumida en el artículo cuatrocientos veintiocho del Código Penal; sin embargo, no puede dejarse de tener en cuenta que el mencionado comportamiento se encuentra específicamente previsto como delito en el artículo cuatrocientos treinta y uno del mismo Código sustantivo -expedición de certificado médico falso-, dispositivo que en el contexto de los hechos reclamaría su aplicación en concurso aparente con el que fue objeto de acusación; que si bien tal situación plantea en teoría la posibilidad de desvincularse de la acusación fiscal para optar por el segundo de los ilícitos mencionados -y ello por razones de especialidad-, la misma no resulta operante si se tiene en cuenta que este último tipo penal tiene una Pena conminada no mayor de tres años, por lo que atendiendo a la fecha de ocurrencia de los hechos y por los efectos de los artículos ochenta y ochenta y tres del Código

Sustantivo, se verifica el vencimiento del plazo prescriptorio para su persecución penal; que conforme a lo expuesto y no dándose a plenitud los presupuestos típicos del delito de falsedad ideológica materia de acusación, es de estimar que lo resuelto por la Sala Superior, respecto al acusado en referencia, se sujeta al mérito de lo actuado. Séptimo: Que, en cuanto a la absolución dictada a favor de la encausada Royci Elizabeth Neyra García y Teodoro Concepción Quispe Córdova, se advierte de una de las conclusiones de la Hoja Informativa emitida por el Órgano de Control Interno de la UGEL - Palpa lo siguiente: «(...) Gino Giovanni Aparcana Chacaltana (...) recabó de la oficina de tesorería de la UGEL Palpa las boletas de pago de los meses de abril, mayo, junio y julio del año dos mil cuatro de Mary Luz Flores Navarro sin autorización con carta poder u otro documento que le acredite de acuerdo a ley, siendo responsable de esta deficiencia administrativa Teodoro Quispe Córdova - Administrador de la referida UGEL»; que si bien este último encausado responsabilizó de tal irregularidad a su coencausada Neyra García al afirmar que como técnico administrativo era la encargada de entregar la documentación al personal, la aludida procesada negó tales cargos al sostener que lo hizo por autorización del Administrador; que todo ello, analizado en conjunto, denota una falta de diligencia del manejo de los fondos públicos a su cargo que permitió que terceras personas se apropien del mismo, con lo cual queda evidenciado la existencia del delito y la responsabilidad penal de los citados encausados en la comisión del delito de peculado culposo. **Octavo**: Que, no obstante lo anotado, la conducta negligente advertida se encuentra comprendida entre el período de abril a agosto del año dos mil cuatro, por lo que teniendo en cuenta que el delito de peculado culposo, previsto en el artículo trescientos ochenta y siete, último párrafo, del Código Penal, es sancionado con pena privativa de libertad no mayor de dos años y en aplicación de los artículos ochenta y ochenta y tres del citado Código el plazo extraordinario de prescripción sería de seis años, resulta que a la presente fecha ha operado a favor de los encausados la acción liberadora del tiempo, y así deberá declararse. **Noveno**: Que conforme es de verse de su requisitoria oral -ver acta de sesión de audiencia del veinticinco de mayo de dos mil nueve, de fojas mil quince- el Fiscal Superior solicitó la remisión de copias a la Fiscalía Provincial de Turno a fin de que se pronuncie en relación a la participación de Gladys Flores Navarro, petición sobre la cual el Colegiado omitió emitir pronunciamiento, por lo que es del caso acceder a lo solicitado. Por estos fundamentos: I. Declararon de oficio EXTINGUIDA POR PRESCRIPCIÓN la acción penal incoada contra Teodoro Concepción Quispe Córdova y Royci Elizabeth Neyra García

por delito contra la Administración Pública - peculado culposo en agravio del Estado. II. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil treinta y uno, del tres de junio de dos mil nueve, en el extremo que absolvió a Juan Roger Guillen Gavilán de la acusación fiscal formulada en su contra por delito contra la Fe Pública - falsedad ideológica en agravio del Estado; con lo demos que contiene. III: DISPUSIERON que se remitan copias certificadas de las piezas procesales más importantes a la Fiscalía Provincial de Turno a fin de que se pronuncie conforme a sus atribuciones en relación a Gladys Flores Navarro; y los devolvieron.-

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

PRÍNCIPE TRUJILLO

CALDERÓN CASTILLO

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 3814-2006

PUNO

Lima, trece de marzo de dos mil ocho.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Pedro Guillermo Urbina Ganvini; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Esteban Isidro Condori Ccanccapa contra la sentencia de fojas mil doscientos diez, del veinte de enero de dos mil seis; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que el encausado Esteban Isidro Condori Ccanccapa en su recurso formalizado de fojas mil doscientos diecisiete alega que no se logró demostrar su responsabilidad penal, que no existe prueba que acredite que tuvo a su cargo la administración y custodia de los caudales de la Municipalidad, que sólo se desempeñó como Regidor sin contar con experiencia en el cargo, que no se valoró que en los años mil novecientos noventa y tres a mil novecientos noventa y cinco el Distrito de San Antón fue zona roja por actos subversivos, que no pudo ejercer el cargo de Regidor en forma regular, que no tuvo facultad de disposición de los bienes de la entidad agraviada, que el Alcalde y su Asesor eran los encargados de la administración y custodia de dichos bienes. **Segundo**: Que si bien la prueba actuada acreditó la materialidad del delito de malversación de fondos y la

culpabilidad del encausado Esteban Isidro Condori Ccanccapa, pues si bien en el periodo de mil novecientos noventa y tres a mil novecientos noventa y cinco ejerció la función de Regidor, también lo es que como tal y conjuntamente con los demás Regidores de la Municipalidad Distrital de San Antón - Azángaro y el Alcalde acordaron pagarse en forma indebida por dietas y otros conceptos no previstos, con el presupuesto de ingresos propios del Municipio agraviado sino con cargo a los recursos del Fondo de Promoción Municipal con exceso al veinte por ciento permitido por ley; que al respecto por el cargo de Regidor que ostentaba tenía la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional especifica. **Tercero**: Que, sin embargo, el Ius Puniendi Estatal frente a comportamientos que lesionan o ponen en peligro los más preciados bienes jurídicos no es ilimitado, sino por el contrario, está determinado de acuerdo a ciertas condiciones, siendo una de ellas, el transcurso del tiempo desde la comisión del ilícito, el mismo que de verificarse en la realidad, impide que el Estado despliegue su actividad persecutoria y sancionadora contra quienes quebranten las normas jurídico - penales. **Cuarto**: Que conforme al artículo ochenta del Código Penal el plazo ordinario de prescripción de la acción penal es igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito, si es privativa de libertad y, su plazo extraordinario opera, conforme a la parte in fine del artículo ochenta y tres del acotado Código, cuando el tiempo transcurrido sobrepasa en una mitad al plazo ordinario de prescripción. **Quinto**: Que la pena conminada para el supuesto de hecho descrito en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, modificado por la Ley número veintiséis mil ciento noventa y ocho, vigente en la época de los hechos, la prescripción extraordinaria de la acción penal opera a los cuatro años y seis meses; que como en el caso de autos se afectó el patrimonio del Estado resulta de aplicación el último párrafo del artículo ochenta del citado Código Punitivo, modificado por Ley número veintiséis mil trescientos catorce; que, por tanto, el plazo de prescripción se duplica; que desde la fecha de la comisión del delito de malversación de fondos -mil novecientos noventa y tres a mil novecientos noventa y cinco- a la actualidad el plazo extraordinario de prescripción -nueve años- transcurrió con exceso, por lo que, es del caso extinguir la acción penal por prescripción. Por estos fundamentos: declararon HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil doscientos diez, del veinte de enero de dos mil seis, en el extremo que condena a Esteban Isidro Condori Ccanccapa por delito

contra la Administración Pública en la modalidad de Malversación de Fondos en agravio de la Municipalidad de San Antón - Azángaro a un año de pena privativa de libertad, cuya ejecución se suspende bajo reglas de conducta, y fija en mil doscientos nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada; con lo demás que contiene en este extremo; reformándola: declararon de oficio EXTINGUIDA LA ACCION PENAL por PRESCRIPCION incoada contra el citado encausado, delito y agraviado; MANDARON: se archive el proceso definitivamente y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales; y los devolvieron.-

SS.
SALAS GAMBOA
PONCE DE MIER
URBINA GANVINI
PARIONA PASTRANA
ZECENARRO MATEUS
UG/rnp.

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1596-2005
AYACUCHO

Lima, diecisiete de junio del dos mil cinco.-

VISTOS; interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Héctor Wilfredo Ponce de Mier; de conformidad con la señora Fiscal Supremo en su Dictamen que antecede, y CONSIDERANDO: **Primero**: Que los presentes hechos se encuentran tipificados en los artículos doscientos -ochenta y ocho -A- y doscientos ochenta y ocho -B-numerales a, b y c de la Ley veinticuatro mil novecientos cincuenta y tres (según auto apertorio de instrucción de fojas treinta y tres) -, que establece una pena de penitenciaría no menor de dieciocho años; siendo el estado de la presente el de juzgamiento. **Segundo**.- Que la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de las leyes penales (Principio de Combinación). **Tercero**.- Que teniendo en cuenta que los hechos sucedieron entre mil novecientos ochenta y ocho y catorce de octubre de mil novecientos noventa (fecha en que fue detenido el encausado) -año en que se encontraba aún vigente el Código Penal de mil novecientos veinticuatro-, a efectos de la prescripción de

la acción es de tomarse en cuenta los artículos ciento diecinueve y ciento veintiuno del citado Código sustantivo, que establecía un plazo de diez años para los delitos que merezcan penitenciaría, o en todo caso por efectos de la interrupción, cuando la duración de este plazo sobrepasa en una mitad (quince años), aumentándose en una mitad tratándose de delitos en agravio del Estado. **Cuarto**.- Que debe tenerse en cuenta también, de conformidad con el artículo ochenta y uno del Código Penal vigente y ciento cuarenta y ocho del Código Penal derogado, que los plazos de prescripción se reducen a la mitad cuando el agente, en este caso, José Altamirano Sulca, tenía menos de veintiún años al tiempo de la comisión del hecho punible (hecho cierto según acta de nacimiento registral de fojas ochocientos cincuenta y cuatro corroborado con la ficha de RENIEC de fojas ochocientos sesenta y ocho); por lo que para el presente caso el plazo de prescripción se reduce a once años y tres meses; lo que trae como consecuencia la prescripción de la presente acción penal instaurada contra el encausado antes citado por el delito de terrorismo; en consecuencia: DECLARARON NO HABER NULIDAD en el auto venido en grado de fojas ochocientos setenta y cinco su fecha siete de enero del dos mil cinco que DECLARA FUNDADA LA EXCEPCION DE PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL a favor de JOSE ALTAMIRANO por el delito de Terrorismo - en agravio del Estado; con lo demás que contiene; y los devolvieron.

SS.

VILLA STEIN

VALDEZ ROCA

PONCE DE MIER

QUINTANILLA QUISPE

PRADO SALDARRIAGA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 262-2010

PIURA

Lima, dos de agosto de dos mil diez.

VISTOS; interviene como ponente el señor Calderón Castillo; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado Paúl Walter Díaz Cantera contra la sentencia de fojas mil novecientos treinta y tres, del veinticuatro de agosto de dos mil nueve, que lo condenó como autor de los delitos contra la Administración Pública - peculado y negativa

al cumplimiento de obligaciones y contra la Fe Pública - falsedad genérica en agravio del Estado, representado por el Poder Judicial a cinco años de pena privativa de libertad, treinta días multa e inhabilitación por el plazo de tres años, así como fijó en la suma de veintitrés mil setecientos noventa y nueve nuevos soles con noventa y nueve céntimos el monto por concepto de reparación civil; de conformidad, en parte, con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que la defensa del encausado Díaz Cantera en su recurso formalizado de fojas mil novecientos sesenta sólo cuestiona el extremo que lo condenó por delito de negativa al cumplimiento de sus obligaciones, la pena impuesta y el monto fijado por concepto de reparación civil; que, en relación al delito mencionado alega, por un lado, que por los mismos hechos fue sancionado en la vía administrativa, por lo que debe aplicársele el principio del non bis in ídem, puesto que en ambos procedimientos se sancionó la inoperancia y desinterés del funcionario público en realizar las actividades que el Estado le ha encomendado; y, por otro lado, que los hechos atribuidos en este extremo no configuran delito, por cuanto no se logró probar que actuó en forma consciente con el objetivo de no cumplir con sus obligaciones, que todo se debió a la excesiva carga procesal existente en los diferentes Juzgados, por lo que solicita su absolución del referido delito y se le disminuya la pena; que, en cuanto a la reparación civil, acota que no existe proporción entre el, daño cometido y el monto fijado, por lo que considera que este concepto debe ser disminuido. **Segundo**: Que de autos aparece como hechos penalmente relevantes y debidamente probados: i) que el encausado Díaz Cantera aprovechándose de su cargo de Secretario Judicial del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Piura, y coludido con su co-encausado Jhony Rolando Rosillo La Rosa, se apropió de los depósitos judiciales consignados en diferentes expedientes en materia de alimentos, obligaciones de dar sumas de dinero y otros que se tramitaban en el referido órgano jurisdiccional y se encontraban a su cargo, hasta por la suma de treinta y nueve mil doscientos ochenta y nueve nuevos soles con setenta y cuatro céntimos y cincuenta dólares americanos; ii) que para lograr su cometido de cobrar los depósitos judiciales falsificó la firma de la Señora Juez Vilma Temoche Rumiche, para luego entregar los cupones de depósitos judiciales a su co-encausado Rolando Rosillo La Rosa, quien acudía ante las oficinas del Banco de la Nación, sucursal Piura, y hada efectivo el cobro; y iii) que se encontró al encausado Díaz Cantera que tenía expedientes a su cargo pendientes de emitir sentencia, en algunos casos se encontraban escritos sin proveídos y otros pendientes de notificar,

