



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1584 - 2014
LAMBAYEQUE

Prueba preconstituida

Sumilla: la prueba preconstituida tiene un poder probatorio disminuido.

Norma: art. 139 inc. 10 de la Constitución Política del Estado.

Palabras clave: prueba preconstituida, poder probatorio, inferencia.

Lima, cuatro de noviembre de dos mil quince.-

I. VISTOS

El recurso de nulidad interpuesto por la **Procuradora Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios** contra la sentencia – fojas 6450 – del veintiuno de enero del dos mil catorce, que absolvió a Jorge Julio Arbulú Zapata, Elky Raúl Morales Ganoza, Ricardo Francisco Antonio Mendo Otero, Miguel Ángel Bartra Grosso, Oscar Guillermo Capuñay Terán, Carlos Rodríguez Sersén, Felipe Eusebio Lluén Gonzáles, Víctor Oswaldo Adanaque Vásquez, Ernesto Torres Díaz, Luis Alfredo Torres Montenegro, Pedro Augusto Vera Manay, Bibiano Carrasco Llaja, Luis Guillermo Olano Cieza, Ángel Torralba Cáceres, Arturo Castillo Chirinos, Jacob Eugenio Barrantes Arrese, Luis Enrique Carbajal Atúncar, José Francisco Jáuregui Basombrío y Nelly Cecilia Rojas Gonzáles de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública – peculado doloso en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de Chiclayo. Con lo expuesto en el dictamen de la señora Fiscal Suprema en lo Penal. Interviniendo como ponente el señor juez supremo Villa Stein.



FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD:

La **Procuradora Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios** en su recurso de nulidad fundamentado a fojas 6560, argumenta que:

1. La Sala Superior ha realizado una incorrecta valoración de las testimoniales de los contadores de la Contraloría General de la República, los señores José Vicente Dioses Aponte y César Alfredo Pineda Huerta sobre el Informe Especial N° 065-2006 de los periodos de enero a diciembre de dos mil tres, examen especial a la Municipalidad Provincial de Chiclayo, donde afirmaron ser los autores del mismo, ratificándose en su contenido e indicando además que se cumplió con el procedimiento establecido en las Normas de Auditoría Gubernamental (en adelante NAGU). Siendo este informe una prueba preconstituida.
2. El perito Dioses Aponte señaló haber detectado la existencia de una serie de cuentas pendientes de rendición y que formaban parte de los estados financieros. Y pese a existir la obligación de justificar, de rendir cuentas, muchas de las entregas no las tenían. Peor aún, el perito Pineda Huerta señaló que en la mayor parte de salida de dinero no se menciona cuál era su destino (para qué era).
3. El Informe Especial N° 065-2006 conforme a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Control y de la Contraloría General de la República es una prueba preconstituida que no ha sido objeto de tacha u oposición por parte de la defensa técnica de los acusados. Además de las declaraciones de los peritos contables antes citados, de las cuales se desprende la responsabilidad penal de los procesados.



4. La reparación civil comprende el daño patrimonial y extrapatrimonial, en este caso el Estado y la Municipalidad Provincial de Chiclayo al haber sufrido daños y perjuicios que han atentado contra el desarrollo integral y bienestar del Pueblo de Chiclayo vulnerando bienes jurídicos protegidos como el recto funcionamiento de la administración pública, los intereses y el patrimonio del Estado. Además del daño que supone todo acto de corrupción. Por lo que se debe fijar la reparación civil de acuerdo al daño económico causado teniendo en cuenta: a) que la conducta de los acusados han producido un perjuicio económico al Estado; b) su accionar ha quebrantado la protección y el interés general de la buena administración vulnerado el principio de confiabilidad. En consecuencia se solicita que se pague al Estado la suma de doscientos cincuenta mil nuevos soles.

