

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

Inc. 29 – 2009 - “D”

S.S. VILLA BONILLA
TELLO DE ÑECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N°09

Lima, veintiséis de febrero
del año dos mil diez.-

AUTOS y VISTOS: Interviniendo como Jueza Superior Ponente la Doctora Piedra Rojas, estando a lo dispuesto en el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; con lo expuesto por el Señor Fiscal Superior en su Dictamen N°51 de fecha veintiuno de diciembre del dos mil nueve obrante de fojas 1186 a fojas 1190; y,

ATENDIENDO:

PRIMERO.-Delimitación del tema materia de análisis.

Que, es materia de pronunciamiento la **Excepción de Naturaleza de Acción** deducida por la defensa del procesado **Heli Gilberto Martos Rojas**, que obra de folios 1104 a 1110 del presente cuaderno; en el proceso que se le sigue por el delito contra la Función Jurisdiccional –**Omisión de Denuncia**–, en agravio del Estado.

SEGUNDO.- Antecedentes.

Mediante Dictamen N° 41-2006, el Fiscal Provincial Titular de la Cuarta Fiscalía Provincial Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios formuló denuncia penal por delito contra la Administración Pública - Administración de Justicia –omisión de denuncia- en agravio del Estado, contra Heli Gilberto Martos Rojas. Por resolución que en copia certificada obra de folios 701 a 737, con fecha dieciséis de febrero del dos mil nueve, el Primer Juzgado Penal Especial emite el Auto de Apertura de Instrucción en los términos que lo solicita el Ministerio Público, dictando en contra del citado la medida de comparecencia con restricciones.

Con fecha quince de julio del dos mil nueve, mediante escrito de fojas uno y siguientes, Heli Gilberto Martos Rojas deduce la excepción de naturaleza de acción y puesta en conocimiento de la autoridad fiscal, emite el Dictamen N° 60-2009, y por resolución de fojas 1104, su fecha treinta de setiembre del dos mil nueve, la Jueza de la causa, de conformidad con lo opinado por el titular de la acción penal declara infundada la excepción deducida, la misma que, notificada a las partes, fue objeto de apelación por el accionante mediante escrito de fojas 1121, su fecha veintiuno de octubre del dos mil nueve y concedido el recurso impugnatorio por auto de fecha veintiséis de octubre del citado año corriente a fojas 1170, se elevaron los autos a esta Sala Penal y expedido el Dictamen N° 51 de fojas 1186 y siguientes, su estado es expedir la resolución correspondiente.

TERCERO.- Fundamentación Fáctica.

La Denuncia N° 41-2006 que en copia certificada obra de folios 679 a 700, fundamenta la imputación contra el recurrente Heli Gilberto Martos Rojas en los siguientes términos: *“Se ha determinado de la misma forma que el General de División EP Heli Gilberto Martos Rojas, Instructor del Informe de Investigación N° 004-IG/K-120.04.b, pese a que tuvo pleno conocimiento de las irregularidades que motivan la presente denuncia penal por el delito de Colusión efectuadas en el marco de la Licitación Pública N° 004-2005 SINTE/DILOGE y su ampliación, tanto en la deficiencia de los productos, como en las irregularidades en el internamiento de la mercadería que fueron debidamente verificados en el citado informe de investigación, sin embargo no se procedió a poner en conocimiento del Ministerio Público estos hechos, pese a que por su vinculación funcional le correspondía,...”*.

CUARTO.- De los fundamentos de la resolución recurrida.