entre otras irregularidades procesales a su cargo. **Tercero**: Que en principio debe precisarse que la defensa del encausado sólo cuestiona la condena en el extremo del delito de negativa al cumplimiento de obligaciones y no formula agravio alguno en relación a la condena impuesta por los delitos de peculado y falsedad genérica, por lo que debe entenderse que tales extremos han quedado firmes al no ser materia de grado; que, en consecuencia, el ámbito del presente recurso se circunscribe al análisis del extremo condenatorio por delito de «negativa de cumplimiento de obligaciones», el quantum de la pena y al monto de la reparación civil. **Cuarto**: Que, en relación al delito de negativa al cumplimiento de obligaciones, se tiene como prueba material de su comisión el Informe número cero cero cero uno guión dos mil cinco, del trece de mayo de dos mil cinco, de fojas doscientos catorce, mediante el cual la Juez Lilia Fuentes Bustamante informa al Jefe de CODICMA Piura sobre el estado en que encontró el Juzgado al momento que asumió su competencia y dio cuenta del hallazgo de: «doscientos treinta y siete escritos pendientes de proveer desde septiembre del dos mil cuatro, cuarenta y tres demandas y atestados sin proveer, quince expedientes penales sin aperturar, ciento cuatro demandas de AFP sin auto admisorio, cuatrocientos cuarenta expedientes en estado de sentenciar, doscientos noventa expedientes en materia civil para emitir autos de impulso, trescientos sesenta y cinco expedientes en materia penal para impulsar de oficio, y mil setecientos cincuenta expedientes pendientes de enviar al archivo central», todos ellos a cargo de la Secretaria del encausado Díaz Cantera. **Quinto**: Que frente a ello el citado encausado se limitó a señalar que el estado en que se encontró la Secretaria a su cargo se debió a la sobrecarga judicial existente en todos los órganos jurisdiccionales; sin embargo, tal versión no deja de ser un mero argumento de defensa pues según lo establecido en el inciso uno del artículo doscientos sesenta y ocho de la Ley Orgánica del Poder Judicial es obligación de los Secretarios de Juzgados dar cuenta at Juez de los recursos y escritos a más tardar dentro del clic, siguiente de su recepción, bajo responsabilidad; que, en consecuencia, no puede alegar el desconocimiento de tal obligación que el desempeño de su cargo le impone, por lo que su excesiva demora en dar trámite a los diversos documentos configuran los elementos típicos del delito en cuestión; que, en cuanto a su argumento en el sentido de plantear propiamente una excepción de cosa juzgada por los hechos ya reseñados, al sostener que fue sancionado administrativamente, del análisis de autos no se aprecia una identidad de fundamento entre la decisión disciplinaria adoptada administrativamente y la determinación en primera instancia

judicial respecto de la culpabilidad declarada en relación al delito de negativa de cumplimiento de obligaciones; que es de precisar que el proceso administrativo y el judicial observan distinto objeto procesal, pues mientras el primero concierne a una sanción derivada de una inconducta funcional, en el otro la sanción resulta consecuencia de un ilícito penal fijado por la ley penal. **Sexto**: Que, no obstante lo anotado, se aprecia que en lo atinente al delito de negativa de cumplimiento de obligaciones, tal ilícito se cometió en concurso real en relación del resto de delitos juzgados, por lo que el plazo de prescripción debe ser computado de manera separada; que, en tal orden de ideas, como el delito de incumplimiento de obligaciones, previsto en el artículo cuatrocientos veintitrés del Código Penal, es sancionado con pena privativa de la libertad no mayor de un año, en aplicación de los artículos ochenta y ochenta y tres del citado Código Sustantivo, el plazo máximo de prescripción resulta ser de un año y seis meses; que, en consecuencia, en atención a que la fecha de comisión del mencionado delito se remonta a los años dos mil cuatro y dos mil cinco -ver Informe de fojas doscientos catorce- se verifica que a la fecha de expedición de la sentencia impugnada ya había operado la prescripción de la acción penal a favor del encausado Díaz Cantera por el indicado ilícito, razón por la cual es del caso declarar fundada de oficio la excepción de prescripción respecto al delito en mención y en consecuencia extinguida la acción penal. Séptimo: Que, en cuanto a la pena impuesta, se advierte que ésta guarda absoluta proporcionalidad y razonabilidad con la gravedad de los hechos juzgados, puesto que quedó debidamente probado que con la finalidad de apropiarse de dineros provenientes de consignaciones judiciales, que en razón de su cargo de Secretario Judicial tenía bajo su custodia, no dudo en falsificar la firma de la señora Juez para así facilitar su cobro, lo cual denota un alto grado de lesividad a los bienes jurídicos protegidos, por lo que no merece ser modificada. **Octavo**: Que, respecto de la reparación civil, ésta importa el resarcimiento del bien o indemnización por quién produjo el daño delictivo; que, en tal sentido, se tiene que el monto fijado resulta acorde con el daño causado, pues a pesar que la Pericia Contable -ver fojas mil quinientos trece- determinó que el monto que cobró el encausado por concepto de certificados de depósitos judiciales ascendió a la suma de treinta y nueve mil ciento cuarenta y tres nuevos soles con setenta y cuatro céntimos, la suma resarcitoria fijada se encuentra por debajo de la misma, pues se tome en consideración las observaciones que hiciera en su oportunidad contra la referida pericia, consideraciones por las que no resulta procedente disminuirla aún más. Por estos fundamentos: I. Declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia de fojas mil novecientos treinta y tres, del

veinticuatro de agosto de dos mil nueve, en cuanto impuso a Paúl Walter Díaz Cantera como autor de los delitos contra la Administración Pública - peculado y contra la Fe Pública - falsedad genérica en agravio del Estado, representado por el Poder Judicial, cinco años de pena privativa de libertad, treinta días multa e inhabilitación por el plazo de tres años, así como fijó en la suma de veintitrés mil setecientos noventa y nueve nuevos soles con noventa y nueve céntimos el monto por concepto de reparación civil. II. Declararon HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que condenó a Paúl Walter Díaz Cantera como autor del delito contra la Administración Pública - negativa al cumplimiento de obligaciones en agravio del Estado, representado por el Poder Judicial; reformándola: declararon FUNDADA DE OFICIO la excepción de prescripción, en consecuencia extinguida la acción penal incoada contra el antes citado encausado por el delito y agraviados en mención; ORDENARON la anulación de sus antecedentes penales y policiales que se hubieren podido generar a raíz del referido extremo, y se archiven definitivamente los actuados, de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales, modificado por el Decreto Ley número veinte mil quinientos setenta y nueve; y los devolvieron.

SS.
SAN MARTÍN CASTRO
PRADO SALDARRIAGA
SOLÍS ESPINOZA
PRÍNCIPE TRUJILLO
CALDERÓN CASTILLO

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N° 1449-2010

EL SANTA

Lima, nueve de junio de dos mil once:

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los procesados JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ y VÍCTOR ALEJANDRO MIÑANO CHAVEZ, contra la sentencia de fojas ochocientos cincuenta y ocho, del veinticinco de enero de dos mil diez, en el extremo que condenó al primero de los mencionados a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el término de tres años, como autor del delito contra la Administración Pública - peculado por apropiación de tercero y concusión en la modalidad de colusión desleal, y al segundo

de los mencionadas, a tres años de pena privativa de libertad suspendida por el término de dos años, como cómplice del delito contra la Administración Pública - peculado doloso por apropiación de tercero: en agravio del Estado, Ministerio de Educación y Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) Pallasca, los inhabilitó por el término de un año, fijando en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar solidariamente los referidos sentenciados, a favor de la entidad agraviada; interviniendo como ponente la señorita Jueza Supremo Inés Villa Bonilla, de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y CONSIDERANDO: **Primero**: Que, el procesado VÍCTOR ALEJANDRO MIÑANO CHAVEZ al fundamentar su recurso a fojas ochocientos setenta y cuatro, esgrime como agravios lo siguiente: a) que, en autos está demostrado que su participación como Tesorero! de la Unidad de Gestión Educativa Local de Pallasca ha sido de acuerdo a ley y conforme al Manual de Organización y Funciones, por lo que su función se ha limitado a realizar el pago que previamente ha sido fraccionado por el Jefe de Abastecimiento, quien realiza las cotizaciones, órdenes de compra y de servicio, efectuando el internamiento de lo adquirido con autorización de su jefe inmediato el Director de Administración; b) que, la Fiscalía en su dictamen acusatorio señala que al detentar la calidad de Tesorero I de la Unidad de Gestión Educativa Local de Pallasca, resulta ser cómplice del delito de peculado doloso por el simple hecho de entregar los cheques al proveedor, no habiéndose demostrado que se haya beneficiado con el dinero del cheque que se entregó a Fortunata Rojas I3errospi; y, c) que, la sentencia impugnada no acredita la concurrencia de manera copulativa de todos los elementos detallados en el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco / CJ - ciento dieciséis, que desarrolla la definición y estructura típica del delito de peculado. Por otro lado, el acusado JUAN RENEE LAZARO DIAZ al fundamentar su recurso a fojas ochocientos setenta y nueve, alega: a) que, el Colegiado Superior analiza erróneamente lo concerniente a las solicitudes de cotización, pues: i.- Desconoce el trámite real de las cotizaciones, pues conforme a las disposiciones legales se trata de un formato llenado por los mismos servidores estatales para su entrega a los proveedores, solicitando los precios de los productos que se desea comprar, entendiéndose que tenía razones para llenar las cotizaciones, pero no lo hizo en la columna de precios en tanto ello le corresponde efectuar al proveedor que firma el documento; ii. Además, sin ninguna pericia se le ha condenado por haber llenado los precios en las solicitudes de cotización; y, iii. Considera como pruebas las solicitudes de cotización de fojas ciento quince a ciento veinte, las que son fotocopias

duplicadas, es decir, si tenemos -por ejemplo- tres fotocopias de un mismo documento, todas van a tener las mismas características, no pudiéndose afirmar que fueron llenadas por misma persona; b) sostiene el recurrente, que no existe prueba adicional que otorgue validez a la testimonial de Dante Oliver Mayo Sauñe, quien además no se presentó a confirmar su dicho ante la Sala Superior, lo que le impidió al impugnante ejercer su derecho de defensa; más aún, si a este proveedor no se le pagó según versión del mismo Colegiado, sin embargo sustenta su decisión con este argumento para emitir condena por los delitos de colusión desleal y peculado, pese a no existir prueba que lo vincule con estos ilícitos; en todo caso, si se toma como ciertas las versiones del testigo éste también delinquió, por lo que la Sala Superior debió pronunciarse respecto a los delitos cometidos por la citada persona, empero no lo hizo; c) que, la decisión judicial se fundamento con el Manual de Funciones del año dos mil seis y no del dos mil cinco, pese a lo cual se aplica de manera errada, pues señala que el responsable del abastecimiento participa en las adquisiciones solo cuando se le asigna, no participa ni está autorizado para intervenir en adquisiciones directas, no estando probado que se le asignó para cumplir con la realización de las compras denunciadas: sin embargo, el Director del Sistema Administrativo II que depende del Director de la UGEL, conforme a dicho Manual, sí participa en las comisiones de licitación pública, concursos públicos de precios y adquisiciones directas. En tal medida, él fue un servidor público subalterno sin facultades para realizar por su propia cuenta compra de bienes, ni tenía poder de decisión para no someterse al Director y Administrador de la UGEL Pallasca, quienes sí fueron los funcionarios responsables con poder de decisión respecto de las adquisiciones y contrataciones de la UGEL; a pesar de ello, el Director en sus manifestaciones obrantes en autos indica que las compras fueron realizadas por el Comité Especial que nombró y que no podía interferir en sus funciones porque eran autónomos; d) que, no se cumplió con el debido proceso, ya que en un inicio se citó a la co-procesada Fortunata Rojas Berrospi, sin embargo después se cambió las citaciones pero a nombre de Fortunata Ríos Berrospi incluso durante el juicio oral, significándose que en la sentencia aparece nuevamente como Fortunata Rojas Berrospi; así, no se cumplió con desarrollar el proceso con la verdadera persona denunciada, lo que impidió una mayor aclaración de los hechos, recortándose su derecho de defensa; **Segundo**: Que, acusación fiscal de fojas cuatrocientos ochenta y cinco, atribuye a los procesados VICTOR ALEJANDRO MINANO CHAVEZ y JUAN RENEE LAZARO DIAZ los siguientes cargos: I) En el año dos mil cinco el encausado Justo Luis Rodríguez Álvarez tenía el

cargo de Director, Pascual Patricio Mota - Administrador, VICTOR ALEJANDRO MINANO CHAVEZ - Tesorero y JUAN RENEE LAZARO DIAZ - Jefe de Abastecimientos de la Unidad de Gestión Educativa Local UGEL) de Pallasca, durante ese periodo han adquirido útiles de escritorio y otros bienes, en la localidad de Huaraz, a la procesada Fortunata Ríos Berrospi, propietaria de la Empresa Servicios Múltiples «San Juan Bautista»: adquisiciones que han sido canceladas con las facturas número cero cero uno cinco seis siete por la suma de cuatro mil seiscientos ochenta y nueve nuevos soles; cero cero uno cinco seis ocho por cinco mil trescientos tres nuevos soles; cero cero uno cinco nueve tres por quince mil trescientos cuarenta y nueve nuevos soles, y cero cero uno cinco nueve cuatro por cuatro mil novecientos nuevos soles, cantidades que hacen un monto total de treinta mil doscientos cuarenta y un nuevos soles, giradas entre el periodo del veintiocho de enero al quince de marzo de dos mil cinco, tiempo en que los procesados desempeñaban los cargos antes mencionados; II) Los citados precios según la Hoja Informativa número cero cero seis - dos mil cinco - ME/RA/DREA/UGE-P-OCI, expedida por Héctor Huacachi Ayala, Jefe del Órgano de Control Interno de la Unidad de Gestión Educativa Local de Pallasca, han sido sobrevalorados, así se desprende de la comparación de las Ordenes de compra - guía de internamiento con las cotizaciones de otros establecimientos como son Taiheng, Satélite, Mundial y Andy, conforme se puede apreciar en el cuadro comparativo de compras de materiales, del que se desprende que, en la factura número cero uno cinco seis siete hay una sobrevaloración de mil novecientos ochenta y seis nuevos soles con cincuenta y cinco céntimos, pues por ejemplo se ha consignado el precio de una tijera escolar punta roma en un nuevo sol con cincuenta céntimos, siendo su precio real cero punto noventa y seis céntimos, ocurriendo lo mismo con otros útiles adquiridos; de igual forma, en la factura número cero uno cinco seis ocho la sobrevaloración es de mil setecientos noventa y tres nuevos soles con cuarenta céntimos y la factura cero uno cinco nueve cuatro está sobrevalorada en ochocientos ochenta nuevos soles. Por otro lado, se ha acreditado que en la misma modalidad se adquirió materiales de escritorio del proveedor Dante Oliver Mayo Sauñe, propietario de «Mayos Multiservice», quien en su testimonial reconoce a JUAN RENFE LÁZARO DÍAZ como la persona que hizo la cotización de los materiales y solicitó que el producto sea llevado a la UGEL de Cabana, por lo que acordaron elevar los precios, elaborándose una proforma que fue entregada al proveedor, regresando el citado acusado luego de cuatro días, aceptando la cotización por lo que envió la mercadería pero ésta no ha sido cancelada; **Tercero**: Que, toda sentencia condenatoria, conforme lo señala el artículo

doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales, debe fundarse en suficientes elementos de prueba que acrediten sin atisbo de duda razonable la responsabilidad del acusado en el hecho incriminado, por lo que a falta de estos elementos procede su absolución. En efecto, la responsabilidad penal sólo puede ser generada por una actuación probatoria que permita crear convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo procesado, la que se encuentra consagrada en el literal «e» del inciso veinticuatro del artículo dos de la Constitución , en lo atinente al delito de peculado atribuido a VICTOR ALEJANDRO MINANO CHAVEZ y JUAN RENEE LAZARO DÍAZ, se advierte que la acusación fiscal no detalla el modo y forma mediante el cual los procesados se apropiaron de los caudales paolicos pertenecientes a la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL), menos puntualiza si el indebido beneficio económico fue en provecho propio 0 de terceros, debiendo significarse que la Hoja Informativa número cero cero seis - dos mil seis - ME / RA / DREA / UGE - P - OCI, del Órgano de Control Institucional de la citada UGEL (fojas sesenta y nueve) y el Informe Pericial Contable (fojas ochocientos dieciocho), concluyen que existió una sobrevaloración en la adquisición de materiales a los proveedores, ocasionando un perjuicio al Estado, por el monto de once mil doscientos noventa y dos nuevos soles con sesenta céntimos, sin haber establecido un apoderamiento directo de fondos estatales por parte de los procesados. Que, a mayor abundamiento, como bien lo señala la Fiscalia Suprema en lo Penal, la corroboración de un detrimento patrimonial no puede ser valorada para sustentar la configuración paralela del delito de peculado y colusión desleal, ya que ello afectaría el principio del *ne bis in idem* que impide el doble juzgamiento por el mismo hecho; en tal sentido, merituando la prueba recabada, no se cumplen los elementos tipicos inherentes rimero de los ilicitos mencionados (peculado), debiendo procederse de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cuatro el Código de Procedimientos Penales, a absolverse a JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ y VICTOR ALEJANDRO MINANO CHAVEZ en lo que a este ilicito se refiere; **Quinto**: Por otro lado, examinado los actuados se ha determinado la responsabilidad penal del encausado JUAN RENEE LAZARO DIAZ por el delito de concusión en la modalidad de colusión desleal, en mérito a los siguientes medios probatorios obtenidos en la invesfigación judicial, a saber: 1) Las órdenes de compra - guías de internamiento a nombre de la co-encausada Fortunata Rojas Berrospi de fojas siete, ocho, once, catorce y diecisiete, suscritas por el acusado JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ en su condición de Jefe de la Oficina de Abastecimientos de la Unidad de Gestión Educativa

Local (UGEL) de Pallasca y el Jefe de la Oficina de Administración de la citada entidad, conforme lo reconoció en el plenario a fojas quinientos sesenta y dos, evidencia que eran dichos funcionarios quienes autorizaban la adquisición de los productos; II) Que, el co-procesado VÍCTOR ALEJANDRO MIÑANO CHÁVEZ en su manifestación preliminar -con presencia del Fiscal Provincial- sostiene que durante el tiempo que laboró desconocía la existencia de una comisión de adquisición de bienes y servicios, en tanto dichos procedimientos eran llevados a cabo por el Jefe de la Oficina de Abastecimientos -procesado JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ -en coordinación con el administrador, a quien incluso le observó el porque las compras se efectuaban en la ciudad de Huaraz si se podían realizar en Chimbote (fojas ciento ochenta y ocho, y ciento ochenta y nueve), versión que reitera en el contradictorio según consta a fojas quinientos noventa y cuatro, quinientos noventa y cinco y seiscientos seis, lo que se encuentra corroborado con los siguientes elementos probatorios: i.- La manifestación preliminar -con intervención del representante del Ministerio Público- de Cornelio Humberto Reyes Huacache, quien sostiene que el encargado de comprar los bienes es el Jefe del Área de Abastecimiento, precisa que los proveedores de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) de Pallasca, eran de la ciudad de Chimbote o de Lima (fojas ciento treinta y ocho y siguiente); II- La manifestación preliminar (con intervención del Fiscal Provincial - de fojas ciento noventa y cinco) de Héctor Fernando Huacachi Ayala -jefe del Órgano de Control Interno de la UGEL, quien afirma que en el periodo del ex-director Justo Rodríguez Álvarez no había un comité formado para la adquisición de bienes y servicios en la citada Unidad de Gestión Educafiva Local; las copias certificadas de las facturas emitidas por «Servicios Múltiples San Juan Bautista» y «Multiservice Mayo's» a nombre de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) - Pallasca, a mérito de la compra de diversos productos y bienes, razones sociales localizadas en la ciudad de Huaraz (fojas nueve, doce, quince, dieciocho y veintisiete); iv.- La Resolución Directoral número ciento cincuenta - UGEL - P - C, del quince de marzo de dos mil cinco (fojas ciento sesenta y seis), que conformó el Comité Especial de Adquisiciones para los procesos de selección de adjudicaciones de menor cuantía de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) de Pallasca, esto es, con posterioridad a la emisión de las facturas de «Servicios Múltiples San Juan Bautista», del veintiocho de enero (fojas nueve y doce) y dieciséis de febrero (fojas quince) del referido año; III) Igualmente, con la declaración del testigo Dante Oliver Mayo Saune, propietario de la razón social «Multiservicios Mayos», quien a fojas doscientos treinta y nueve y doscientos cuarenta -en presencia del

representante del Ministerio Público-, precisó que el acusado JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ acudió a su negocio ubicado en la ciudad de Huaraz a efectuar la cotización de material de escritorio y al referirle los precios, el citado le manifestó que los productos tenían que ser enviados a la Unidad de Gestión Educativa Local de Pallasca (UGEL) a cuenta del proveedor, razón por la cual bajo la excusa de abonar los costos por flete del viaje hasta en la localidad de Cabana, acordaron verbalmente subir los precios de algunos de los bienes, señalando que finalmente la institución no llegó a cancelarle; en tal medida, lo anotado es congruente con la version de los testigos y co-procesado antes mencionado, en el sentido de que la Unidad de Gestión Educativa Local realizaba sus compras a proveedores de la ciudad de Chimbote que es más cercana a la localidad de Pallasca y no en Huaraz; IV. Con la declaración del encausado JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ quien el plenario (fojas quinientos sesenta y dos), si bien manifiesta que no participó en las compras de los bienes de escritorio ni en las cotizaciones pues estas fueron realizadas por el Administrador, no obstante reconoce su firma en estas últimas que corren de fojas ciento quince a ciento veinte (véase fojas quinientos sesenta y tres), puntualizando que las entregó con los datos correspondientes a excepción del nombre del proveedor y los precios, aspecto que no guarda congruencia con lo expresado por el testigo Dante Oliver Mayo Saune al referir que JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ, acudió a su negocio para efectuar las cotizaciones de los útiles de escritorio, concertando sobrevalorar el precio de los bienes (fojas doscientos treinta y nueve), por lo que resulta innecesario realizar una pericia grafotécnica en las cotizaciones a fin de establecer la autoría en el Venado de los precios, ello en atención a que se ha determinado la injerencia que tuvo el acusado JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ en la sobrevaloración de los costos. Por otro lado, se tiene que lo aseverado por el testigo antes aludido tiene lógica con la activa participación del citado encausado en las adquisiciones de la Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) conforme a las declaraciones e instrumentales glosadas, careciendo de sustento el agravio esgrimido por este en el sentido de que no existe corroboración periférica en relación a este extremo; y, V) El Informe Pericial Contable (fojas ochocientos dieciocho) estableció que las adquisiciones realizadas por la Unidad de Gestión Educativa Local de Pallasca habían sido sobrevaloradas, ocasionando un perjuicio económico en agravio del Estado ascendente a la suma de once mil doscientos noventa y dos nuevos soles con sesenta céntimos, lo que se aprecia claramente en los cuadros comparativos de fojas ochocientos veintidós a ochocientos veintisiete; **Sexto**: Finalmente, respecto a la presunta afectación al debido proceso

alegada por el acusado JUAN RENEE LAZARO DIAZ, revisado los actuados se tiene: I) Que a pesar de que en las facturas de fojas nueve, doce, quince y dieciocho, consta el nombre completo de la acusada Fortunata Rojas Berrospi -quien ha sido proveedora de útiles de escritorio, y que en los comprobantes de pago de fojas seis y diez se encuentra consignado su número de documento nacional de denfidad, la Fiscalia Provincial al formalizar su denuncia penal (fojas seiscientos cuarenta y nueve) consignó el nombre de Fortunata Ríos Berrospi, circunstancia corregida en la sentencia impugnada en la que se identifica a la procesada con su nombre correcto: Fortunata Rojas Berrospi, a quien se le reservó su juzgamiento (fojas ochocientos setenta); II) Que, el acusado JUAN RENEE LAZARO DÍAZ sostiene que la situacion antes descrita habría afectado su derecho de defensa, pues al realizarse las citaciones a persona distinta no tuvo la oportunidad de que la proveedora acuda al proceso con la finalidad de recibir su declaración y de esa manera contrastar su versión; no obstante lo expuesto, debe señalarse que esta circunstancia constituye un error material ya subsanado, debiendo destacarse el hecho de que el acusado no detalla de qué forma esta situation incidió o alteró la valoración probatoria realizada por el órgano jurisdiccional respecto de su responsabilidad penal en lo atinente al delito de contusión en su modalidad de colusión desleal; **Sétimo**: Que, en consecuencia, los elementos de juicio examinados evidencian la conducta delictiva incurrida por el procesado JUAN RENEE LAZARO DIAZ, resultando correcto el análisis realizado por el Colegiado Superior en dicho extremo y en tal medida con arreglo a ley la condena que se le ha impuesto por el ilícito antes mencionado; en cuanto a la pena fijada por la recurrida, se tiene que se le ha aplicado una sanción benigna, sujeta a reglas de conducta, no existiendo circunstancias adicionales que permitan la reducción del quantum de la pena, lo que también acontece con el monto de la reparación civil, subsistiendo la graduación de ambos conceptos establecida en la sentencia materia de recurso. Por estos fundamentos, declararon: 1) HABER NULIDAD en la sentencia de fojas ochocientos cincuenta y ocho, del veinticinco de enero de dos mil diez, en el extremo que condenó a JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ (autor) y VÍCTOR ALEJANDRO MIÑANO CHAVEZ (cómplice), por el delito contra la Administración Pública - peculado por apropiación de tercero al primero y peculado doloso por apropiación de tercero al segundo, en agravio del Estado, Ministerio de Educación y Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) - Pallasca, imponiendo a LÁZARO DÍAZ cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el término de tres años, y a MIÑANO CHAVEZ, tres años de pena privativa de libertad

suspendida condicionalmente por el término de dos años; y, REFORMANDOLA absolvieron a los encausados JUAN RENEE LÁZARO DÍAZ Y VÍCTOR ALEJANDRO MIÑANO CHAVEZ del delito y agraviados antes mencionados; ORDENARON la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del ilícito investigado, disponiéndose el archivo definitivo de la causa, en lo que a esta parte concierne; II) NO HABER NULIDAD en la propia sentencia en cuanto condena a JUAN RENEE LÁZARO DIAZ como autor del delito contra la Administración Pública - concusión en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado, Ministerio de Educación y Unidad de Gestión Educativa Local (UGEL) - Pallasca, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el término de tres años bajo el cumplimiento de reglas de conducta, inhabilitación por un año, fijando en tres mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el sentenciado, en forma solidaria con el sentenciado Justo Luis Rodríguez Alvarez, a favor de la entidad agraviada; con lo demde que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.