IMPUTACIÓN FÁCTICA – hechos –

De acuerdo a la acusación fiscal – fojas 3518 – del Informe Especial N° 065-2006-CG/ORCH, que contiene el examen especial realizado en la Municipalidad Provincial de Chiclayo que abarca los períodos entre el 2000 – 2004 por el Órgano Superior del Sistema Nacional de Control – Contraloría General de la República, en atención a lo dispuesto en el artículo 82 de la Constitución Política del Estado y, además, actuados judiciales se establece:

Primer caso

Durante el periodo 2000 – 2004, se realizaron desembolsos bajo la modalidad de entregas a rendir cuenta para las autoridades, funcionarios y servidores de la Municipalidad Provincial de Chiclayo,



por un total de S/ 236,976.21 nuevos soles; los cuales, en su mayoría, solo cuentan con un documento que autorizó el egreso (recibos de tesorería), pero no con la documentación que sustenta la ejecución, es decir, con la rendición de cuentas que contenga los comprobantes de pago reconocidos por la SUNAT (tales como boletas de pago y/o facturas, que acrediten la aplicación definitiva de los gastos.

Sin embargo, la mayor parte de los comprobantes de pago que sustentan los desembolsos realizados, no indican con precisión el tipo de adquisición o servicio que va a ser cancelado con dichos recursos; dicho aspecto tampoco es precisado en la mayor parte de los documentos: "Requerimiento de anticipos con cargo a rendir cuenta" y/o recibos de caja por medio de los cuales se acredita la recepción de los fondos por parte del beneficiario, indicando en forma genérica, gastos varios de alcaldía, relaciones públicas, participación vecinal, entre otros.

También se han girado comprobantes de pago y cobrados por algunos trabajadores, para luego ser entregados a otros funcionarios; asimismo, se otorgaron anticipos a trabajadores que no habrían efectuado la debida rendición, a pesar que en algunos formularios de requerimiento de anticipos se señala lo siguiente "de no liquidar en el plazo establecido por la Directiva N° 006-99-MPCH. Autorizo se me descuente por planilla los importes no liquidados."; lo que evidencia la decisión de los funcionarios municipales de no tomar acciones oportunamente.

Los comprobantes de pago que generaron el egreso de fondos durante el periodo citado (de los cuales se desconoce la naturaleza



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1584 - 2014
LAMBAYEQUE

del gasto), así como, el desembolso de anticipos a personal que mantenía pendiente de regularización entregas a rendir cuenta (anticipos); fueron autorizados por **Jorge Julio Arbulú Zapata**, **Antonio Mendo Otero** y **Elky Morales Ganoza**, en su calidad de ex directores de administración de la Municipalidad Provincial de Chiclayo en ese entonces, y, es más, los primeros dos citados no tomaron las acciones necesarias para la regularización de los anticipos otorgados; resultando - también - responsables de este ilícito penal a los beneficiarios: **Miguel Ángel Bartra Grosso**, ex alcalde (periodo de gestión 01 de diciembre de 1999 al 25 de octubre de 2001); **Felipe Eusebio Iluén Gonzáles**, ex coordinador de alcaldía (periodo de gestión 2000 al 2002); **Óscar Capuñay Terán**, ex jefe de relaciones públicas (periodo de gestión 2000 al 2002), **Luis Torres Montenegro**, ex jefe de la unidad de abastecimiento (periodo de gestión 2000 al 2002); **Carlos Rodríguez Sersén**, ex jefe de informática (periodo de gestión 2000 al 2002); **Luis Olano Cieza**, ex trabajador municipal (desde el 7 de julio de 1976 a marzo de 1993); **Víctor Adanaqué Vásquez**, ex consejero II de la municipalidad (período de gestión del 1 de noviembre de 1990 a la fecha); **Bibiano Carrasco Llaja**, ex auxiliar de la municipalidad (periodo del 7 de septiembre de 1974 al 12 de agosto de 2003); **Ángel Toralva Cáceres**, ex gerente de administración y finanzas (periodo de gestión entre el 5 de agosto de 2004 al 15 de noviembre de 2004); **Pedro Augusto Vera Manay**, ex jefe de la unidad de tesorería (período de gestión del 17 de febrero de 1998 al 30 de junio del 2000 y del 02 de enero de 2002 al 02 de enero de 2003); y **Ernesto Torres Díaz**, ex cotizador de la Municipalidad Provincial de Chiclayo (periodo de gestión del 2000 al 2001); por haber recibido las entregas de dinero con cargo a rendir cuenta de



