

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (C.II – 19.a)

Inc. 95 – 2008 – “B”

S.S. VILLA BONILLA
TELLO DE ÑECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N°40

Lima, treinta de diciembre
del año dos mil nueve.-

AUTOS y VISTOS: Oído el informe oral a que se contrae la constancia de vista emitida por Relatoría a fojas 502; interviniendo como Jueza Superior Ponente la señora Tello de Ñecco, estando a lo dispuesto en el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Superior en su Dictamen de fojas 471 y siguientes; y, **ATENDIENDO: PRIMERO.- Que**, concedido por resolución de fojas 449 el **recurso de apelación** interpuesto por el señor Fiscal representante del Ministerio Público, mediante escrito de fojas 446 y siguiente, es materia de examen la resolución de fecha tres de marzo de dos mil nueve, obrante de fojas 424 y siguientes, mediante la cual la señora Jueza del Quinto Juzgado Penal Especial declaró **Fundada la Excepción de Naturaleza de Acción** deducida por la defensa del procesado **Roberto Enrique Vertiz Cabrejos** contra la acción penal por el delito contra la administración pública: **peculado doloso**; en la instrucción que se sigue en su contra a título de coautor. El recurso se sustenta en que la negación por parte del procesado de la relación funcional con los fondos de la Casa Militar de Palacio de Gobierno debe ser considerado *“como un medio de defensa esgrimido por esta persona para eludir su responsabilidad penal, ya que a lo largo de la instrucción judicial se han actuado diferentes diligencias en donde se infiere que esta persona ejercía un directo control respecto de los gastos que se efectuaba en esta dependencia del Ejército”*; así, refiere el señor Fiscal que esta circunstancia se aprecia de la declaración de Karla del Pilar Julia Segovia, quien en su testimonial y en la confrontación con el procesado, sostuvo que fue éste quien le ordenó directamente que se cancele el monto originado por la actividad realizada en el CEANDE en el año 2001, que *“para la orden de servicio era necesario el pedido, que era formulado por el área que requería el servicio, en este caso la sala de edecanes, y que para ese efecto tenía que estar visado y aprobado por el Sub Jefe de la Casa Militar, que en esa época era el procesado Vértiz Cabrejos, quien en su cargo de Sub Jefe de la Casa Militar era*

responsable de verificar si la actividad llevada a cabo el día nueve de setiembre del dos mil uno se trataba de una actividad protocolar o particular, versión que es corroborada por el Jefe de esta Casa Militar el día de los hechos, su coencausado Reinoso Díaz quien sostiene que Vertiz Cabrejos era el encargado de la parte administrativa de dicha institución y de la declaración instructiva de Pantoja Chunga quien sostiene que el pago de la actividad realizada en el CEANDE fue autorizada y dispuesta por Vertiz Cabrejos". Prosigue el señor Fiscal, que la denuncia tiene el carácter de postulatoria y conforme al artículo 72° del Código de Procedimientos Penales el objeto de la instrucción es reunir la prueba de la realización del delito, de sus circunstancias, de sus móviles y establecer la distinta participación de autores y cómplices, por ello, en el caso específico, será en la sentencia en que se determinará *"qué funcionarios tenían la relación funcional de custodia de los bienes de la Casa Militar de Palacio de Gobierno y participaron aprobando el pago de un actividad ajena al Despacho Presidencial"*. Mediante resolución de fojas 445 se concedió el recurso de apelación interpuesto por el señor Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios por escrito de fojas 442 y siguiente, **pese a que no había sido fundamentado**; esto determina la nulidad del concesorio y así será declarado. Ello, no obstante, no afecta la concesión del recurso interpuesto por el Ministerio Público, que erróneamente se ha declarado como "adhesión" a la apelación del señor Procurador. **SEGUNDO.-** El señor Fiscal Superior dictaminó por que la impugnada sea revocada y que la excepción sea declarada infundada, en razón de que sus fundamentos son de no responsabilidad y, por ello, deben ser evaluados con la prueba a reunir en la instrucción. **TERCERO.-** El artículo 5° del Código de Procedimientos Penales establece que procede la excepción de naturaleza de acción cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente. El primer supuesto comprende tanto que el hecho investigado no se encuentre expresamente descrito como delito en la ley penal (ausencia de tipo) o que estando descrito el hecho como delito adolezca de algún elemento para su configuración (falta de adecuación del hecho al tipo); señala el profesor San Martín Castro al respecto que: *"como quiera que existe una relación inescindible entre tipicidad y antijuricidad y en la medida que las causas o tipos de justificación eliminan la prohibición penal de hecho o, mejor dicho, 'recorta el ámbito de lo prohibible', de suerte que elimina la tipicidad, éstas se encuentran incluidas en el*