SS.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N.A.V.N° 05-2008-10

Lima, treinta y uno de mayo de dos mil once.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa del procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, contra la sentencia de fojas mil ochocientos cuarenta, del veintitrés de agosto de dos mil diez, en el extremo que lo condena como autor del delito de tráfico de influencias en perjuicio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo reglas de conducta; y a tres años de inhabilitación, conforme al inciso dos del artículo treinta y seis del Código Penal; fijando en diez mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la parte agraviada; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Supremo en lo Penal;

y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** Que el abogado del citado encausado, al fundamentar el recurso de nulidad, formula los agravios siguientes: **I).** [Motivación «Aparente» por acudir a Prueba Indiciaria sin fundamentar Inferencia] La condena recurrida se sustenta en prueba indiciaria, empero, la inferencia no está descrita conforme lo exige la sentencia del Tribunal Constitucional número setecientos veintiocho - dos mil ocho - PHC/TC Caso Llamoja, según la cual el modelo de motivación en dicho supuesto se debe desarrollar bajo la siguiente secuencia: hecho inicial –máxima de la experiencia– hecho final indiciario a modo de aproximación. De los fundamentos descritos por la Sala de primera instancia se aprecia no haberse explicitado o exteriorizado dicho razonamiento lógico, esto es, no ha explicado qué regla de la lógica, qué máxima de la experiencia o qué conocimiento científico le ha motivado dicha conclusión. En consecuencia, al no haber obrado de ese modo, la sentencia resulta arbitraria y, por tanto, inconstitucional, pues vulnera la garantía del artículo ciento treinta y nueve inciso quinto de la Constitución Política del Estado, pues estamos frente a un caso de «motivación aparente» que solo intenta dar cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico; **II).** [No valoración de «Contraindicios»]: Existen «contraindicios» que no fueron valorados por la Sala de primera instancia, a saber: **a).** que el testimonio de Alejo Julián Quispe Huallapuma no es sólido ni creíble, pues: **a1.** presenta contradicciones, ello, comparando sus declaraciones entre sí, y las de otros testigos (Raúl Sánchez Soto, Armando Vargas Alvarado, José Manuel Teevín Mendoza, Iván Macedo Gárnica). Entre estas últimas, se tiene la contradicción con Vargas Alvarado quien señala que nunca escuchó hablar al encausado de CONSETTUR y que trasladó a terceras personas sólo cuando aquél estaba presente, lo que contradice lo dicho por su persona; **a2.** que, en juicio oral, el citado testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma ha reconocido que sustrajo «sin querer» unas prendas deportivas del procesado, habiéndolas devuelto a su requerimiento, lo cual pone en evidencia sus cualidades personales, habiendo sido ese hecho, el que constituyó uno de los motivos por los que el procesado le quitó su confianza, renunciando el testigo. En tal sentido, debe tenerse presente el Acuerdo Plenario número dos - dos mil cinco-CJ/ ciento dieciséis, respecto a la valoración de las declaraciones de los testigos en razón a que como él lo ha reconocido «en virtud al trato que le daba» el procesado, se generó cierta animadversión de parte de su persona para con este último. Así, en su caso, existe un sentimiento subjetivo de venganza y revanchismo; **a3.** que la primera suma de dinero (mil dólares americanos) a la que se refiere dicho testigo, el encausado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ en ningún momento lo ha negado, pues éste tenía como destino

para el abogado de la empresa CONSETTUR en la ciudad de Lima, el Doctor Iván Macedo Gárnica; y, sobre el segundo monto de dinero (seis mil dólares americanos) éste fue devuelto, ya que no se concretó los servicios profesionales del antes mencionado, tal como este mismo ha señalado en su declaración; b). que el testigo Armando Vargas Alvarado, entre otros aspectos, ha indicado no conocer al señor Raúl Sánchez, ni tampoco, a qué personas trasladó en el vehículo, estando presente el encausado; y, asimismo, que no presenció ni escuchó jamás que el procesado haya ofertado influencias; c). que el testigo José Manuel Teevin Mendoza, ha dado cuenta, entre otros hechos, que no conoce a nadie de la empresa CONSETTUR, y que nunca percibió que el procesado ofertara sus influencias a esta última, ni que recibiera dádiva alguna; III). [Error en la Inferencia: «Vicios de Valoración»]: La recurrida ha errado: a). En su conclusión de que no tiene lógica señalar que el dinero supuestamente destinado al abogado Macedo Gárnica se lo enviaron a través del encausado, dado que si el letrado estableció contacto directo con sus empleadores, estuvo en la posibilidad de brindarle una cuenta bancaria para el pago de los honorarios. Aquella, soslaya que lo anotado era sólo una «posibilidad», máxime si dicho abogado, en juicio oral señaló *«que recibió el dinero del procesado Mena Núñez y uno de los motivos por los cuales rompió su relación profesional con CONSETUR fue por la constante informalidad de ellos»*; b). En su conclusión de que lo declarado por el testigo Macedo Gárnica sobre el segundo envío de dinero (respecto del cual indica no haber tenido conocimiento de ello) contradice la versión del procesado (quien refirió que el dinero era para el antes mencionado, pero que al no concretarse el patrocinio devolvió el mismo a los representantes de la empresa). A ella, se opone la constatación de que no existe ninguna contradicción, pues el acusado no aseveró que dicho dinero se lo haya entregado al mencionado testigo; c). En su conclusión de que los envíos de dinero se realizaron para que el encausado interceda, en su condición de Consejero del Poder Judicial, en el proceso que tenía la empresa CONSETTUR contra la Beneficencia Pública del Cusco encuentra corroboración en la prueba directa (testimonial) de Alejo Julián Quispe Huallapuma (quien precisó que oyó conversaciones, en el que se hacía mención a magistrados, entre el encausado Mena Núñez y los representante de la empresa CONSETTUR). Ésta es falsa, pues en la declaración vertida en el acto oral por el mencionado testigo, éste en ningún momento hizo tal afirmación; d). En su conclusión de que la devolución (del dinero) requerida por los representantes de la empresa CONSETTUR mediante carta notarial del catorce de marzo de dos mil ocho, no es más que un argumento de defensa habida cuenta de que el envío de dicho dinero se había producido entre los meses de enero y

febrero de dos mil seis. Al respecto, el testigo Sánchez Soto, contrariamente, ha señalado que el dinero, efectivamente, sí ingresó a la contabilidad de la empresa; **Segundo: Imputación Fiscal.-** Según la acusación fiscal de fojas mil doscientos ochenta y siete, durante el periodo comprendido entre los meses de diciembre de dos mil cinco a febrero de dos mil ocho, el procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, en su condición de miembro integrante del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, ejerció influencias sobre los Magistrados del citado ente [Poder Judicial] con la finalidad de favorecer a la empresa CONSETTUR Machupicchu Sociedad Anónima, en los diversos procesos judiciales que afrontaba con la Beneficencia Pública del Cusco, por la concesión del Hotel de Turistas de la referida ciudad, llegándose a beneficiar económicamente el procesado con la suma de siete mil dólares americanos, los mismos que le fueron enviados desde el Cusco a través de un giro de mil dólares americanos y un cheque por seis mil dólares, ambos, a nombre del trabajador del Poder Judicial Alejo Julián Quispe Huallapuma, quien era chofer del vehículo oficial asignado al procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, el que, luego de cobrar dichas sumas de dinero, las entregaba a este último; **Tercero: Tráfico de Influencias y Thema Probandum.-** Conforme al artículo cuatrocientos del Código Penal, modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco [publicada el seis de octubre de dos mil cuatro] – vigente al momento de los hechos – el tipo penal en referencia reprime a «*El que, invocando o teniendo influencias reales o simuladas recibe, hace dar o prometer para sí o para un tercero, donativo o promesa o cualquier otra ventaja o beneficio con el ofrecimiento de interceder ante un funcionario o servidor público que ha de conocer, esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo…* «. Así, debe significarse que no obstante que la imputación fiscal da cuenta de que el encausado «*ejerció influencias sobre los Magistrados del citado ente [Poder Judicial]*» (sic), considerando que el único delito objeto de condena es el de tráfico de influencias, sin concurso con algún otro delito contra la administración pública, el objeto de prueba que corresponde dilucidar en el presente examen es si el citado encausado recibió o no alguna ventaja patrimonial a cambio de ofrecer (no, de ejercitar efectivamente) dichas influencias (núcleo de la acción típica). Lo contrario, además de desbordar la delimitación típica de dicho injusto penal, importaría invadir el *thema probandum* de otro u otros delitos ajenos a los que han sido materia de procesamiento. Y es que, en efecto, no puede perderse de perspectiva que, conforme lo puntualiza la Doctrina, «*en el tráfico de influencias el sujeto activo es un «intermediario» entre el funcionario y el interesado (sin participación del funcionario), o alguien que finge ser intermediario del funcionario público. [Luego,] En el caso de que se llegue a ofrecer el «beneficio» al funcionario habrá concurso con el «cohecho activo»*

consumado (como autor o cómplice, según el dominio del hecho)»[24]; lo que, a su vez, resulta coherente con su fundamento político criminal, desde cuyo ángulo, constituye una «*figura (...) de puesta en peligro al bien jurídico administración pública*», *y que, en ese sentido, se trata de «un delito de consumación anticipada, en el cual se adelantan las barreras de protección penal*»[25]; **Cuarto: Tráfico de Influencias y Prueba Indiciaria.-** Fijados los elementos típicos de la figura penal sub examine, en el ámbito de las exigencias probatorias que deben ser correlativas a éstos, es menester significar que, en tanto los medios corruptores -*donativo, promesa o ventaja*- son de exteriorización tangible, en cambio, la conducta de la orientación o destino probable de la acción ilícita –*ofrecimiento de interceder*– (en tanto componente teleológico o finalístico), por su naturaleza misma, constituye un elemento sólo posible de identificar, vía inferencia o deducción, a partir de las referencias contextuales y hechos indiciarios que trasciendan de autos. En ese sentido, respecto a los supuestos de hecho que calzan en la conducta objeto de reproche, de la mano de la Doctrina, cabe señalar que «...*invocar influencias es (...) atribuirse para sí, con relación a terceros, facultades de poder determinar o motivar comportamientos sobre otros, de modo tal que ello posibilite la consecución de propósitos buscados por el interesado. [...] o (...) puede también sustentarse en la falsa percepción, generada en el que da o promete, de los poderes del invocante, quien se jacta o ufana de poseer influencias aparentes o sobre los funcionarios o servidores públicos aludidos en el tipo penal...*»[26]; **Quinto: Del cuestionamiento de la defensa contra el Testimonio de Alejo Julián Quispe Huallapuma.- I).** Según trasciende de los agravios, el impugnante ha cuestionado que no se hayan valorado debidamente determinados «contra indicios» -ver Primer Considerando, acápite «II»- que enervarían la prueba indiciaria en que se basa la condena recurrida. Una parte de éstos -ver acápite «II», ítem «a»- se circunscriben a la testimonial de Alejo Julián Quispe Huallapuma. Al interior de los mismos, la defensa, ha formulado dos tipos de «contra indicios»: de un lado, las supuestas contradicciones en que incurre este testigo -ver ítem «a.1»-; y, de otro, su presunta falta de objetividad por haber declarado premunido de móviles espurios de «venganza y revanchismo» -ver ítem «a.2»-.; **II).** Examinando, en primer lugar, la ausencia de credibilidad subjetiva que se cuestiona a este testigo, no puede dejar de mencionarse que, después que declaró en la instrucción Alejo Julián Quispe Huallapuma (ver fojas seiscientos ochenta y seis), fue objeto de tacha por parte de la defensa del acusado LUIS

---

[24] ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Palestra, Lima, 2001, p. 473.

[25] ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, 4ª ed., Grijley, Lima, 2007, p. 800.

[26] *Op. cit.*, pp. 789 y ss.

ALBERTO MENA NÚÑEZ (ver fojas setecientos sesenta y cuatro). Sin embargo, según se establece de autos, este último no observó el trámite correspondiente para dicho mecanismo procesal, lo cual explica que dicha testifical haya recibido valoración. Y es que, conforme lo precisa la Doctrina Nacional, *«si bien la norma no impone, en estricto derecho, la obligación de probar las tachas que se deducen (...), en cambio se traslada la obligación inmediata al Juez, quien debe realizar de oficio las investigaciones correspondientes, previa indagación al proponente de la tacha de los motivos y evidencias con que cuenta o puede aportar. Esta omisión es sancionada con la nulidad de lo actuado»*[27]. Contrario *sensu*, cuando no ha sido soslayado tal requerimiento y lo que se aprecia es más bien una inobservancia al mismo por parte de la defensa, esta situación, evidentemente, torna en eficaz el medio probatorio tachado. Lo contrario, implicaría promover en el proceso efectos favorables para quien observó un comportamiento procesal de desinterés a viabilizar los mismos (teoría de los actos propios). Este último supuesto es el que acontece en el caso de autos, tal y conforme se desprende del proveído siguiente: *«Téngase por admitida dicha tacha [interpuesta contra el testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma], y compruébela de conformidad con lo dispuesto en el artículo ciento cincuenta y seis del Código de Procedimientos Penales; y resuélvase con la sentencia» (sic)* –ver fojas setecientos sesenta y nueve–; precepto este último que, precisamente, estatuye lo siguiente: *«En caso de tachas a los testigos, el juez instructor preguntará la manera cómo pueden comprobarse los hechos en que se funda la tacha y hará de oficio las investigaciones necesarias para esa comprobación»*. Se constata en este caso que la defensa, después de notificado (ver fojas setecientos setenta y dos), lejos de haber satisfecho lo que le correspondía para que se prosiga con el trámite de su tacha, dejó precluir la instrucción, la etapa intermedia y el juzgamiento (donde volvió a declarar el mencionado testigo a fojas mil seiscientos cuarenta y uno) sin que el procesado haya reiterado la tacha, ni mucho menos aportado elementos materiales de sustento para llevar a cabo su verificación; todo lo cual dio lugar a que ese testimonio haya mantenido su eficacia, y, por ende, conjuntamente con los demás elementos de cargo, haya sido válidamente valorada. Abona a esta conclusión de que, en verdad, la defensa abandonó el trámite de las cuestiones procesales que promovió en la instrucción, el hecho que, habiendo también, en esta misma etapa, formulado tacha contra el testigo Armando Adolfo Vargas Alvarado (ver fojas mil cincuenta y ocho), empero, en sus agravios (ver acápite «II» ítem «a1» del Primer Considerando), lejos de insistir en la ineficacia probatoria de dicha testifical,

---

[27] SAN MARTÍN CASTRO, César, *Derecho Procesal Penal*, tomo II, Grijley, abril 2006, p. 1509.