La señora Jueza de la causa al emitir la resolución de fecha treinta de setiembre del dos mil nueve, obrante en autos de folios 1104 a 1110, estima: *“...Que, si bien el Reglamento de Investigaciones de Inspectoría que adjunta el encausado [...] establece en su artículo uno punto catorce literal “d” que concierne a los Comandos o Jefes de Repartición presentar la denuncia ante la instancia correspondiente si se presumiera la existencia de un delito, obligación que encuentra vinculación con su literal “a” que dispone que sea[n] esas línea[s] la[s] que ordenen la investigación de inspectoría; sin embargo, en el caso de autos quien asumió la investigación*

relacionado a las presuntas irregularidades en la Licitación Pública cero cero cuatro – dos mil cinco – SINTE y su Ampliación ha sido el Inspector General del Ejército en ese entonces Heli Martos Rojas, quien además fuera el suscriptor del documento cuestionado denominado **Informe de Investigación número cero cero cuatro-IGE/K ciento veinte cero cuatro b**, el mismo que corre a fojas trescientos cincuenta y seis y siguientes, en cuya conclusión establece las recomendaciones de sanción de los presuntos responsables, que por estas consideraciones, siendo el excepcionante la máxima autoridad de control interno del Ejército subyace la obligación de denunciar los hechos con arreglo a ley. Por tales fundamentos la señora Juez del Primer Juzgado Penal Especial resuelve declarar INFUNDADA la Excepción de Naturaleza de Acción promovida por la defensa del encausado HELI GILBERTO MARTOS ROJAS...”.

QUINTO.- De los argumentos del excepcionante.

La defensa de Heli Gilberto Martos Rojas al interponer el recurso de apelación, alega como agravios: “**a.- AL INSPECTOR GENERAL DEL EJERCITO NO LE CORRESPONDE FORMULAR DENUNCIAS NI ANTE EL FUERO PRIVATIVO NI ANTE EL COMUN POR LAS IRREGULARIDADES COMETIDAS POR EL PERSONAL DEL EJERCITO: (...) el recurrente no era el Instructor de la Investigación siendo su participación como Inspector General del Ejército (...) en razón del Informe de Investigación sobre la calidad de los borceguíes entregados a la EMCH y ETE, que realizó el Sistema de Inspectoría del Ejército, donde se formuló en inf/Inv N°004 IGE/K-1/20.04.b de fecha 12 de Junio del 2006. (...) –No tuvo participación directa en las investigaciones que realiza el personal del Departamento de Investigaciones, (...) QUIENES SON PROPUESTOS POR EL JEFE DEL DEPARTAMENTO DE INVESTIGACIONES Y DESIGNADOS EN LA DIRECTIVA N° 006 IGE/K-1/20.02.B (...) el recurrente no tiene contacto directo con los oficiales investigadores, ni en la orientación, ni en la formulación de los documentos durante la investigación y muchos menos durante la formulación del Informe de Investigación, en el que se plasman las Conclusiones y Recomendaciones a las que llega el Instructor, quien es el que realiza la investigación. Una vez concluida la investigación, el Instructor formula el Informe de Investigación correspondiente, el cual es presentado al coronel Jefe del Departamento de Investigaciones (K-1) quien a su vez previa evaluación lo presenta al Sub Inspector General y este después de constatar la conformidad del informe lo presenta [a]l Inspector General, quien lo eleva al Comandante General del Ejército –para lo cual lo firma- para su aprobación,**

ampliación o modificación, en este caso es aprobado (...) **EL RECURRENTE COMO INSPECTOR GENERAL DEL EJERCITO NO TENIA COMO RESPONSABILIDAD DENUNCIAR ANTE EL FUERO COMUN ACTOS DELICTIVOS (...)** Estas funciones corresponden al Comandante General quien ordena la investigación. Todo ello está debidamente sustentado en el **REGLAMENTO DE INSPECTORIA DEL EJERCITO**, cuya copia corre en los autos, en la que dice claramente **QUE SOLO LOS COMANDOS O JEFES DE REPARTICION SON LOS QUE PUEDEN DENUNCIAR ANTE LA JUSTICIA MILITAR O COMUN LA EXISTENCIA DE UN DELITO. (...)** Está debidamente sustentado lo expuesto en el **RE 32-1 INVESTIGACIONES DE INSPECTORIA**, cuya copia corre en autos (...). **POR ENDE DEBE DECLARARSE FUNDADA LA EXCEPCIÓN (...)** **POR CUANTO SU CONDUCTA ES ATÍPICA. b.- ASIMISMO ERRONEAMENTE EL JUZGADOR INTERPRETA EQUIVOCADAMENTE LA LEGISLACION RESPECTO A LAS FUNCIONES DEL INSPECTOR GENERAL RESPECTO AL CONTROL INTERNO POSTERIOR REGULADO POR LA LEY N° 27785 LEY ORGANICA DEL SISTEMA NACIONAL DE CONTROL Y DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA:** (...) la cual se refiere (...) estrictamente a las funciones del **CONTROL INTERNO POSTERIOR EN MATERIA ADMINISTRATIVA Y ECONOMICO FINANCIERA DE LOS RECURSOS Y BIENES DEL ESTADO ASIGNADOS LOS CUALES CORRESPONDEN AL ORGANO DE CONTROL INSTITUCIONAL DEL EJERCITO, QUE DEPENDE DE LA CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA Y NO A LA INSPECTORIA GENERAL DEL EJERCITO.**”