primer supuesto, es decir, en la atipicidad del hecho denunciado”¹. El segundo supuesto, suponiendo la adecuación de la conducta al tipo penal, comprende la presencia de las denominadas “excusas absolutorias” o la ausencia de determinada condición objetiva de punibilidad, que determinan la inconveniencia del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado en determinados casos y por razones de política criminal. **CUARTO.-** La excepción de naturaleza de acción como medio de defensa eminentemente técnico se orienta a cuestionar una indebida calificación de los ilícitos por los que se abre instrucción, como resultado de un error de apreciación por parte del Juzgador al momento de tipificar la conducta o determinar la necesidad de ejercicio del ius puniendi. Al respecto, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales (modificado por Ley N° 28117), 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”.* **QUINTO.-** El artículo 387° del Código sustantivo penaliza el peculado doloso en estos términos: *“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, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años. Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de la libertad será no menor de cuatro ni mayor de diez años”.* Respecto de este delito, la Corte Suprema, en Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 ha establecido como precedentes vinculantes, entre otros, los siguientes: *“6. El artículo 387° del Código Penal vigente, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya*

¹ SAN MARTIN CASTRO. DERECHO PROCESAL PENAL. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. 2ª edición 2003, tomo I, página 399.

percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”; en segundo lugar, la acción culposa se traduce en el comportamiento negligente del sujeto activo, describiéndolo como “Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos...”; concluyendo en tercer lugar, que las acciones dolosas y culposas admiten circunstancias agravantes precisamente en la importancia especial de la finalidad pública para lo cual estaban destinados los bienes “Si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social...” (forma de circunstancia agravante incorporada por Ley N° 26198 del 13 de junio de 1993). Para la existencia del delito de peculado no es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga 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 específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico - penal: 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. 7. Es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente, al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración; estos son, en tal virtud, los elementos materiales del tipo penal: a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. b) La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. c) Apropiación o utilización. En el primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos

que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. d) El destinatario: para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. e) Caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables". **SEXTO.-** De acuerdo con el auto de apertura de instrucción, considerando cuarto, los hechos que sustentan la imputación contra el procesado Vertiz Cabrejos por el delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso, son los siguientes: "B.- ROBERTO ENRIQUE VERTIZ CABREJOS.- Con relación a la vinculación de este denunciado, se tiene que resulta de aplicación las normas citadas durante la exposición de fundamentos referidos al denunciado Reinoso Díaz, máxime si el 'Reglamento de Organización y Funciones del Despacho Presidencial', aprobado por Decreto Supremo número cero cero nueve- noventa y tres- PCM, en su artículo nueve, establece como funciones del Sub Jefe de la Casa Militar entre otros: '(...) 4. preparar la documentación que indique el Jefe de la Casa Militar, 5. Ejercer por delegación del Jefe del programa, las atribuciones que la Ley de Presupuesto señale', funciones que habría ejercido, como se pone en evidencia al visar los documentos que ordenaban el pago de la actividad llevada a cabo el día nueve de setiembre del año dos mil uno, a pesar que no correspondía hacerlo, tal como se infiere además del 'Informe de Verificación de denuncia número cero cero cuatro-dos mil siete-CG-/SDR', elaborado por la Contraloría General de la República, de fojas uno y siguientes, donde se señala: '(...) sobre el gasto por dicho evento tuvo conocimiento el Jefe de la Casa Militar del Presidente de la República, toda vez que el oficio número trescientos cuatro-CMP/DECO.diecinueve.00 está dirigido a dicho funcionario. Además se ha tomado conocimiento del proveído según Registro número catorce noventa y tres de fecha diecinueve de setiembre del dos mil uno; en el cual dispone su pase al Sub Jefe de la Casa Militar señalando: 'Verificar si está bien, creo que la indicación fue que se dividiera esta factura. Coordinar telefónicamente con el Crnl. Sánchez para su trámite.' (SIC); habiendo refrendado con su firma los Comprobantes de Pago que se anexan a fojas doce y veintitres respectivamente, a los que se acompaña los vales de consumo que describen los bienes adquiridos, de los que se desprende que no correspondían a