pondera más bien que la veracidad de éste resulta prevalente por sobre el testimonio de Alejo Julián Quispe Huallapuma; III). Sin perjuicio de lo antes explicado, este Supremo Colegiado ingresa a examinar los reparos contra la credibilidad de dicho testigo, los cuales, conforme se ha señalado, han sido explicitados en los agravios que fundamentan el presente recurso. Ciertamente, un ánimo proclive a ofrecer un testimonio de cargo puede provenir del sentimiento de rencor o de venganza derivada de una afrenta o situación de conflicto o de tensión entre testigo y acusado, capaz de tornar en probable que sean falsos, distorsionados, o sacados fuera de contexto los hechos atribuidos a este último. Empero, situados en la descalificación que en concreto se formula contra el testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma, no puede dejar de mencionarse que la situación que subraya la defensa es la de un quiebre de la confianza que le tenía el acusado a quien era su subordinado en términos laborales (su chofer), a raíz de un acto de deshonestidad, reconocido por este último en el juicio oral. Sin embargo, no queda claro, como así este testigo que, desde la línea argumental de la defensa, recibió una reprobación por un hecho que él mismo aceptó, y que, por ello, voluntariamente renunció -consciente de su falta -, contrariando las máximas de la experiencia en el plano de los ánimos de las personas (en que se sitúa el cuestionamiento de la defensa), lejos de albergar un sentimiento de vergüenza frente al acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, haya canalizado su animadversión ofreciendo un testimonio no veraz y solo motivado en un afán de perjudicarlo. Por lo demás, circunscrito a dicho aspecto las objeciones a su credibilidad, el testigo en mención no ha sido descalificado en las otras exigencias inherentes a dicho medio probatorio, tales como su capacidad sensorial o su posibilidad material de observación y escucha directa de los hechos que ha relatado; aspectos éstos que no han sido materia de cuestionamiento; máxime si se tiene en cuenta lo declarado por el testigo Julián Quispe Anchaya- directivo de la empresa CONSETTUR Machupicchu SAC desde setiembre de dos mil seis-quien, a fojas quinientos cinco, manifestó que las veces que visitaba al procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ a su despacho ubicado en el Poder Judicial lo encontraba al testigo en cuestión en la antesala de dicha oficina. Por lo expuesto, si bien no se encuentran motivos notorios o manifiestos para excluir su testimonio como elemento de cargo, ciertamente, no se analizará su contenido de una manera aislada o acrítica, sino desde una valoración razonada a la luz de toda la prueba actuada apreciada en conjunto; **Sexto: Referencias Contextuales.- A). Relación profesional del procesado Luis Alberto Mena Núñez con la empresa CONSETTUR Machupicchu antes de ser miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial y de la interacción que mantuvo con sus representantes legales**

alrededor de los procesos judiciales en los que era parte dicha persona jurídica.- El mismo acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ ha aceptado que antes de ser Consejero (cargo que ejerció desde once de agosto de dos mil tres hasta junio de dos mil ocho –según lo precisa a fojas mil quinientos treinta y seis–), en la ciudad del Cusco, mantuvo una relación profesional, como abogado, con la empresa CONSETTUR Machupicchu SAC, a la que patrocinó en determinados procesos judiciales, siendo el caso que ya ejerciendo el cargo de Consejero, su persona, mantenía comunicación telefónica con sus representantes legales, a quienes, además, los recibía en la oficina pública que ocupaba, habiéndoles incluso recomendado, según indica, el abogado que debía continuar la defensa en los litigios de dicha persona jurídica frente a la Beneficencia Pública. Así, de su declaración instructiva de fojas cuatrocientos sesenta y dos, trasciende: Preguntado: Qué tipo de relaciones mantenía con la empresa CONSETTUR SA y si tenía conocimiento que la referida empresa litigaba contra el Estado, dijo: «*...antes de asumir su cargo de Consejero, tuvo la oportunidad de hacer la defensa en algunos casos de CONSETTUR en la ciudad del Cusco, aún más que con los miembros de su Directorio guarda una amistad no solamente profesional, sino personal, y cuando viene a Lima en el año dos mil tres, tuvo referencia de un proceso que se había iniciado en el año dos mil dos o dos mil tres, que se enteró de ese proceso, pero no sabía en qué estado se encontraba, a consecuencia de ello, le piden que sugiera el nombre de un profesional en Lima, de donde aparece el nombre del doctor Iván Macedo...*». Repreguntado: cómo es cierto que usted recibía en su oficina donde ejercía sus funciones como Consejero muchas llamadas del Cusco y en otras oportunidades recibía la visita de Julián Quispe Anchaya, donde siempre conversaba sobre CONSETTUR, dijo: «*... en el caso del Sr. Julián Quispe Anchaya en algunas oportunidades le ha visitado solamente visitas de amistad...*». Con dicho reconocimiento de haber existido línea de continuidad en la vinculación del procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, aún durante su ejercicio como Consejero, con los intereses litigiosos de la persona jurídica en referencia, confluye lo señalado por el testigo Raúl Sixto Sánchez Soto, Gerente de la empresa CONSETTUR Machupicchu SAC, desde el año dos mil tres hasta fines del dos mil seis, quien revela que, efectivamente, no solo mantenía una interacción constante y fluida con el procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ sino que recibía recomendaciones de este último de cara al éxito judicial de dicha persona jurídica. Así, a fojas novecientos setenta y dos, se tiene: Preguntado con qué persona trató para la contratación de un abogado que patrocinara a la Empresa CONSETTUR Machupicchu SAC, dijo: «*... la preocupación de tener un asesor en la ciudad de Lima, era para ver el proceso seguido contra la Empresa Imperio de los Inkas, la cual participó en*

la licitación del Hotel Cusco, denuncia que fue hecha por los directivos de la Beneficencia encargados del Hotel Cusco, siempre venía a Lima por muchas razones, tenía la amistad con el doctor Luis Alberto Mena, le comentó que los funcionarios de la Beneficencia pretendían embargar los bienes como los vehículos que la empresa CONSETTUR Machupicchu SAC, que nada tenía que ver con dicha licitación, posiblemente pensando de que CONSETTUR que es el ente recaudador de los ingresos que tienen las empresas que conforman este consorcio que son en número de ocho, de los cuales tres empresas conforman la Empresa Imperio de los Inkas que postuló a dicha licitación, viendo este problema conversé amigablemente con el doctor Luis Alberto [MENA NÚÑEZ] para que nos recomendara a un profesional para que haga seguimiento a este proceso»; Preguntado si posteriormente a su Gerencia la Empresa Machupicchu tuvo procesos judiciales con la Beneficencia Pública del Cusco o ésta fue emplazada como garante de algún litigio con la Beneficencia Pública del Cusco, dijo: «*sí, posiblemente, y también la posibilidad de que haya sido garante [de] esta licitación del Hotel Cusco...*»; **B). De la existencia de procesos judiciales civiles y penales que tenían en litigio al consorcio que vincula a las empresas CONSETTUR Machupicchu S.A.C e Imperio de los Inkas contra la Beneficencia Pública del Cusco- I).** Sobre la relación de las empresas antes mencionadas, según ha precisado a fojas novecientos setenta y tres el testigo Raúl Sixto Sánchez Soto, existe una vinculación societaria de la empresa CONSETTUR Machupicchu SAC con el consorcio del cual a su vez forma parte la empresa Imperio de los Inkas. Por su parte, el testigo Julián Quispe Anchaya a fojas quinientos tres ha puntualizado que, específicamente, es la segunda de las mencionadas y no la primera, la parte litigante en los procesos entablados con la Beneficencia Pública del Cusco; **II).** Corroborando lo antes anotado, a fojas trescientos tres corre el Oficio número trescientos treinta y tres - GG- SBPC - cero ocho, suscrito por el Gerente General de la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, al cual se adjunta, la relación de, entre otros, los procesos judiciales siguientes: **a) Procesos Civiles** entablados entre Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu **Imperio de los Incas,** como parte demandante; **y Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco,** como parte demandada: **i).** Expediente número cero cero noventa y siete - dos mil dos [sobre Cumplimiento de Obligación de Hacer, consistente en la ampliación del plazo del contrato de concesión del Hotel Cusco por un año adicional y su modificación; ante el Segundo Juzgado Especializado Civil del Cusco]; **ii).** Expediente número cero mil setecientos treinta y ocho - dos mil dos [sobre Nulidad de contrato de concesión; ante el Segundo Juzgado Especializado Civil del Cusco]; **iii).** Expediente número cero cero doscientos ochenta y cuatro - dos mil tres [sobre Nulidad de Acto Jurídico contra la Resolución Directoral número

cero cuarenta y ocho - cero dos; ante el Cuarto Juzgado Especializado Civil]; **iv).** Expediente número cero cero doscientos ochenta y cinco - dos mil tres [sobre Impugnación de Resolución Administrativa contra la Resolución Directoral número cero cuarenta y ocho - cero dos; ante el Tercer Juzgado Especializado Civil del Cusco]; **v).** Expediente número dos mil setecientos cuatro - dos mil [dos] [sobre Impugnación de Resolución Administrativa contra la Resolución Presidencial número doscientos veinticuatro - INABIF, que desestima por infundado el recurso de apelación planteado contra la Resolución Directoral número cero sesenta y dos - cero dos, que, a su vez, declara improcedente el Recurso de Reconsideración interpuesto contra la Resolución Directoral número cero treinta y cinco - cero dos, mediante la cual se impuso la multa de mil unidades impositivas tributarias (tres millones cien mil nuevos soles) al concesionario (tramitada primigeniamente ante el Primer Juzgado Contencioso Administrativo de Lima, y cuya sentencia dictada con fecha cinco de agosto de dos mil ocho por el **Décimo Tercer Juzgado Especializado en lo Contencioso Administrativo de Lima** obra a fojas mil ciento veintiocho y siguientes) y **vi).** Expediente número seiscientos cincuenta y nueve - dos mil seis [sobre Nulidad de Acto Jurídico y Enriquecimiento Indebido referida a la nulidad de la convocatoria del concurso internacional de proyectos integrales y al propio concurso para la entrega en concesión del Hotel Cusco; ante el Primer Juzgado Especializado Civil del Cusco]; **b) Procesos Penales: i).** Expediente número ciento noventa y tres - dos mil dos [por abuso de autoridad, desobediencia y resistencia a la autoridad] incoado por Consorcio de las Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu Imperio de los Incas, contra el ex Presidente de la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, señor Francisco García Aguirre; ante el Primer Juzgado Especializado en lo Penal del Cusco; **ii).** Expediente número setecientos sesenta y cinco - dos mil cuatro [por abuso de autoridad, fraude procesal, usurpación de autoridad y usurpación de funciones], incoado por Consorcio de las Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu Imperio de los Incas, contra ex funcionarios de la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, señores Francisco García Agurirre, Mercedes Pinto Castillo y Fabiola Salcedo Villalba; ante el Primer Juzgado Especializado en lo Penal del Cusco; **iii).** Expediente número quinientos ochenta y cinco - dos mil cinco [por turbación de la posesión agravada]; incoado por la Sociedad de Beneficencia Pública del Cusco, contra Raúl Sixto Sánchez Soto (Directivo del Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu Imperio de los Incas) y otros; ante el Quinto Juzgado Especializado en lo Penal del Cusco; y **iv).** Expediente número cero siete - dos mil siete [por apropiación ilícita]; seguido por la Sociedad de Beneficencia Pública del

Cusco contra ex Directivos del Consorcio de Empresas de Servicios Turísticos Machupicchu Imperio de los Incas, Amilcar Loayza Bejar, Napoleón Aguilar Obando y Julián Quispe Anchaya; ante el Cuarto Juzgado Especializado en lo Penal del Cusco; **Sétimo: Hechos Indiciarios Concomitantes.-A). Dinero entregado al acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ.-** El testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma, a fojas doscientos noventa y seis, en su manifestación policial –con participación de representante del Ministerio Público-, detalla haber recibido sumas de dinero por encargo del acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ en dos oportunidades, la primera de éstas, a través de un cheque girado a su nombre, para cuyo efecto le pidió su Documento Nacional de Identidad, por la suma de seis mil dólares americanos, aproximadamente, en el mes de abril de dos mil cinco; y, la segunda oportunidad, de manera similar, por un importe de mil dólares americanos, tres o cuatro meses después de la primera recepción. En acto oral, a fojas mil seiscientos cuarenta y cinco, lejos de retractarse de haber cumplido con dichos encargos, puntualiza no recordar sobre el monto preciso de la primera suma recibida, esto es, si fue de mil quinientos soles o mil quinientos dólares. El propio representante de la empresa Raúl Sixto Sánchez Soto, por su parte, a nivel de la instrucción, a fojas novecientos setenta y tres, corroborando lo declarado por el testigo

