



SALA PENAL
R.N. Nº 169-2002
LIMA.

SUMILLA

ALCANCES SOBRE FUNCIONARIO PÚBLICO

La calidad de funcionario público del procesado, se encuentra comprendida en el artículo 425º inciso 3) del Código Penal, que señala que se considera funcionario o servidor público a 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. Asimismo, de la imputación que se investiga, fluye con claridad que el procesado tenía el manejo de caudales provenientes del tesoro público, con lo que se cumple el elemento de vinculación funcional exigida para el delito de peculado.

Lima, catorce de mayo del dos mil dos.-

VISTOS; de conformidad con el Dictamen del Señor Fiscal Supremo; y **CONSIDERANDO además:** Primero: Que de conformidad con el artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, la excepción de naturaleza de acción procede cuando el hecho denunciado no constituye delito o cuando no es justiciable penalmente; **Segundo:** Que se imputa a los procesados Vladimiro Lenin Montesinos Torres, Luis Guillermo Bedoya de Vivanco y José Tomás González Reátegui, haber participado en calidad de autor y cómplices respectivamente, en el desvío realizado el día diecisiete de julio del año mil novecientos noventinueve de la suma de veinticinco mil dólares americanos, de fondos públicos provenientes del Presupuesto General de la República, por parte de Montesinos Torres a favor de Bedoya de Vivanco gracias al ilícito control que ejercía Montesinos sobre el Servicio de Inteligencia Nacional; **Tercero:** Que la excepción planteada por el procesado Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, se basa en la pretendida atipicidad de su conducta por ausencia de los elementos objetivos y subjetivos que configuran el tipo delictuoso de peculado, alegando para ello que no existe prueba indubitable sobre la procedencia estatal de los fondos que recibió del procesado Vladimiro Lenin Montesinos Torres, como tampoco la hay respecto de la condición de funcionario público de éste último, ni de su vinculación funcional con dichos caudales;

asimismo, alega la ausencia de dolo, sosteniendo que desconocía el origen estatal del dinero que le entregó Montesinos Torres y que haya sido desviado del tesoro público; sostiene también que en cualquier caso de ninguna manera le alcanza responsabilidad penal al tercero que recibe tales fondos, pues al momento que los recibió el delito ya se había consumado sin su participación; por lo que no puede considerársele cómplice; y por último, sostiene que la calidad de funcionario público del sujeto activo del delito que exige el tipo de peculado no le es transmisible en aplicación del principio de accesoriadad limitada, comprendido en el artículo veinticinco del Código Penal, tanto más que al momento de producirse la reunión con Montesinos él no tenía tal calidad;

Cuarto: Que de estos argumentos, aquellos referidos a la culpabilidad del recurrente, como la ausencia de dolo y el desconocimiento de la procedencia u origen de los fondos desviados, no son idóneos para sustentar la excepción de naturaleza de acción, por cuanto constituyen los elementos que precisamente deben investigarse en el curso del proceso para establecer en su oportunidad la existencia del delito y en su caso determinar también la responsabilidad y el grado de participación de los procesados en el hecho imputado;

Quinto: Que, en cuanto a la calidad de funcionario público del procesado Vladimir Lenin Montesinos Torres, sustentándose la imputación en la resolución doscientos setentinueve guión noventa y seis guión PCM, su fecha dos de agosto de mil novecientos noventa y seis, según la cual se nombra a dicho inculcado como Asesor de la alta Dirección del Servicio de Inteligencia Nacional, su condición se encuentra comprendida en el inciso tercero del artículo cuatrocientos veinticinco del Código Penal, que señala que se considera funcionario o servidor público, a 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; asimismo, de la imputación que se investiga, fluye con claridad que el procesado Vladimiro Lenin Montesinos Torres, tenía el manejo de los caudales provenientes del Tesoro Público que se le entregaban con lo que se cumple el elemento de vinculación funcional exigida para el tipo de peculado; debiendo por ello desestimarse esta alegación que sustenta la excepción;

Sexto: Que en cuanto a la naturaleza pública de los caudales desviados, respecto de lo cual según se desprende de las piezas insertadas en el cuaderno, existe abundante prueba, también debe ser materia de evaluación y pronunciamiento en la sentencia, debiéndose tener en cuenta el contexto político en que se dieron los hechos, y la finalidad objetiva que buscaban los autores con la comisión del hecho materia de investigación judicial, por lo que debe desestimarse también, la excepción en este extremo;

Sétimo: Que en cuanto a la ausencia de tipicidad que alega el procesado Luis Guillermo Bedoya de Vivanco respecto de su persona por no tener la calidad de funcionario público, es de aplicación al caso, el artículo veinticinco del Código Penal, que recoge al principio de accesoriadad restringida, cuando prevé que los cómplices que