un gasto incluido dentro del presupuesto del programa, por ser gastos de índole personal. De otro lado, en el Dictamen Pericial número sesenta y seis-dos mil siete- DIRCOCOR-PNP-OFICRI-E uno, de fojas ciento treinta y nueve y siguientes, se indica además que: 'Los gastos efectuados por dieciocho mil dieciséis veinticuatro nuevos soles, con fondos asignados al Despacho Presidencial, no se encuentran justificados al no acreditarse que están relacionados a una actividad del Despacho Presidencial, habiéndose realizado consumo de licores, comida, agua y bebidas gaseosas, orquesta musical y otros, pagos que fueron autorizados por el Sub Jefe de la Casa Militar Coronel EP Roberto Vertiz Cabrejos, hechos que fueron de conocimiento del Jefe de la Casa Militar Gral Brig. EP. César Augusto Reinoso Díaz, tal como se detalla en el numeral A.trece del punto IV Análisis Pericial del presente Dictamen' (...). Que, si bien es cierto, al rendir su manifestación preliminar a fojas doscientos cincuenta y tres y siguientes, indica desconocer que dicha actividad se hubiere llevado a cabo, y que únicamente habría firmado los comprobantes de pago como parte de una formalidad o costumbre del Despacho, sin que esta tuviera ningún valor contable o legal, porque el documento pertenece a la Dirección General de Administración, deben tomarse como argumentos de defensa, toda vez que concurren indicios de su participación en los hechos, al haber autorizado gastos efectuados que eran contrarios a la asignación presupuestal a la Casa Militar...". **SÉTIMO.-** Los fundamentos que tuvo en cuenta la señora Jueza para declarar fundada la excepción sobre la base de la ausencia de la relación funcional entre el procesado y los efectos y caudales del Estado pueden resumirse en lo siguiente: (a) según el Reglamento de Organización y Funciones de la Casa Militar (Decreto Supremo N° 009-93-PCM) el manejo y conducción de caudales no correspondía al procesado, sino a la Dirección General de Administración (aún con órdenes de la Jefatura o Sub Jefatura de la Casa Militar, el administrador podía rehusar el pago), (b) si bien el Titular de la Unidad Ejecutora "tiene responsabilidad sobre la programación y ejecución presupuestaria, ésta se circunscribiría a la programación de metas y determinación de los lineamientos que deban considerarse para organizar y distribuir el presupuesto de manera eficiente dirigidas al arribo de las metas presupuestarias, mas esta determinación general de los montos máximos a comprometerse por rubro, se van a ver precisados en cada caso de adquisiciones concretas, las que únicamente podrán ser dispuestas por el área de Administración que tiene dicha potestad", (c) "...la existencia por sí misma de la autorización expedida en el caso sub examen por el Sub Jefe de la Casa Militar no comprometerá a la entidad, constituyéndose únicamente en un pedido formulado, aún cuando efectivamente la prestación del servicio hubiese sido llevada a cabo. Tanto es así, que de autorizar las Jefaturas

Superiores la compra de bienes de uso personal o que no corresponden a los gastos oficiales de la entidad, esta compra podría no ser autorizada por el Área de Administración que se encuentra facultada para observarlo, siendo en este caso que la persona que hubiere dispuesto la compra debería asumir bajo su propio patrimonio la responsabilidad de dicho pago, pues no se encuentra facultada para comprometer los fondos públicos”, (d) la Directiva de Tesorería para el año fiscal 2001 aprobada por Resolución Directoral N° 054-2002-EF-77.15, artículo 41, establecía que el Fondo para Pagos en Efectivo se encontraba bajo responsabilidad del Director General de Administración de la respectiva Unidad Ejecutora o del funcionario que hiciera sus veces. **OCTAVO.**- La Sala no concuerda con lo considerado y resuelto por la señora jueza en la resolución impugnada y, por el contrario, considera que la relación o competencia funcional del procesado con los efectos y caudales del Estado queda en evidencia si se tiene en cuenta lo siguiente: **a.** Explica el autor nacional Rojas Vargas sobre el elemento material del tipo consistente en la denominada relación funcional, “por razón del cargo”: *“No cualquier funcionario o servidor puede incurrir en delito de peculado. Es presupuesto necesario de partida, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo. Si es que no existe esta **vinculación funcional de estricta base jurídica**, el hecho será imputable, como indica correctamente Manzini, a título de hurto o apropiación ilícita común pero no de peculado o de estafa, de existir engaño. (...) La posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos). **Dicha posesión puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.** (...) El contenido de la relación funcional pasa a ser así el más importante componente típico del delito de peculado, pudiendo ser resumido en los siguientes aspectos: 1) existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar; 2) relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud a las atribuciones de su cargo. **Se produce aquí lo que se denomina las expectativas legítimas depositadas en el funcionario o servidor de un comportamiento fiel a la función y a derecho;** 3) poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales y efectos; y 4) deber de garantizar la posesión (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado. Es esta relación funcional en su gama múltiple de componentes la que legitima la entrega de*