lo que les fueron otorgadas entre el período comprendido del 2000 – 2004, haciéndolo con comprobantes de pago que no detallan el tipo de gasto, apropiándose del dinero que se les entregó para la atención de asuntos municipales en razón del cargo que desempeñaban, sin que hayan sustentado su ejecución; utilizando en forma incorrecta los fondos públicos de la Municipalidad de Chiclayo.

Segundo caso

En sesión ordinaria del 10 de marzo de 2003, el Concejo Municipal Provincial de Chiclayo, mediante Acuerdo Municipal N° 053-GPCH-2003, de fecha 27 de marzo de 2003 – fojas 390 a 391 – y, en base al pedido presentado por el regidor Ruy David Pardo Neumann, acordó incrementar a partir del mes de Marzo, las dietas de los regidores de S/. 800.00 a S/. 1,200.00 nuevos soles y, se dispuso el aumento de la remuneración mensual del alcalde de S/. 6,200.00 a S/. 9,000.00 nuevos soles.

Se ha determinado que, para el año 2004, el Concejo Municipal en sesión extraordinaria del 24 de febrero de 2004, mediante Acuerdo Municipal N° 025-2004-GPCH/A, acordó ratificar las dietas de los regidores y la remuneración del Alcalde establecidas en el acuerdo municipal N° 053-GPCH-2003 antes citado. Mientras que, en la sesión extraordinaria del 26 de mayo de 2004, mediante Acuerdo Municipal N° 135-2004-GPCH/A, se acuerda modificar el artículo primero del Acuerdo N° 025-2004-GPCH/A, en lo referente a las dietas de los regidores, se incrementaron de S/. 1,200.00 a S/. 2,400.00 nuevos soles; pese a ello reducen el número de las misma de 04 a 02 sesiones ordinarias por mes, estableciéndose la posibilidad de realizar sesiones extraordinarias, las cuales no tendrían dietas.



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1584 - 2014
LAMBAYEQUE

En ese sentido, se tiene que no asistieron a las sesiones del 06 de febrero de 2003 y del 16 de abril de 2003, los regidores Celinda Ortiz Prieto y Edwin Vásquez Sánchez, la primero por no haber sido notificada y el segundo, por encontrarse sustentando un examen de grado en la universidad; tal como se indica expresamente en el libro de sesiones del concejo. Pese a ello, la municipalidad sí ha cancelado las dietas correspondientes a dichas sesiones, sin tener en cuenta sus inasistencias, por montos ascendientes a S/. 800. 00 nuevos soles (Celinda Ortiz Prieto) y S/. 1,200. 00 nuevos soles (Edwin Vásquez Sánchez); según es de verse en las planillas de dietas del año 2003.

Los miembros del Concejo Municipal durante el periodo 2003 - 2004 han aprobado el pago de la remuneración en el caso del Alcalde y percibido el incremento de dietas en el caso de los regidores, sin contar con la disponibilidad de recursos propios con el agravante de ratificarlo por un segundo año, y, por haber cobrado dietas sin haber realizado las correspondientes sesiones de concejo, así también por no haber asistido efectivamente a las mismas; **habiéndose generado un perjuicio económico a la entidad por un monto de S/. 653,600.00** nuevos soles, conformados por S/. 592,000.00 nuevos soles por dietas pagadas en exceso, por sesiones no realizadas y no asistidas; y, S/. 61,600.00 nuevos soles por el incremento en la remuneración del Alcalde.

Los implicados en estos hechos ilícitos son: **Arturo Castillo Chirinos**, ex Alcalde (periodo de gestión de enero del 2003 a junio de 2005), por haber aprobado los acuerdos de concejo de los años 2003 y 2004, que disponen los incrementos de su remuneración y de las dietas de los regidores, resultando responsables por el delito de peculado.