Alejo Julián Quispe Huallapuma, ha sostenido haber entregado a este último, «en varias oportunidades» (sic), dineros dirigidos al acusado. Así, refirió: «*se ordena que se haga efectivo el adelanto de mil dólares por intermedio de CONSETTUR, tomando el servicio de Chagmani Pérez, empleado de seguridad, quien era el encargado de hacer los depósitos de dinero de la producción diaria de la venta de boletos(...) como en el envío de los mil dólares a la ciudad de Lima, entregándole al señor [Alejo] Julián Quispe [Huallapuma], que, en varias oportunidades, también por ser paisano del Cusco, le habíamos pedido ese favor, para que le entregue al doctor Luis Alberto Mena...* «. De otro lado, el procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ a fojas cuatrocientos sesenta y dos, si bien admite haber recibido sumas de dinero de la referida empresa CONSETTUR, y hasta en dos oportunidades, empero, contextualiza éstos como dineros que estaban destinados al pago del abogado de dicha persona jurídica, Ivan Macedo Gárnica, haciendo referencia a que dichos dineros los habría recibido en oportunidades que difieren de lo señalado por el testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma. Así, indicó que el primer envío de Cusco fue mediante giro de mil dólares americanos con fecha treinta y uno de diciembre de dos mil cinco; y, el otro, en los primeros meses del año dos mil seis, tratando, en tal sentido, de restar veracidad al testimonio de Alejo Julián Quispe Huallapuma de que fueron los dos a realizar el cobro,

alegando a fojas mil seiscientos sesenta, en la diligencia de confrontación realizada entre ambos, que en la fecha del treinta de diciembre a su persona le practicaron una operación en la clínica; ante lo cual, el precitado testigo, en la misma diligencia, a fojas mil seiscientos sesenta y uno, le replicó: «*con usted mismo, hemos ido a cobrar ese dinero, usted me esperó en el carro, yo entré al banco, saqué el dinero, y se lo entregué a usted, eso fue en la segunda oportunidad; en la primera (...), en su despacho, usted me envió a cobrar al banco ubicado en el Jirón de la Unión y también se lo entregué...*». No pudiendo el procesado doblegar la persistencia del testigo, éste se limitó a dejar abierta la posibilidad de que el testigo habría recibido otros encargos de dinero de los representantes, los cuales, empero, han sido desconocidos por su persona; así indicó: «*en diciembre, cuando vinieron ellos te han hecho regalos para tu hija, esa vez todavía tenías una hija, (...) no podemos decir que no los conoces, ahora ¿qué cosas más habrás conversado con ellos? eso corresponde entre tú y los señores de CONSETTUR, los señores Julián o Raúl, vean ustedes cómo han hecho ese tema...*»; alegación ésta por demás inverosímil, infiriéndose que las testificales antes precisadas solventan una entrega sistemática de dinero en *oportunidades* diferentes a las mencionadas por el acusado, lo que torna en inverosímil el motivo que alegó este último; **B). Falsedad de la versión esgrimida sobre el motivo del Pago.-** Peor aún, la justificación esgrimida para explicar los dineros recibidos se ve desvirtuada, preponderantemente, con la carta notarial de fojas ciento veintiuno, su fecha diecinueve de marzo de dos mil ocho, a través de la cual el supuesto beneficiario de los seis mil dólares americanos, esto es, el letrado Ivan Macedo Gárnica, le requirió a este último a que formule «aclaración» respecto a la suma recibida por su persona, haciéndole hincapié de que sólo recibió mil dólares americanos por concepto de asesoría a Consorcio de Empresa y Servicios Turísticos Machupicchu con la Beneficencia del Cusco sobre impugnación de resolución administrativa que se tramitaba ante el Segundo Juzgado Contencioso Administrativo; **C). Jactancias y alardes del acusado Luis Alberto Mena Núñez frente a los representantes legales de CONSETTUR Machupicchu SAC sobre las presuntas influencias que tenía sobre magistrados del Poder Judicial.- c1.** El testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma, quien laboró como chofer del acusado desde junio de dos mil cuatro hasta mediados de febrero de dos mil seis -ver fojas seiscientos ochenta y siete-, a fojas doscientos noventa y seis de su manifestación policial -con participación de representante del Ministerio Público-, ha señalado que durante el tiempo que laboró para el acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, escuchó a este último sobre «coordinaciones» ajenas a las que eran propias de su función, enfatizando que muchos de estos diálogos sostenidos entre dicho encausado y los representantes legales de CONSETTUR Machupicchu SAC., incidían,

explícitamente, en las conversaciones que él indicaba, a los antes citados, haber mantenido con magistrados y auxiliares jurisdiccionales; habiendo oído decir al acusado *«ya hablé con el Presidente de la Sala»*, *«ya hablé con el Secretario»*, añadiendo que en estos contextos de diálogos, se aludía siempre a la tantas veces mencionada empresa, de la que, según sabía, tenía un proceso judicial, agregando que *«Luis Alberto Mena Núñez actuaba como abogado de [ésta]»*. En su declaración prestada en la instrucción no solo se ratificó en el contenido íntegro de dicha manifestación –ver fojas seiscientos ochenta y nueve-, sino que, además, volvió a precisar que en sus conversaciones con aquellos mismos interlocutores se *«mencionaban nombres (...) de magistrados»* –ver fojas seiscientos ochenta y ocho-; **c2.** En este punto, merece significar que no constituye argumento idóneo, el que formula en sus agravios (ver Primer Considerando, acápite «II») para enervar la eficacia probatoria de dicho testimonio, la ausencia de una versión similar por parte de otros servidores que desarrollaron la labor de chofer del acusado (Armando Adolfo Vargas Alvarado –en agosto de dos mil tres, y entre abril de dos mil seis y enero de dos mil ocho, según su declaración de fojas mil setecientos seis-y José Manuel Teevin Mendoza –del cinco de febrero de dos mil ocho al veinticuatro de junio del mismo año (cuatro meses), según su declaración de fojas mil seiscientos noventa y nueve-, y, menos aún, pretender oponer dicha circunstancia como indicador de «contradicciones» entre Alejo Julián Quispe Huallapuma y los otros testigos, ello, si se tiene en cuenta los periodos diferentes en que trabajaron el primero y estos últimos, esto es, sin posibilidad que a cada uno de ellos les conste los mismos hechos; máxime, si lo alegado, en estricto, importa demandar la corroboración de un testimonio, necesariamente, con otra testifical, lo que constituye una exigencia infundada; **c3.** Por lo demás, la impresión persuasiva que en los representantes legales de CONSETTUR Machupicchu SAC podían generar los alardes por parte del procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ - a los que alude el testigo Alejo Julián Quispe Huallapuma - no resultan en modo alguno improbables si se considera por ejemplo la propalación en medios periodísticos de una serie de decisiones de su persona, contemporáneas a su gestión como Consejero, de implicancias para determinados magistrados judiciales, las cuales, de seguro, posibilitaban al encausado dar respaldo a su supuesta aptitud para influir a favor de sus intereses. Así, cabe remitirse, por ejemplo, al Acta de Visualización y Transcripción del Video CD rotulado «Investigado Supremo Libertino - La Ventana Indiscreta» en la que a fojas setecientos uno se aprecian los comentarios periodísticos siguientes: *«Luis Alberto Mena, se hizo conocido recién el año pasado, cuando incomprensiblemente, siendo miembro del Consejo votó contra las sanciones que la OCMA presidida acertadamente por la Vocal Elcira Vásquez impuso a varios jueces cuestionados en el país, no contento con*

ello, Mena envió en mayo del año pasado una carta a la entonces Presidenta del Congreso Mercedes Cabanillas, en la que, oficialmente, pero a sola firma, atacaba a la Vocal Elcira Vásquez, la Jefa de la OCMA, y solicitaba que el Congreso apruebe una norma promovida por él, que en la práctica le quita autoridad a la Jefatura del Órgano de Control, nadie le daría importancia a esta carta si no fuera porque once días después de ser enviada, el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial se reunió para evaluar el caso más caliente del año dos mil siete, la suspensión del Presidente de la Corte Superior, Ángel Romero, impuesta por la Jefa de la OCMA [...] Los demás Consejeros votaron a favor de la sanción, el único que se opuso en un voto singular fue Luis Alberto Mena [...] ha votado también en contra de la sanción impuesta a los Jueces de Chiclayo (...) que fueron sorprendidos bailando y festejando con su propio procesado, hizo lo mismo con el Juez que falló a favor de que la azucarera Tumán, no pagara una deuda millonaria...»; **Octavo: Hechos Indiciarios Subsiguientes.- De la pretensión de justificar la devolución del dinero entregado por los representantes legales de CONSETTUR Machupicchu con posterioridad a la emisión del informe periodístico en el programa «La Ventana Indiscreta».-** A fojas ciento veintidós, corre en autos la carta del catorce de marzo de dos mil ocho, remitido por Raúl Soto Sánchez a través de la cual se solicitaba al acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ la devolución de los cinco mil dólares que no llegaron a ser abonados al letrado Ivan Wilder Macedo Gárnica. Ciertamente, dicha instrumental pretende solventar la tesis de defensa del citado encausado, empero, el hecho que ésta tenga una data posterior muy próxima a la propalación, con fecha tres de marzo de dos mil ocho, del informe periodístico del programa «La Ventana Indiscreta» –cuya Acta de Visualización y Transcripción de video CD corre a fojas seiscientos veintidós-, constituye un indicio revelador de que su verdadero propósito era gestar un medio probatorio extemporáneo para la versión del acusado; suspicacia que se acentúa con el hecho de que dicha misiva fue suscrita por el antes citado como persona natural y no como representante de la persona jurídica en referencia; la que, desde dicha explicación, era la contratante de los servicios del abogado en referencia; lo cual, termina por desmerecer los argumentos esgrimidos por el recurrente en el Primer Considerando, acápite «III»; **Noveno: Conclusiones Probatorias.- I).** Constituyen máximas de la experiencia el que «nadie da nada gratuitamente a otro, a menos que concurra una razón para tal liberalidad»[28]; así como el que un pago derivado de un acuerdo o pacto lícito - que no busca esconder otro acto ilegítimo o de defraudación a terceros - se ejecuta sin ocultar la identidad de los sujetos verdaderamente relacionados ni el contenido de las prestaciones verdaderamente asumidas por éstos; **II).** En ese orden de ideas, si los actos

[28] García Cavero, Percy, *La prueba por indicios en el Proceso Penal*, p. 104.

de disposición de dinero de una empresa, dentro de un marco de licitud, obedecen a operaciones económicas de su giro o a la cobertura de gastos necesarios para su funcionamiento y/o patrocinio de sus intereses (entre éstos, el pago a los profesionales que le brindan sus servicios), una falsa justificación en algunos de estos egresos, conlleva a colegir que la persona jurídica a otorgado una contraprestación por recibir algún beneficio ilegítimo, que, como dato de la realidad, también es posible. Consiguientemente, desvirtuado, de un lado, que la suma otorgada por CONSETTUR Machupicchu SAC al procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ no respondió a un pago efectuado al letrado Ivan Wilder Macedo Gárnica por sus servicios profesionales; y, demostrado, de otro, que a raíz de la investigación periodística sobre la connotación ilícita de esta entrega dineraria, recién dicha persona jurídica le exigió al encausado su devolución, corresponde inferir que de parte de esta última hubo un pago indebido al antes mencionado, con quien, por otro lado, no tenía ninguna relación jurídica que descarte tal conclusión; máxime si es lógico que de haber sido legítimo el mismo, hubiera sido fácil de sustentar e innecesario forzar una justificación irreal; **III)**. En esta misma línea, converge lo también acreditado en cuanto a que el encausado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, mantenía interacción constante y personal con representantes de la empresa CONSETTUR Machupicchu SAC precisamente respecto a los procesos judiciales en los que era parte litigante; que para recibir el dinero utilizó a terceras personas a fin de no aparecer él como quien lo cobraba; y que su versión, al interior del proceso, siempre fue de haber sido un mero intermediario, pese a haber sido el dinero recibido para sí mismo; **IV)**. Prosiguiendo con el análisis, más allá de haberse establecido que el pago en referencia no tenía una fuente lícita, otro dato probatorio relevante es que ha sido el propio encausado quien ha delimitado el contexto específico en que se dio. En efecto, desvirtuada su alegación, de que el mismo sirvió para cubrir los honorarios profesionales del abogado Ivan Wilder Macedo Gárnica, lo cierto es que, por declaración del citado procesado, ese pago – ilícito - estaba incardinado en los que hicieron los representantes legales de CONSETTUR Machupicchu SAC para viabilizar el éxito de sus procesos judiciales; **V)**. Se engarza con dicha conclusión el que este pago al procesado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ coincide temporalmente con el periodo en que el citado acusado se desempeñaba como miembro del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, esto es, mientras detentaba un cargo encumbrado al interior del máximo órgano de gobierno de dicho Poder del Estado, que lo erigía, frente a terceros, en una persona de estrechos vínculos con magistrados y personal jurisdiccional, percepción esta última que, inequívocamente, él mismo promovía frente a sus asiduos interlocutores de CONSETTUR Machupicchu SAC, tal y como se desprende de la

testimonial de Alejo Julián Quispe Huallapuma, quien ha aseverado que le consta que el acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ mantenía una interacción fluida con los representantes legales de dicha persona jurídica, habiendo oído que en sus diálogos con estos últimos, reiteradamente, aludía a supuestas conversaciones mantenidas con magistrados del Poder Judicial en relación a asuntos judiciales de interés para aquella empresa; **VI).** Consiguientemente, los indicios antecedentes, concomitantes y subsiguientes antes precisados, conllevan a concluir que el acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ accedió sistemáticamente a sumas de dinero de la empresa CONSETTUR Machupicchu SAC., en razón del cargo público que detentaba, desde el cual ofrecía influencias en los procesos judiciales en los que aquella litigaba, siendo ésta última la única explicación posible a la recepción de tales sumas de dineros, y, a la forma subrepticia cómo los recibía. **Décimo:** Fijado *líneas ut supra* lo relativo al *thema probandum* y a la prueba indiciaria en materia de tráfico de influencias (Ver Considerandos Tercero y Cuarto de la presente Ejecutoria), acorde a tales parámetros probatorios, la recurrida, en su análisis de fojas mil ochocientos cincuenta y siguientes (contrariamente a lo esgrimido por el recurrente en sus agravios – ver Considerando Primero, acápite «I») ha solventado el supuesto de hecho que exige la norma penal que sanciona este tipo penal, con lo que resulta enervada la presunción de inocencia del acusado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ; quedando así establecida tanto la materialidad del delito imputado, como la responsabilidad de este último en la comisión del mismo; justificándose la condena conforme al artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales; **Décimo Primero:** Finalmente, en cuanto a la pena, estando a que la figura penal objeto de condena, según el artículo cuatrocientos del Código Penal -modificado por la Ley número veintiocho mil trescientos cincuenta y cinco-, se encuentra sancionada con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años, y de cuatro a ocho años cuando el agente es funcionario público; además de inhabilitación como pena conjunta; las penas impuestas al condenado LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ, no resultan arbitrarias; ocurriendo lo propio respecto al monto de la reparación civil, dada la relevancia del bien jurídico comprometido a través de su conducta; Por estos fundamentos, declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas mil ochocientos cuarenta, del veintitrés de agosto de dos mil diez, en el extremo que condenó a LUIS ALBERTO MENA NÚÑEZ como autor del delito de tráfico de influencias en perjuicio del Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el término de tres años bajo reglas de conducta; con lo demás que contiene, y es materia del recurso; Intervienen los Señores Rodríguez Tineo, Pariona Pastrana y Neyra Flores por

impedimento de los señores Lecaros Cornejo, Prado Saldarriaga y Príncipe Trujillo; y los devolvieron.-