los caudales y efectos que hace el Estado a los funcionarios y servidores públicos en expresión de confianza y la que posibilita la imputación por delito de peculado”². **b.** Refiriéndose esta vez al elemento material de la “percepción, administración y custodia”, el mismo autor prosigue: “El contenido de la posesión que por su cargo ejerce el funcionario o servidor sobre los caudales o efectos se materializa a través de las tres únicas formas (o modos) de poseer establecidas en el tipo penal, las mismas que pueden darse juntas o separadamente y que objetivan de tal manera la relación funcional y lo diferencian del tipo penal común de apropiación ilícita (...) La naturaleza jurídica de la posesión a tomar en cuenta en el derecho penal, como se ha indicado ya, hace mención tanto al poder de hecho sobre la cosa (tenencia) como también a la facultad de su disposición jurídica. Se trata así, como enseña Camaño Rosa, de una acepción amplia de posesión. 1. Percepción (...) 2. Administración. La posesión confiada al funcionario o servidor, en este caso, implica funciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos **en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego**. Rigen aquí las reglas civiles extrapenales para el cuidado y gobierno de los caudales y efectos ingresados a la esfera de la administración pública, sean públicos o de particulares. (...).3. Custodia. Esta forma típica de posesión implica la protección, conservación y vigilancia debida para el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos”³. **c.** Coincide esta Sala con el autor citado en que la relación funcional se verifica en dos formas: una material, directa y otra funcional, de disposición jurídica. Si bien se toman en cuenta no sólo las disposiciones legales que atribuyen la competencia específica, sino también las de tipo reglamentario e incluso las internas netamente administrativas, ello no lleva a identificar o, peor aún, a reducir la competencia o relación funcional sólo a aquellos funcionarios que, verbigracia, en las normas internas aparezcan, literalmente, como “administradores”, sin tener en cuenta esa vinculación de base jurídica a la que se refiere el autor; es decir, aquello que caracteriza al delito en cuestión: la expresión de confianza por parte del Estado en determinados funcionarios vinculados al patrimonio público. **d.** De acuerdo a la doctrina y normativa tomada en cuenta por la señora jueza, hay diferencia entre

² ROJAS VARGAS, Fidel. DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. Editora Jurídica Grijley, 4ª edición 2007, páginas 484 a 486 (énfasis agregados).

quienes profesionalmente ejercen la función de administración y quienes tienen el deber de administración y custodia como forma amplia de posesión, de disponibilidad jurídica, que el tipo de peculado exige; en uno y otro caso el delito podría configurarse siempre que normativamente se haya establecido la relación funcional; este es el caso del procesado, con independencia de la conducta o hecho concreto de participación que en el principal será objeto de prueba. Cabe la precisión final de que, entre la decisión de realizar la actividad que se reputa como impropia de las funciones del Despacho Presidencial y el final desembolso de los recursos del erario para su pago (una vez realizada aquélla) mediaron actos varios de determinados funcionarios: justamente los vinculados a los recursos asignados a la Casa Militar de Palacio de Gobierno y no otros. **NOVENO.-** Mediante escrito de fojas 479 y siguientes, la defensa del procesado Vertiz Cabrejos acompañó copia de la notificación de la resolución expedida por la Tercera Sala Penal Especial en un caso seguido por el mismo tipo penal contra el mismo procesado por hechos distintos pero ocurridos en similar contexto al que esta Sala conoce a mérito del recurso concedido. La Sala, en virtud del principio de independencia en la administración de justicia y dado el carácter no vinculante de ese pronunciamiento, no puede sujetarse al criterio en él desarrollado ni mucho menos pronunciarse sobre sus fundamentos y alcances. Por estas razones, sin afectar el recurso interpuesto por el Ministerio Público en modo y tiempo oportuno, **DECLARARON: NULA** la resolución de fecha once de mayo de dos mil nueve, obrante de fojas 445, mediante la cual se concedió el recurso de apelación interpuesto por el señor Procurador Público Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios; **REVOCARON** la resolución venida en grado; en consecuencia, al no haberse probado el hecho que la sustentaba, **DECLARARON: INFUNDADA** la **EXCEPCIÓN DE NATURALEZA DE ACCIÓN** deducida por la defensa del procesado **ROBERTO ENRIQUE VERTIZ CABREJOS** contra la acción penal por el delito contra la administración pública - **peculado doloso**; en la instrucción seguida en su contra. Notifíquese y devuélvase.-

³ ROJAS VARGAS, Fidel. Obra citada, páginas 487 a 489 (énfasis agregados).