Tercer caso

Durante el año 2003, se han otorgado viáticos que excedieron los S/. 120.00 nuevos soles diarios que establece como tope el inciso "b" del artículo 18 de la Ley N° 27879, Ley del Presupuesto del Sector Público para el año fiscal 2003; disposición que no diferencia la categoría ocupacional del trabajador, su relación laboral con la entidad, o el motivo de la comisión de servicios y, que no comprende en sus exoneraciones a los titulares de los gobiernos locales.

La Directiva General N° 004-2003-GPCH/OPP "Normas para el otorgamiento de viáticos y/o asignaciones para comisiones de servicio dentro del país" aprobada por Resolución de Alcaldía N° 545-2003-GPCH/A del 20 de mayo de 2003, suscrita por el alcalde Arturo Castillo Chirinos, establece para movilidad y viáticos del burgomaestre, montos superiores a lo dispuesto por la Ley del Presupuesto.

En tal sentido, se le otorgan viáticos en exceso al alcalde, procesado Arturo Castillo Chirinos, por concepto de comisiones de servicios efectuadas en el país, como consecuencia de la emisión de esta directiva que contraviene la normativa presupuestal, se ocasionó un perjuicio económico a la entidad edil por un total de S/. 6,604.75 nuevos soles; ya que dicho Alcalde, recibió un total de S/. 11,644.75 nuevos soles durante el año 2003, correspondiéndole sólo la suma de S/. 5,040.00 nuevos soles.

Resultando responsables de la comisión de estos hechos delictivos el entonces alcalde **Arturo Castillo Chirinos**, el ex director de asesoría jurídica (periodo 09 de mayo al 10 de agosto de 2003); **Luis Enrique Carbajal Atúncar**, quien visó la resolución de alcaldía con la que se



aprobó la Directiva N° 004-2003-GPCH/OPP, dando su conformidad al pago de excesos de viáticos, el ex director municipal (periodo de gestión del 3 de abril al 20 de junio de 2003); **Jacobo Eugenio Barrantes Arrese**, por haber emitido el oficio N° 008-2003-DA/GPCH y haber visado tanto la resolución de alcaldía como la directiva que contravenía la norma presupuestal (al consignar la escala de viáticos mayor a la norma presupuestal); y **José Francisco Jáuregui Basombrío** (periodo del 12 de mayo al 20 de agosto de 2003) por haber visado los documentos antes señalados, que contravenían la norma presupuestal, y, la ex directora de planificación y presupuesto (gestión del 2 de febrero al 31 de agosto de 2003); **Nelly Cecilia Rojas González**, por haber visado sin observaciones la resolución de alcaldía N° 545-2003-GPCH/A y la Directiva General N° 004-2003-GPCH/OPP, que aprobaban una escala de viáticos mayor a la legal; por el delito de peculado en agravio del Estado.

II. FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

1. La recurrente, con acierto, señala que el Informe Especial N° 065-2006 es una prueba preconstituida. Eso implica que se le reconozca un poder probatorio disminuido¹ frente a otros tipos de prueba. La razón consiste en que una prueba preconstituida importa una fuente de prueba en la cual el hecho está impregnado de modo artificial, generalmente mediante la escritura y que se genera sin contradicción, principio esencial de la prueba². Ello significa que el

¹ Respecto a la prueba preconstituida Cfr. Midón, Marcelo Sebastián. "Principios, máximas y sistemas probatorios". En: Marcelo Sebastián Midón, y otros. *Tratado de la prueba*. Argentina: Librería de La Paz, 2007, p. 94.

² Cfr. Ídem, p. 89 y siguientes.