SS.
RODRÍGUEZ TINEO
PARIONA PASTRANA
BARRIOS ALVARADO
NEYRA FLORES
VILLA BONILLA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 784-2011

Lima, dieciocho de enero de dos mil doce.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por los procesados WALTER HUGO ARANA MAYORCA y PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ (hoy fallecido), contra la sentencia de fojas tres mil doscientos noventa y cinco, del uno de febrero de dos mil once, en los extremos que condenó al *primero* como autor del delito de cohecho pasivo impropio; y, al *segundo*, como autor del delito de tráfico de influencias y cómplice primario de cohecho pasivo impropio; todos en agravio del Estado; a cuatro años de pena condicional suspendida por el periodo de tres años sujeto a reglas de conducta; y a cinco años de pena privativa de la libertad efectiva; respectivamente; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla; y **CONSIDERANDO, Primero: Agravios.-** Que el impugnante WALTER HUGO ARANA MAYORCA, al fundamentar su recurso a fojas tres mil trescientos treinta, señala que: **a).** fue nombrado como Director Ejecutivo de FONCODES, conforme lo establece la ley, y es en esa condición que presidió la Comisión del Proceso de Selección número cero catorce –dos mil cinco para cubrir la plaza de Jefe Zonal de FONCODES –Ayacucho, siempre de acuerdo a la normatividad interna de dicha entidad pública; **b)** no se encuentra acreditado que haya solicitado la suma de quince mil nuevos soles al postulante FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, por intermedio de PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ, por ende, tampoco se encuentra probado que haya recibido la suma de cinco mil nuevos soles el día veintisiete de marzo de dos mil seis; **c)** resulta falso, que haya recibido, además, las sumas de mil quinientos y tres mil nuevos soles en el mes de abril, pues éstas, según VARGAS VIVANCO fueron el diez y doce de abril de dos mil seis, mientras que la supuesta reunión entre los tres procesados fue el tres de abril para presionar al antes mencionado en la

entrega de dinero, incurriendo el Colegiado en una evidente contradicción; **d)** es falso que su persona le haya dicho a FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO que si no pasaba el proceso de inducción y el examen ante la Dirección Ejecutiva sería desaprobado, pues de las actas de audiencia (del siete de abril de dos mil diez) se desprende que el antes citado refirió que ello le dijo el acusado PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ, y no su persona; **e).** más allá de la relación interpersonal entre el recurrente y el fallecido y siempre dentro de las instalaciones de FONCODES, no hubo una relación amical entre ambos y mucho menos de confianza, pues ello es algo totalmente subjetivo por estar sujeta a diversas interpretaciones; **f).** las personas de Rita Garay de Lazo y Gabriel Collao Becerra nunca concurrieron a prestar su manifestación preliminar ni declaración judicial, pese a haber sido ofrecidos por la parte acusadora. Respecto de ellas tan solo obra la absolución del pliego interrogatorio enviado por el Auditor de la Contraloría General de la República; por tanto, no hubo posibilidad de someter a contradictorio sus dichos; **g).** no ha negado haber participado en encuentros de fulbito con PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ en dos o tres oportunidades, pero jamás han concurrido juntos, ni tampoco ha departido con este último después de dichas prácticas deportivas, pues el impugnante se retiraba inmediatamente; **h).** los testigos no señalan, en absoluto, que las visitas del fallecido a su Despacho hayan sido continuas, por el contrario, refieren que se daban algunos encuentros casuales entre ambos, lo cual indica que si bien el antes mencionado podía anunciarse como que iba a visitarlo, tales reuniones no se producían; no habiendo los primeros tampoco precisado que el recurrente y el antes citado hayan departido en reuniones sociales o particulares; **i).** sobre los tres *currículums* vitae que le llevó PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ el día en que los presentaron, no existe prueba alguna que estas personas hayan ingresado a laborar a FONCODES y en cuanto a la contratación de los hermanos BACA de nombres Santiago y Alicia, éstos fueron bajo la modalidad de Servicios No Personales, que no estaba a cargo de su persona como Sub Gerente de Personal, sino que eran de competencia de la Sub Gerencia de Logística; **j).** resulta absurdo señalar que en el legajo personal de llevó PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ, remitido por el Congreso de la República, no existe documento alguno en el cual se le encargue como una de sus labores el realizar coordinaciones y gestiones ante FONCODES y otras entidades públicas, pues ello jamás consta en un documento como el antes nombrado, en todo caso, son labores encargadas directamente por el Congresista Mario Molina Almanza que era oriundo del Cusco y por ello le interesaba de sobre manera que se realizaran las obras programadas en dicha circunscripción; **k).** no existe prueba material que acredite que las supuestas entregas de dinero

realizadas por FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO a PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ hayan sido entregadas a mi persona, tal es así que el Colegiado Superior lo pone en condicional: «*las mismas que habrían sido entregadas a ARANA MAYORCA...*»; no siendo cierto que recibió dicho dinero de llevó PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ; como tampoco le consta los supuestos pedidos de dinero que hacía este último; **l)**. dicho procesado le enseñó los recibos que demostraban que el dinero que recibió de FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, obedecía a un supuesto préstamo de dinero entre ellos porque se conocían de años atrás; **m)**. niega la reunión con PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ del día veintisiete de marzo de dos mil seis, pues aquella se basa en un cuadro (fojas cuatro, similar al de fojas veinte), el que no es sino una transcripción incorrecta, pues a fojas ciento veinte obra la fotocopia del cuaderno de registro de visitas, en la cual se consigna a la persona de «Walter Vaca» a quien nadie conoce y, lo más grave aún, la persona visitada no era el recurrente sino un tal «Bravo», respecto a quien tampoco nadie conoce. Así, el visitante no podía ser PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ, porque para ingresar debía identificarse, tal y conforme ha informado FONCODES sobre el procedimiento para el ingreso de público. Tal es la inconsistencia que la recurrida describe este hecho en condicional. Igual acontece en relación a la reunión del tres de abril del mismo año, pues nuevamente el visitante y el visitado son «Walter Vaca» y «Bravo», respectivamente, tal como consta a fojas ciento treinta y cuatro; **n)**. la Sala Superior se equivoca al señalar que no valora las testimoniales de Norma Milagros Villar Campos, Hugo Priscilio Vila Hidalgo y María del Pilar Acha Albújar, por no servir para esclarecer los hechos, pues han referido no conocer en forma directa los hechos objeto del presente proceso, pese a haber sido partícipes directos en el proceso de selección para la Jefatura Zonal de Ayacucho; **ñ)**. el Colegiado Superior se ha limitado a dar crédito a lo vertido por VARGAS VIVANCO, quien se ha escudado en el acogimiento a la confesión sincera, con un direccionamiento del Ministerio Público; **Segundo**: Que, de otro lado, si bien a fojas tres mil trescientos veintiuno obra la fundamentación de PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ respecto de su recurso de nulidad -presentado el nueve de febrero de dos mil once-; empero, a fojas setenta y nueve y siguiente del Cuadernillo -generado ante esta Instancia-, corre el Acta de Defunción que da cuenta del fallecimiento del antes mencionado con fecha doce de marzo del dos mil once. Corrido traslado al Fiscal Supremo en lo Penal, éste ha emitido el Dictamen de fojas ochenta y tres, opinando que se declare extinguida la acción penal incoada en su contra, debiendo procederse en ese sentido, de conformidad con el artículo setenta y ocho inciso uno del Código Penal; **Tercero: Imputación Fiscal.-**

Según la acusación de fojas dos mil doscientos sesenta y cinco, se imputa al procesado WALTER HUGO ARANA MAYORCA, en su condición de Director Ejecutivo de FONCODES y Presidente de la Comisión encargada del Proceso de Selección número cero catorce –dos mil cinco, haber solicitado indirectamente, a través de su co-procesado PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ (hoy fallecido), al postulante FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, la suma de quince mil nuevos soles, a fin de asegurar su contratación como Jefe Zonal de FONCODES - Ayacucho (lo que llegó a producirse al término del proceso de selección), habiéndole referido al último de los nombrados, directamente, que «debía cumplir con los compromisos asumidos con el señor BACA», caso contrario, después del proceso de inducción y examen ante la Dirección Ejecutiva sería desaprobado. Asimismo, con anterioridad a dicho suceso, con fecha veintisiete de marzo de dos mil seis, recibió por intermedio de PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ la suma de cinco mil nuevos soles, dinero que fue entregado por FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO como parte de los quince mil soles requeridos; **Cuarto: Delimitación del Análisis.- I).** Según trasciende de autos, la conducta de requerimiento de dinero por parte del recurrente fue aceptada por el sentenciado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO para el propósito antes indicado (asegurar su contratación como Jefe Zonal FONCODES –Ayacucho), razón por la que este último –no obstante haber sido el denunciante- fue también procesado (y condenado) por delito de cohecho activo genérico. Lo señalado configura en el caso de autos un supuesto procesal de sindicación de co-imputado, lo que nos remite a las pautas de valoración probatoria a que se contrae el Acuerdo Plenario número dos –dos mil cinco /CJ-ciento dieciséis, FJ nueve, conforme al cual sus garantías de certeza son: i). ausencia de incredibilidad subjetiva, ii). persistencia y iii). verosimilitud; **II).** De otro lado, a la luz de lo que ha constituido la línea de defensa del procesado WALTER HUGO ARANA MAYORCA -lo que se condice con sus *agravios* **(ver Primer Considerando de la presente Ejecutoria)-**, su réplica se circunscribe a deslindar que su persona no tuvo una relación amical con PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ (ver agravios: acápites «e», «h») ni que fue destinatario del dinero requerido por este último al sentenciado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO (ver agravios: acápites «b», «k»); **III).** En ese orden de ideas, no constituyen tópicos controvertidos por el recurrente las evidencias documentales que corroboran lo señalado por el condenado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO en relación a cómo fue abordado el veintisiete de marzo de dos mil seis por PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ –ver nota de fojas mil doscientos sesenta y dos-, el dinero que, en préstamo, recibió de este último –ver voucher de fojas mil

doscientos sesenta y tres; extracto bancario de fojas mil ciento dieciséis; y recibos de fojas mil doscientos sesenta y cinco y siguiente-; así como la recepción, de manos del antes mencionado, del acta de entrevista final -ver instrumental de fojas mil novecientos treinta y cinco-; lo mismo que el dinero que le había entregado ese día y que le continuó dando a BACA GUTIÉRREZ posteriormente -ver voucher de fojas mil doscientos sesenta y dos-; al punto que el propio impugnante hace suya la versión que este último ensayó para explicar el origen (préstamos) de estas sumas de dineros recibidas de parte del postulante (ver agravios: acápite «l»); **Quinto: Análisis.-** Fijado lo anterior, revisadas las declaraciones del procesado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO se aprecia que comparando sus manifestaciones a que se contraen las actas levantadas en la etapa pre-jurisdiccional -véase Acta de Manifestación de Denuncia ante la Secretaría Técnica de la Comisión de Ética y Transparencia del MIMDES, de fojas mil novecientos dieciséis; Acta de Ampliación de dicha Manifestación a fojas mil novecientos dieciocho; y Acta de Manifestación ante la Gerencia Central de Denuncias y Participación Ciudadana de la Contraloría General de la República de fojas mil novecientos veintiuno- con sus declaraciones prestadas a nivel de la instrucción -véase fojas mil ciento cincuenta y ocho- al deponer en el plenario -véase fojas dos mil quinientos cuarenta y cuatro-; y durante las confrontaciones con sus co-procesados -véase fojas dos mil quinientos sesenta y siete vuelta y dos mil quinientos setenta y cinco- en todas ellas subyace una sindicación uniforme y persistente del citado co-imputado, no denotando ésta un ánimo subjetivo espurio que menoscabe su verosimilitud, ni mucho menos un afán auto-exculpatorio, tanto más si ha sido condenado por estos mismos hechos; **Sexto:** En ese marco de análisis, situados en el ámbito de la corroboración de la sindicación del sentenciado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, del estudio y revisión de los actuados, se tiene: **I).** Que resulta revelador el esfuerzo del acusado WALTER HUGO ARANA MAYORCA concentrado en rebatir su vinculación con el fallecido PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ, intento infructífero, si se tiene en cuenta que el mismo procesado ha admitido que sí han coincidido en actividades deportivas (ver agravios: acápite «g»), debiendo significarse que existe prueba documental de las frecuentes visitas que recibía el procesado WALTER HUGO ARANA MAYORCA de parte de PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ -véase Registro de Visitas de fojas mil quinientos noventa y uno y siguientes, la que da cuenta de catorce visitas registradas con sus nombres respectivos como visitado y visitante-, lo que no excluye que en las otras oportunidades en que acudió este último a FONCODES -en el mismo documento aparecen otros cinco registros de ingreso de su persona a dicha entidad- también haya visitado

al recurrente, ni mucho menos de la estrecha relación que existía entre ambos; ello teniendo en cuenta el flujo de visitas antes precisado, así como la total ausencia de asidero de la versión ensayada por el acusado para explicar aquellas -esto es, que iba en su condición de asesor congresal a averiguar sobre el estado de determinadas obras de infraestructura (ver agravios: acápite «j»)-, resultando en este punto relevantes los testimonios de los funcionarios de FONCODES con competencia en el área de infraestructura, quienes no mencionan haber recibido el antes referido para dichos efectos, como es el caso de Susana Haji Shironoshita (Gerenta de la Unidad de Proyectos de Infraestructura) -véase fojas setecientos ochenta y ocho y tres mil ciento diecisiete- y de Aurora Molina Muñoz (Supervisora General de la Unidad Gerencial de Proyectos de Infraestructura), esta última quien respecto de PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ llegó a señalar lo siguiente: «*ni lo conozco al señor*» -véase fojas tres mil ciento seis vuelta-; a lo que se suma el acto de investigación pre-jurisdiccional -debidamente oralizado- correspondiente al acta de manifestación de Francisco Dumler Cuya (Gerente General) -véase fojas mil trescientos diez-, quien puntualiza que presentó a PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ a WALTER HUGO ARANA MAYORCA cuando este último se desempeñaba en un cargo anterior, en el Área de Recursos Humanos de FONCODES, habiéndole el fallecido entregado a este último algunos *currículums* solicitando apoyo para determinadas contrataciones -véase fojas mil trescientos diez-, [Sobre este elemento debe destacarse que si bien el antes mencionado no ha depuesto en el decurso del proceso, el mérito probatorio del mismo deriva de lo declarado por el propio acusado en el acto oral, quien al ser confrontado con aquellas aseveraciones, a fojas dos mil cuatrocientos sesenta vuelta, admitió que efectivamente tuvo ese tipo de coordinación con PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ; empero, por instrucciones de Dumler Cuya; lo que corrobora el fallecido en acto oral a fojas dos mil quinientos nueve]. Frente a lo antes indicado, deviene en irrelevante lo alegado (ver agravios: acápite «i»), en cuanto a que dichas contrataciones (entre ellas, la de dos hermanos del propio PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ en FONCODES) o no se concretaron o, simplemente, no fueron decididas por su Área. Así establecido, que PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ era persona muy cercana y asiduo visitante del recurrente, no resulta en modo alguno inverosímil lo puntualizado por el sentenciado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO en cuanto a que el día veintisiete de marzo de dos mil seis -fecha en que el fallecido registra un ingreso a FONCODES- vio salir a almorzar a ambos (a PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ y WALTER HUGO ARANA MAYORCA) poco después que el primero lo había abordado, y que al retornar ambos, el fallecido le requirió una suma

de dinero que, según le indicó, era lo que solicitaba el acusado WALTER HUGO ARANA MAYORCA para decidir a su favor después de la entrevista final que tuvo ese mismo día –véase fojas mil ciento sesenta y uno- II). Lo antes expuesto encuentra correspondencia en que la persona del acusado WALTER HUGO ARANA MAYORCA detentaba, material y efectivamente, la posibilidad de emitir una decisión favorable para el postulante, esto es, para el sentenciado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, frente a los otros dos que concursaban por la misma plaza (Jorge Felipe Bernui Oré y Rubén Guzmán Nariño) y que, al igual que él, habían llegado hasta la etapa de la entrevista final (incluso con mejor puntaje que el sentenciado, conforme se desprende del Acta de Terna Finalista de fojas mil quinientos treinta y cinco); ello, si se tiene en cuenta que, conforme lo indicaba el recurrente (ver agravios: acápite «a»), éste tenía la condición de Director Ejecutivo de FONCODES y Presidente de la Comisión encargada de la entrevista final en el Proceso de Selección en referencia –véase fojas mil quinientos cincuenta y siete y siguiente-; dado que, conforme el mismo lo ha señalado, su persona era el responsable de esta elección –véase fojas mil dieciocho- al punto que tuvo potestad para, en dicho proceso, implementar un procedimiento de evaluación de entrevista de los postulantes –véase fojas dos mil cuatrocientos setenta y seis-, dando pautas para desarrollar éste, conforme lo indica el testigo Hugo Priscilo Vila Hidalgo (miembro de la Comisión de Entrevista) –véase fojas dos mil seiscientos veintiuno vuelta y dos mil seiscientos veintitrés–; capacidad decisora del antes referido que coincide con lo enfatizado por el sentenciado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, en cuanto a que el fallecido PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ en todo momento se refería a WALTER HUGO ARANA MAYORCA como *«el hombre»* (sic) –véase fojas dos mil quinientos sesenta y cuatro-, expresión coloquial que encierra ese poder decisor del antes indicado. En este extremo, debe destacarse que el hecho que este último y los mencionados por el recurrente [Norma Milagros Villar Campos, Hugo Priscilio Vila Hidalgo y María del Pilar Acha Albújar] (ver agravios: acápite «n») no hayan señalado alguna irregularidad en el resultado de dicha entrevista, no abona en absoluto a la situación del encausado WALTER HUGO ARANA MAYORCA, dado que ellos no tendrían por qué haber conocido, necesariamente del pacto ilícito de dicho procesado, siendo evidente, por lo demás, que de descalificar ellos mismos el proceso en el que los dos últimos tuvieron participación como miembros de la Comisión de Entrevista Final –véase fojas mil quinientos cincuenta y siete-, aquello les irrogaría algún tipo de responsabilidad; III). Que así las cosas, la indiscutible cercanía entre PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ y WALTER HUGO ARANA MAYORCA, la real capacidad que tenía el

segundo para influir en el resultado de la entrevista; el hecho de haber estado juntos ambos procesados en FONCODES -la fecha de la entrevista y en horas próximas a aquella [las entrevistas culminaron entre las doce y trece horas, aproximadamente, del veintisiete de marzo de dos mil seis, según lo indicó la testigo Norma Milagros Villar Campos a fojas dos mil seiscientos cuatro; y la presencia del fallecido aparece registrada desde las catorce horas con cincuenta y dos minutos según se da cuenta a fojas mil seiscientos cuarenta]-, ocurriendo lo propio con el retiro de dinero que hizo PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ, ese mismo día de su Cuenta por el monto que indica el sentenciado (ascendente a dos mil quinientos nuevos soles), para adicionar a lo que este último le entregó esa misma mañana (también dos mil quinientos nuevos soles, tal y como así se consigna en la parte inferior de la foja mil doscientos sesenta y tres); contrariamente a lo sostenido por el recurrente (ver agravios: acápite «m»), sí dan asidero a la versión de éste en cuanto a que el veintisiete de marzo del dos mil seis, conjuntamente con PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ -quien le prestó el dinero que retiró- recolectaron una suma que entregaron a quien, a cambio, ese mismo día, lo favorecería en la entrevista, el mismo que no podía ser otro que WALTER HUGO ARANA MAYORCA; **IV)**. Que, más aún, esta concatenación de hechos relacionados entre sí, hasta aquí descrita, presenta una evidencia material que vincula al acusado. Y es que, en efecto, el condenado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, ese mismo día, en la tarde, recibió copia del Acta de la Entrevista Final -véase fojas mil novecientos treinta y cinco, evidenciándose haberse filtrado un documento reservado que el antes referido ha presentado como sustento de su denuncia, y cuya entrega irregular del mismo, involucra, inequívocamente, al acusado WALTER HUGO ARANA MAYORCA; ello si se tiene en consideración que sólo él (y no PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ) -por su condición de Presidente de la Comisión Seleccionadora a cargo de dicha entrevista- podía tener acceso al mismo, no existiendo contra-indicio de que no haya sido su persona quien se lo facilitó a PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ para que éste, a su vez, se lo de a FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO en señal de haber cumplido lo que a él le concernía en dicho acuerdo; resultando elocuente que preguntado el procesado WALTER HUGO ARANA MAYORCA al respecto, éste, lejos de denotar preocupación o formular un deslinde de su persona, indicó: *«...los resultados de las diferentes evaluaciones (...) yo no vi que fuera extremadamente reservado o un tema secreto, yo no lo veo así»* -véase fojas dos mil cuatrocientos setenta y siete vuelta-; **V)**. En indiscutible confluencia con los anteriores, otro hecho de sentido indiciario, engarzado en el contexto delictivo en referencia, es que el acusado WALTER HUGO ARANA

MAYORCA, le manifestó a FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, posteriormente, que debía cumplir sus compromisos asumidos frente a PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ, hecho este último también relatado por el antes citado que se acredita con el hecho que en las diligencias de confrontación sostenidas entre los tres, ninguno de los procesados negaron aquella reunión tripartita, ni PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ -véase diligencia de confrontación de fojas dos mil quinientos sesenta y siete vuelta- ni tampoco el acusado WALTER HUGO ARANA MAYORCA, quien incluso admitió que, efectivamente, instó a FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO a un cumplimiento de sus compromisos, pretendiendo, connotar, empero, que la exhortación que le hizo -para el cumplimiento de sus compromisos- fue de índole laboral -véase Transcripción de su Manifestación ante miembros de la Comisión de Ética y Transparencia al MINDES de fojas mil seiscientos sesenta y siete; y diligencia de confrontación de los antes mencionados a fojas dos mil quinientos setenta y cinco-, revelando un intento, a todas luces, de distorsionar los hechos verdaderos; VI). En esta secuela de hechos indiciarios que inequívocamente dotan de corroboración lo denunciado por el sentenciado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, debe también significarse que, según lo refiere este último, el procesado WALTER HUGO ARANA MAYORCA condicionó la firma del contrato a la previa cancelación del dinero que había acordado pagarles, habiéndose, para tal efecto, diferido la suscripción del mismo, bajo el pretexto de que previamente debía aprobar una evaluación adicional (vinculada al proceso de inducción que debía seguir en FONCODES), inquietud que fue transmitida por el condenado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO a los testigos José Raúl Corbera Tenorio (Gerente del Área Administrativa de FONCODES) y a Hugo Priscilo Vila Hidalgo (en su condición de Planificador en la Unidad Gerencial de Planificación de dicha entidad), lo que ha sido corroborado por estos últimos -ver sus declaraciones testimoniales a fojas mil cuarenta y cinco y mil cincuenta y uno, respectivamente-; decisión que, ciertamente, era de competencia del acusado WALTER HUGO ARANA MAYORCA (lo que revela que éste detentaba un dominio de la situación en que se le colocó al sentenciado), dado que, conforme él mismo lo ha indicado, era a su persona a quien correspondía autorizar y firmar dicho contrato -véase el Informe que fuera por él presentado a fojas mil doscientos setenta y tres; lo mismo que su declaración en acto oral a fojas dos mil cuatrocientos ochenta y tres-, siendo sintomático al respecto que el procesado WALTER HUGO ARANA MAYORCA lejos de haber negado este hecho, se limita a indicar que FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO ha señalado que quien le mencionó sobre dicho condicionamiento fue PASCUAL

ELMER BACA GUTIÉRREZ y no su persona (ver agravios: acápite «d»); **VII).** Finalmente, un hecho aunado a todos los anteriores, y de connotación indiciaria subsecuente, lo constituye el accionar posterior del encausado orientado a interferir en el esclarecimiento de los hechos, que tuvo manifestación cuando el acusado WALTER HUGO ARANA MAYORCA llamó al sentenciado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO no para indagar sobre los alcances de su denuncia, ni preocupado por que tal situación afectaba el prestigio de la institución pública de la cual era Director Ejecutivo, sino para reclamarle por haber denunciado estos hechos, al punto que lejos de haber sido su reacción inmediata la de propiciar una investigación en la que se deslinde su responsabilidad, lo que hizo fue procurar que el sentenciado se retracte amenazándolo con querellarlo, tal y como se lo recordó el condenado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO a su co-procesado, en la diligencia de confrontación que sostuvieron, ante lo cual este último solo, lejos de negar dicha conversación telefónica, se limitó a señalar: «*...yo no hablé en términos de querellar, yo no soy abogado, yo no sé ni qué significa esa palabra...*» –véase fojas dos mil quinientos setenta y siete vuelta-; **Sétimo:** Consiguientemente, emerge de autos una pluralidad de indicios convergentes situados en una línea de continuidad antecedente, concomitante y subsiguiente al hecho incriminado que revisten de corroboración *suficiente* la sindicación del co-imputado (hoy condenado) FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO y conllevan a concluir que el procesado WALTER HUGO ARANA MAYORCA, sí **solicitó** dinero al sentenciado FABIO GUILLERMO VARGAS VIVANCO, a través del fallecido PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ, como *medio corruptor* vinculado a la decisión que en ejercicio de sus funciones adoptó y que era de expectativa para dicho sentenciado; no teniendo aptitud para enervar tales conclusiones sus demás cuestionamientos (ver agravios: acápites «f» y «j»). En tal sentido, no existe duda alguna de que la prueba actuada ha logrado revertir la presunción de inocencia del procesado WALTER HUGO ARANA MAYORCA, quedando establecida su responsabilidad penal en el delito incriminado, justificándose la condena dictada en su contra de conformidad con el artículo doscientos ochenta y cinco del Código de Procedimientos Penales; **Octavo:** En lo relativo a la determinación de la pena, no puede perderse de vista el marco punitivo del delito objeto de condena (previsto en el artículo trescientos noventa y cuatro, segundo párrafo del Código Penal), que sanciona el mismo con una pena privativa de libertad no menor de **cinco ni mayor de ocho años.** Luego, la pena impuesta por la recurrida **(cuatro años de privación de la libertad suspendida),** fijada por debajo del mínimo legal, no solo resulta excesivamente benigna, sino que transgrede el principio de

legalidad, considerando que la impugnada no da cuenta de la concurrencia de circunstancias privilegiadas en el caso del procesado, la que, sin embargo, habiendo sido recurrida únicamente por el encausado WALTER HUGO ARANA MAYORCA, no resulta posible incrementarla en atención al principio de la interdicción de la reforma peyorativa; no resultando arbitrarias las demás consecuencias jurídicas dictadas en su contra; Por estos fundamentos, declararon: **I). NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas tres mil doscientos noventa y cinco, del uno de febrero de dos mil once, en el extremo que condenó a WALTER HUGO ARANA MAYORCA como autor del delito de cohecho pasivo impropio, en agravio del Estado; a cuatro años de pena suspendida por el periodo de tres años sujeto a reglas de conducta; e inhabilitación, por el término de tres años de acuerdo al artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal; fijándosele en veinte mil nuevos soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor del Estado; y **II). HABER NULIDAD** en la misma sentencia en cuanto condena a PASCUAL ELMER BACA GUTIÉRREZ como autor de tráfico de influencias y cómplice primario de cohecho pasivo impropio, en perjuicio del Estado, a cinco años de pena privativa de libertad efectiva; y REFORMÁNDOLA, declararon: **EXTINGUIDA**, por fallecimiento, la acción penal incoada contra este último por ambos ilícitos; **MANDARON:** ARCHIVAR definitivamente el proceso en lo que a este extremo se refiere; **DISPUSIERON:** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados a consecuencia de los referidos delitos; con lo demás que contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-

SS.
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
VILLA BONILLA