SEXTO.- De los fundamentos esbozados por el Fiscal Superior.

El señor Fiscal Superior al emitir su Dictamen N° 51 de fecha veintiuno de diciembre del dos mil nueve, obrante en autos a folios 1186 a 1190, opina que se REVOQUE la resolución impugnada por cuanto considera que: “[...] A) Que de autos se aprecia a fojas 424-432 y 537-545, los Contratos de compra-venta de Borceguíes, tipo jungla N° 69-2005/SINTE del 26 de agosto del 2005, por 15,750 pares por el precio de S/. 1’368,675.00 y el N° 110-2005/SINTE del 15 de noviembre de 2005, por 4,475 pares por el precio de S/. 410,602.50, adquisiciones relacionadas a la Licitación Pública N° 004-2005, materia de la presente investigación (al haberse detectado presuntas irregularidades), en dichos contratos se observan cláusulas referidas a la forma de pago, de recepción de los productos, así como el Término de Garantía Técnica acordado (13 meses contados, a partir de la fecha de recepción del

producto, a fin de ser reemplazado sin costo alguno para el Estado, y dado que el Informe de Investigación N° 004-IGE/K-1/20.04.b, es de mayo de 2006, es decir, dentro del período de la mencionada garantía Técnica (Cláusula décima primera en ambos contratos), por tal motivo concluyen en el rubro Recomendaciones, punto c (fojas 366) "...proceda a la devolución de los Borceguíes en mal estado y con desgaste prematuro y otras fallas... por encontrarse dentro del plazo de garantía y para la recepción del nuevo lote..." ello en razón de que la investigación Sumaria estaba centrada en la calidad de los Borceguíes otorgados a la Escuela Militar de Chorrillos y Escuela Técnica del Ejército –ver fojas 505- [...] y así cumplieron y elevaron el Informe a la Comandancia General del Ejército. B) Que el aludido Informe de Investigación, no lo realiza en calidad de instructor el procesado recurrente, como lo señala el auto apertorio, sino a cargo del Coronel Jorge Zerillo Bazalar, tal como él lo refiere en su indagatoria a fojas 248 y siguientes, quien detalla la labor encomendada por el Comandante General del Ejército, la delimitación de la investigación a la calidad de los Borceguíes entregado a la Escuela Militar de Chorrillos y Escuela Técnica del Ejército, que estuvo a su cargo la investigación, firmando las declaraciones, hasta determinado nivel jerárquico, para luego detectar las irregularidades y recomendarse la devolución de las adquisiciones por encontrarse dentro del período de garantía, Informe que es entrega[do] al Inspector General del Ejército, quien aprueba lo firma y eleva al Comandante General del Ejército, quien dispone las acciones a seguir, tal como se aprecia de autos. C) De lo anterior se concluye que el procesado recurrente, incluso el encargado de la investigación el Coronel Jorge Zerillo, actuaron dentro de sus deberes funcionales, al realizar la investigación Sumaria encomendada por la Comandancia General del Ejército a Inspectoría General del Ejército, dentro del período regular y del ámbito de la verificación de la calidad de Borceguíes adquiridos, pero entregados a la Escuela Militar de Chorrillos y la Escuela Técnica del Ejército, y al cumplirse con la labor encomendada y con las conclusiones y recomendaciones de sanción, como de devolución de los Borceguíes defectuosos por cuanto éstos se encontraban dentro del proceso de contrato donde existía una cláusula la Décimo Prime[r]a, sobre garantía técnica donde la empresa se obligaba del reemplazo del producto cuando por defectos sea devuelto, reemplazo que debería efectuar sin costo alguno para el Ejército, por otro lado, no existía obligación alguna del procesado recurrente, sino de la Comandancia General del Ejército, de efectuarse alguna denuncia penal, con relación a la aludida investigación preliminar..."

SEPTIMO.- Fundamentación Jurídica.

7.1.- SOBRE LA EXCEPCION DE NATURALEZA DE ACCIÓN.-

7.1.1.- Que, el artículo 77° del Código Penal, en su primer párrafo describe 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 inestructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción”.*

7.1.2.- Conforme lo establece el tercer párrafo del artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, son dos los supuestos jurídicos en los que cabe deducir la Excepción de Naturaleza de Acción: cuando el hecho denunciado no constituya delito o no es justiciable penalmente, por lo que, de ser amparada la excepción, se dará por fenecido el proceso y se mandará archivar definitivamente la causa. En relación al primer supuesto, se sostiene que *“(...) el hecho denunciado no constituye delito cuando no se adecua a un tipo penal pudiéndose distinguir dos situaciones: a) **La ausencia del tipo penal** cuando el tipo de lo injusto alegado es inexistente en el ordenamiento jurídico concreto, ya sea en su forma perfeccionada o en una ampliación del mismo, y b) **La ausencia de tipicidad**, cuando el tipo penal existe normativamente, pero los hechos denunciados no se adecuan a El”.*¹.

Pablo Sánchez Velarde, refiriéndose a la Excepción de Naturaleza de Acción precisa que: *“Esta excepción busca anular a la acción penal y*

¹ R. N. No. 1649-2003 del 13 de Mayo del 2004. En: http://servicios.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/searchResult_2.jsp.

*consecuentemente, todo lo actuado archivándose definitivamente el proceso penal. El hecho que se está investigando o juzgando no constituye delito o no es justiciable en vía penal”.*²

7.2.- SOBRE EL DELITO OBJETO DE INSTRUCCIÓN.-

7.2.1.- El recurrente se encuentra procesado por el delito contra la Administración de Justicia –**Omisión de Denuncia**- contemplado en el Artículo 407º del Código Penal modificado por la Ley N° 28516 publicada el veintitrés de mayo de dos mil cinco, que criminaliza la conducta del: **“... que omite comunicar a la autoridad las noticias que tenga acerca de la comisión de algún delito, cuando esté obligado a hacerlo por su profesión o empleo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años. Si el hecho punible no denunciado tiene señalado en la ley pena privativa de libertad superior a cinco años, la pena será no menor de dos ni mayor de cuatro años. Si la omisión está referida a los delitos de genocidio, tortura o desaparición forzada, la pena será no menor de dos ni mayor de seis años”.**

7.2.2.- El tipo penal objeto de denuncia importa una conducta omisiva dolosa que implica un no hacer o dejar de hacer. *“El concepto de omitir debe entenderse como la acción de dejar de hacer expresada en la comunicación a la autoridad de las noticias que tuviese acerca de la comisión de un delito, teniendo la obligación de hacerlo en razón de su profesión o empleo. Estamos hablando de actos obligatorios dispuestos por cualquier norma material. Como cualquier delito de omisión, solo puede cometerlo el que esté, jurídicamente, obligado a observar la conducta que no realiza , de manera que los supuestos que contempla el tipo están referidos a los casos en que el agente tiene la obligación legalmente impuesta de comunicar a la autoridad competente de un delito del que tiene conocimiento cierto (...) El Juzgador debería tener en cuenta el mandato jurídico que impone la obligación de comunicar a la autoridad cuando la persona, en razón de su profesión (médico, policía o fiscal,*

² SANCHEZ VELARDE, Pablo. “Manual de Derecho Procesal Penal” T.I. Editorial Moreno S.A. Año 2004. Pág. 349.

*etc) o empleo, tiene conocimiento de un hecho delictuoso, y es en ese conocimiento, conciente de su obligación, que no lo hace*³.

Definiendo los elementos típicos del delito denunciado, se tiene que la cuestión más importante es determinar dos aspectos: **A.-** ¿A qué autoridad se refiere el tipo legal cuando indica que una persona está obligada a comunicar a la “autoridad” las noticias que tenga acerca de la comisión de un delito? **B.-** ¿A qué profesiones o empleos se refiere la norma, cuando se les impone la obligación de comunicar la noticia de la comisión de un delito? ¿Quién determina dicha obligación?. Indudablemente, el tipo penal en cuestión es una norma penal en blanco pues no señala en forma expresa a qué autoridad, profesión o empleo se refiere, por lo que es necesario una valoración jurídica por parte del Juzgador para determinar su contenido e identificarse la omisión que deben ser plausibles de reproche penal.

Con respecto al primer punto, la norma penal sólo hace referencia a la “autoridad” sin precisar que tipo de autoridad. Desde la perspectiva del bien jurídico protegido, debemos entender que ésta no sólo debe circunscribirse a la autoridad fiscal –quien en nuestra normatividad tiene la titularidad del ejercicio de la acción penal⁴- sino a cualquier autoridad que en forma directa o indirecta tiene el deber de denuncia de las acciones manifiestamente delictuosas, como por ejemplo puede darse en el caso de *“El empleado público, que no pone en conocimiento de los funcionarios superiores la realización de una acción manifiestamente delictuosa, incurre en el delito contra la administración de justicia”*⁵.

En relación al segundo punto, debemos exigir la necesidad de una obligación legalmente impuesta de comunicar el hecho delictuoso a la autoridad, la misma que puede estar expresa o implícitamente señalada en la norma, como ocurre por ejemplo con los miembros de la Policía Nacional, que por disposición expresa de la Constitución⁶ y sus leyes internas, están obligados a prevenir, intervenir e investigar el delito. Debiendo precisar que lo que se busca proteger

³ HUGO ALVAREZ, Jorge B. “Delitos contra la Administración de Justicia”. Editorial Gaceta Jurídica. 2004. Pág. 109.

⁴ Art. 159° de la Constitución Política del Estado: “Corresponde al Ministerio Público: (...) 5. Ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. ...”.

⁵ HUGO ALVARES, Jorge B. “Delitos contra la Administración de Justicia”. Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 108.

⁶ Art. 166° de la Constitución Política del Estado: “La Policía Nacional tiene por finalidad fundamental garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Presta protección y ayuda a las personas y a la

con la represión penal de estas conductas es el bien jurídico “administración de justicia”, en tanto el autor con su conducta lo que pretende es impedir o no permitir la acción de la justicia. En relación al sujeto activo, se trata de “(...) agentes que por su profesión o empleo y estando obligado por ley, omiten dolosamente comunicar a la autoridad acerca de la comisión de algún delito”⁷.

OCTAVO.- Análisis del caso.

Los fundamentos del recurrente se circunscriben a señalar que en su condición de Inspector General del Ejército, no le correspondía formular denuncias ni ante el fuero privativo ni ante el común por irregularidades cometidas por el personal del ejército; por lo que sostiene que su conducta es atípica al no concurrir en él la condición de sujeto activo del delito objeto de denuncia.

Examinando los autos a la luz de lo alegado y los criterios pre establecidos, se tiene:

a) Del Reglamento de Investigaciones de Inspectoría, adjuntado por el accionante y corriente de fojas 14 a 25, fluye el procedimiento que se sigue para el esclarecimiento de hechos que se presumen irregulares y afectan a las instituciones militares, siendo una de sus finalidades proporcionar a los analistas e investigadores del Sistema de Inspectoría una eficiente herramienta para investigar y llegar a la verdad a fin de que el Comando adopte correctamente la decisión final.⁸

b) La Directiva N° 006 IGE/K-1/20.04.b, obrante a fojas 11 y suscrita por el accionante Heli Gilberto Martos Rojas en su condición de Inspector General del Ejército, señala que el Departamento de Investigación de la IGE realizará una investigación para esclarecer los hechos en el proceso de Adquisiciones y Contrataciones realizados por

comunidad. Garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y del privado. Previene, investiga y combate la delincuencia. Vigila y controla las fronteras.”