1. El juzgador conoce el hecho contenido en esa prueba fiándose en quien lo ha redactado, tal como es el caso del Informe Especial N° 065-2006.
2. Que el conocimiento del hecho que se pretende probar no esté directamente impregnado en la fuente de prueba que se ofrece como medio probatorio, importa que la inmediatez³ que tiene el juzgador realmente esté más alejada del hecho de lo que suele ocurrir con otros medios de prueba⁴ como lo son las pruebas testificales o documentales que emanan directamente del hecho delictivo⁵.
3. Más aún, la contradicción de este medio probatorio es casi nula, pues cuando sea sometida a debate en el juicio oral, poco se podrá hacer para cuestionar la información consignada en el documento que es prueba preconstituida. A lo mucho se podrá intentar cuestionar su validez, lo cual casi nunca tiene éxito porque es normal que quienes redactan este tipo de pruebas tengan experiencia en ello por razón de su ocupación y domine sus formalidades.
4. En este orden de ideas, se puede concluir que la el Informe Especial N° 065-2006, en su condición de prueba preconstituida, es incapaz de

³ El principio de inmediatez, o máxima de inmediatez a decir de Midón, exige que "el juez esté lo más cerca posible de las fuentes de prueba". Ídem, p. 118.

⁴ Conviene para que se entiendan estas ideas poner un ejemplo. Una acta de intervención es una prueba preconstituida. En ella no interviene el juez, y no es algo en lo que se impregne el hecho de un modo natural. Es decir, que si en el acta de intervención se consigna que se le encontró a una persona un cuchillo ensangrentado, es natural del hecho – homicidio – que este se impregne en el cuchillo mismo, el cual es una fuente de prueba que puede llegar a acreditar que ese instrumento fue hundido en el cuerpo de alguien. Sin embargo, el que se le haya encontrado a determinado sujeto no es algo que naturalmente ocurre en un homicidio. Este dato se hará constar en el acta pero la veracidad que se le atribuya dependerá de la confianza que se tenga en quien consignó ese hecho.

⁵ Por ejemplo, la documentación de una licitación pública en la que se evidencia que se eligió sin motivo a un postor que no era el más favorable es una prueba de un interés o del contubernio entre el funcionario encargado de esa contratación y el particular.



por sí sola acreditar por inferencia identificativa⁶ la imputación fáctica en lo referido a la sustracción de patrimonio del Estado. Para lograr esa conclusión es necesaria actuar otras pruebas en el proceso que puedan sumar fuerza a este tipo de prueba.

5. Entender lo contrario, que una prueba preconstituida es suficiente para derrumbar la presunción de inocencia, sería un grave error. Si el juicio previo en el que se debe probar la responsabilidad penal – inc. 10 del art. 139 de la Constitución Política del Estado – es una garantía de toda persona imputada, y que además la prueba se produce en ese momento con el control de las partes mediante el contradictorio, entender que una prueba documental que no emana naturalmente del hecho que se pretende probar acredita la responsabilidad penal del procesado, vaciaría de contenido el derecho de defensa que se debe ejercer en el juicio.

6. Así las cosas, se ha evidenciado la incapacidad del Informe Especial N° 065-2006 de acreditar por sí solo los hechos delictivos materia de imputación. Con esto se ha superado el grueso de la impugnación que versa sobre la prueba, toda vez que dicho informe era el medio probatorio esencial del Ministerio Público. Sin embargo conviene verificar que en los tres hechos imputados el razonamiento del Colegiado Superior haya sido ajustado a derecho.

Respecto al primer hecho

7. Aquí lo que se discute, es si los procesados se apropiaron de caudales del Estado mediante desembolsos realizados en la modalidad de

⁶ En estos supuestos una sola prueba es capaz de acreditar la existencia de la imputación fáctica en su integridad. Por ejemplo un video que capta un robo, con esa sola prueba se prueba el hecho ilícito y quiénes son sus autores. Cfr. De Miranda Vásquez, Carlos. *El juicio de hecho en la mente del juzgador ¿cómo razona?* En: Varios autores. *La prueba judicial*. España: Editorial La Ley, 2010, T. I., p. 235.



entregas a rendir cuentas. Las mismas que nunca llegaron a ser sustentadas. De allí que el Ministerio Público sostenga que al no haberse justificado en qué se gastó ese dinero, el mismo fue objeto de apropiación por parte de los funcionarios y servidores públicos que lo recibieron.