dolosamente presten auxilio a la realización del hecho punible, sin cuya participación no se hubiere perpetrado, serán reprimidos con la pena prevista para el autor; que teniendo en cuenta además que los delitos cometidos por funcionarios públicos, pueden ser perpetrados con el auxilio de particulares como en el presente caso, por lo cual no es dable excluir la conducta de estos particulares del tipo especial, dado que solamente son comunicables las cualidades personales referidas a la culpabilidad y a la punibilidad, es decir las características personales o materiales referidas al hecho que no es el caso, siendo aplicable por lo tanto el principio de accesoriedad antes referido, pues se imputa al recurrente Bedoya de Vivanco la calidad de cómplice primario, que su alegación respecto que su intervención se produjo cuando el delito estaba consumado, tal aseveración deberá ser dilucidada en la etapa de juzgamiento, oportunidad en la que con toda la prueba acumulada en el proceso se determinarán como ya se ha dicho la existencia del delito y en su caso el grado de participación del procesado; **Octavo:** Que, las alegaciones que sustentan la Excepción de Naturaleza de Acción promovida por el inculpado Luis Guillermo Bedoya de Vivanco vistas en su apariencia, pueden inducir a error e inclusive han sido fundamento de una resolución externa que constituye una evidente interferencia en la autonomía e independencia del Poder Judicial, pues en violación del inciso segundo del artículo ciento treintinueve de la Constitución Política del Estado se ha resuelto la situación jurídica de este procesado por un Tribunal extraño al Poder Judicial y con intervención de un Juez que no es el Juez de la causa, que dicha apreciación errónea se debe en gran medida a no haberse comprendido en este proceso y por ende en la investigación judicial el contexto delictivo en que se producen los hechos, en cuyo contexto, tratándose de un delito perpetrado por una organización delictiva (crimen organizado) la acción delictiva y corruptora ha producido grave deterioro en las Instituciones del Estado, situación que en el evento sub-judice se considera por el Colegiado en el segundo considerando de la resolución materia de vista; no es dable ni correcto investigar aisladamente el delito de Peculado sin tomar en cuenta el delito contra el Derecho de Sufragio previsto y penado por el inciso quinto del artículo trescientos cincuenta y nueve del Código Penal, pues de la prueba que obra en el cuaderno, especialmente la de naturaleza fílmica se advierte, que el dinero del Estado que Montesinos Torres entregó a Bedoya de Vivanco habría sido con la finalidad de interferir en el resultado del proceso electoral para la elección de Alcalde del Distrito de Miraflores - Provincia de Lima; se colige también, que este comportamiento delictivo habría derivado de órdenes emanadas del propio Presidente de la República o sea del más alto detentador del Poder, como una decisión concadenada a influir a su vez, en el resultado de los comicios generales del año dos mil, lo cual hace que deba considerarse también la vigencia del artículo trescientos diecisiete, segundo párrafo del Código Penal (Asociación Ilícita para Delinquir) teniendo en cuenta además, que al propósito de copar los estamentos del Poder Político por parte de la



Organización delictiva se inspiraba en el afán de mantener el contexto delictivo montado por aquella, todo lo cual debe investigarse; **Noveno:** Que, en este contexto delictivo propio del crimen organizado que requiere ser investigado a plenitud debe tenerse en cuenta la importancia que reviste la conexión de procesos y esencialmente la conexidad probatoria que resulta fundamental para la investigación y juzgamiento de este tipo de criminalidad, a efecto de poder contar con prueba idónea suficiente haciendo acopio de la prueba actuada en otros procesos que se cursan en contra de cabecillas e integrantes de la Organización Criminal que guarden conexión con los eventos que se dan en esta investigación, procesos que en evidente ventaja para aquella, se vienen tramitando en forma independiente los unos de los otros, fraccionando la verdad y generando así una dispersión de la acción penal que atenta contra el principio de la unidad del proceso y del juzgamiento, lo cual hace propicio tal como se advirtió pero se controló eficazmente en otros países que han enfrentado el problema del crimen organizado, a que cunda la lenidad cuando no la impunidad; **Décimo:** Que, para los fines que se expresan en las consideraciones precedentes, el Juez Penal debe tener en cuenta que es el Director del proceso tal como lo dispone el artículo cuarentinueve del Código de Procedimientos Penales concordante con el artículo quinto del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y como tal le corresponde la iniciativa en la organización y desarrollo de la instrucción, encontrándose obligado a impulsarla de oficio, debe tener en cuenta asimismo, que formulada la denuncia por el titular de la Acción Penal Pública, es de su responsabilidad calificarla, tipificando las conductas delictivas que configuran los hechos denunciados y las que se desprenden en el curso de la investigación, como dispone el artículo setentisiete del Código antes referido; declararan **NO HABER NULIDAD** en la resolución de vista de fojas ochocientos noventicinco - ochocientos noventiséis, su fecha veintiocho de diciembre del dos mil uno, que **confirma** la apelada de fojas trescientos ochenta - trescientos ochentidós, del treintiuno de Agosto del dos mil uno, que, declara **infundada** la excepción de naturaleza de acción deducida por el procesado Luis Guillermo Bedoya de Vivanco, **Recomendaron** a la Sala Especial y al Juez Penal tener en cuenta lo expresado en la parte considerativa de esta resolución y disponer de inmediato las medidas correctivas necesarias; en la instrucción seguida en contra Vladimiro Lenin Montesinos Torres y otros por el delito de Peculado en agravio del Estado; y los devolvieron.-

S.S.

**CABALA ROSSAND
ESCARZA ESCARZA
HUAMANI LLAMAS.
VIDAL MORALES
VEGA VEGA**