⁷ HUGO ALVARES, Jorge B. “Delitos contra la Administración de Justicia”. Editorial Gaceta Jurídica. Pág. 111.

⁸ Reglamento de Investigaciones de Inspectoría. “Capítulo 1. Generalidades. Sección I. Introducción.

1.1 Objeto.

El objeto del presente reglamento es proporcionar a los analistas e investigadores del Sistema de Inspectoría, los criterios básicos y orientaciones sobre las normas y procedimientos para la conducción de las actividades de investigaciones de todo el Sistema de Inspectoría del Ejército (SISDINE).

1.2 Finalidad.

a. Las normas y procedimientos del presente Reglamento, servirán como guía al personal de analistas e investigadores nombrados dentro del Sistema de Inspectoría del Ejército (SISDINE) y para aquellos nombrados temporalmente para desempeñarse como tales.

b. Dotar al personal militar encargado de las investigaciones, de una eficiente herramienta para investigar y que permita llegar a la verdad de los hechos, para que el Comando adopte una decisión correcta. ...”. Fs. 19.

el SINTE en el AF-2005, por la adquisición de borceguíes a la empresa Inversiones STAR –EIRL mediante Licitación Pública N° 04-2005 SINTE/DILOGE.⁹

c) En el Informe de Investigación N° 004 IGE/K-1/20.04.b corriente de fojas 356 a fojas 368, suscrito también por el recurrente y que tiene como referencia la citada Directiva No. 006, consta que se dio por concluido el presente caso en el 3er. Nivel de Inspectoría, teniendo como objetivo determinar responsabilidades directas y calidad de los borceguíes entregados a la EMCH y ETE, cumpliéndose con proponer una serie de recomendaciones vinculadas a las irregularidades advertidas en la investigación realizada.

d) De lo expuesto en líneas precedentes se tiene que los funcionarios que intervinieron en el proceso de investigación de los hechos que son objeto de este proceso penal, tenían el deber legal de comunicar a las autoridades superiores vía una investigación objetiva y recomendaciones la presencia de supuestos hechos delictuosos a fin de que ésta en última instancia adopte la decisión final; por lo que los argumentos planteados por el recurrente devienen en infundados y estando a los términos de la denuncia fiscal estos deben ser debidamente esclarecidos dentro del marco de un debido proceso penal.

Por los fundamentos expuestos: **CONFIRMARON** la resolución apelada de fojas 1104 a 1110, su fecha treinta de setiembre del dos mil nueve, que declara **Infundada la Excepción de Naturaleza de Acción** deducida por la defensa del procesado **HELI GILBERTO MARTOS ROJAS**; en el proceso que se le sigue como presunto autor del delito contra la Administración de Justicia -contra la función jurisdiccional –**Omisión de Denuncia**–, en agravio del Estado. Notifíquese y devuélvase.-

⁹ Reglamento de Investigaciones de Inspectoría. “Sección II. Consideraciones.

1.5 Investigación de Inspectoría.

(...)

b.- Finalidad. Proporcionar al Comando criterios lógicos, argumentos veraces y apropiados para adoptar una decisión correcta; con respecto a los actos o hechos que afecten a personas o que vayan en detrimento de la disciplina, prestigio, seguridad, entrenamiento y administración del Ejército.

c.- Aspectos que abarca:

1) Esclarecimiento de la verdad de los hechos y determinación de su real magnitud.

2) Determinación de las causas que originaron los hechos que se investiga.

3) Esclarecimiento de responsabilidades.

4) Determinación de acciones correctivas o disposiciones que eviten la repetición de hechos similares.

5) Determinación de aspectos conexos, de interés para el comando. ...” Fs. 20 y vuelta.