8. Tal como se ha señalado, el Informe Especial N° 065-2006 es insuficiente para demostrar por sí solo la imputación fáctica. En este entendido, quien soporta la carga de la prueba, el Ministerio Público, y quienes con él pueden colaborar, como la parte civil, estaban en la obligación de satisfacer esta carga procesal. Así las cosas, si la acusación es por el delito de peculado, se debe demostrar no solo que no se rindieron cuentas – no rendir cuentas no es la acción típica –, sino que esos montos dinerarios fueron objeto de apropiación por parte de los funcionarios y servidores que los recibieron.

9. El no rendir cuentas no implica necesariamente una apropiación, en los términos del delito de peculado, ello es objeto de probanza. Llegado el momento de sentencia, y al no haber más pruebas que acrediten la responsabilidad penal de los procesados más que el citado informe, el juzgador acierta al sostener que no se puede condenar sin mayor prueba que esa. Más aún, cuando los peritos que lo realizaron aceptaron que no habían llevado los cursos de especialización que permitieran sumar fuerza al propio informe.

Respecto al segundo hecho

10. En este hecho, se imputa a los procesados haberse apropiado del erario estatal mediante el cobro excesivo de dietas, en el caso de los regidores; y de un sueldo excesivo por parte del alcalde. Sin embargo, esto de ninguna manera puede configurar el delito de



peculado por cuanto la normativa pertinente⁷, habilitaba a las mismas autoridades ediles a fijar el monto que por estos conceptos podían cobrar. Más aún teniendo en cuenta que no existía ninguno de los vinculadores jurídicos propios del delito de peculado⁸.

Respecto al tercer hecho

11. Este último hecho, se refiere a viáticos supuestamente excesivos que habría recibido el burgomaestre, los mismos que excederían lo que la norma le permitía recibir y que por tanto deberían considerarse como sumas dinerarias objeto de peculado. No obstante, en este caso tampoco se encuentra presente ninguno de los vinculadores jurídicos propios de este delito, lo cual torna atípica a la conducta; y además, existía una norma legal⁹ que habilitaba al procesado a fijar tales montos, y en consecuencia tampoco es factible que se configure el delito de peculado.

III. DECISIÓN

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia - fojas 6450 - del veintiuno de enero del dos mil catorce, que absolvió a Jorge Julio Arbulú Zapata, Elky Raúl Morales Ganoza, Ricardo Francisco Antonio Mendo Otero, Miguel Ángel Bartra Grosso, Oscar Guillermo Capuñay Terán, Carlos Rodríguez Sersén, Felipe Eusebio Lluén Gonzáles, Víctor Oswaldo Adanaque Vásquez, Ernesto

⁷ Art. 21 de la Ley N° 23853 modificada por la Ley N° 23617; y los artículos 12 y 21 la Ley 27972 las cuales determinan que las dietas de los regidores y la remuneración del alcalde se fijan discrecionalmente de acuerdo a la capacidad económica de la municipalidad.

⁸ Estos son la percepción, administración o custodia. Cfr. Rojas Vargas, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. cuarta edición. Lima : Grijley, 2007, p. 487 - 489.

⁹ Art. 53 de la Ley 27972 que prescribe: "Para efectos de su administración presupuestaria y financiera, las municipalidades provinciales y distritales constituyen pliegos presupuestarios cuyo titular es el alcalde respectivo".



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 1584 - 2014
LAMBAYEQUE

Torres Díaz, Luis Alfredo Torres Montenegro, Pedro Augusto Vera Manay, Bibiano Carrasco Llaja, Luis Guillermo Olano Cieza, Ángel Torralba Cáceres, Arturo Castillo Chirinos, Jacob Eugenio Barrantes Arrese, Luis Enrique Carbajal Atúncar, José Francisco Jáuregui Basombrío y Nelly Cecilia Rojas Gonzáles de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública – peculado doloso en agravio del Estado y de la Municipalidad Provincial de Chiclayo; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

SS.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

VS/jdtr

06 ABR 2016

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA