



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA R.N.
N° 3115-2007
LAMBAYEQUE

Lima, once de marzo de dos mil diez.-

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el señor Fiscal Superior, el Procurador Público Anticorrupción Descentralizado del Distrito Judicial de Lambayeque y el procesado Javier Armando Arbulú Buchacher, contra la sentencia de fojas quinientos sesenta y uno, de fecha veintidós de junio de dos mil siete; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO:**

Primero: Que, el señor **Fiscal Superior** en su recurso fundamentado a fojas quinientos setenta, cuestiona la decisión de la Sala Penal Superior de absolver a Arturo Hermes Gómez Chiroque como autor del delito de peculado culposo agravado, alegando que el procesado en su calidad de funcionario público actuó de manera negligente al dar conformidad a la recepción de una cantidad de cuatrocientos mil formatos, destinado al programa integral de salud (SIS), cuando en realidad se recibió sólo veinticinco mil formatos, quedando materializada su culpa al no haber tomado las precauciones necesarias para evitar sustracciones, violando deberes objetivos de cuidado sobre caudales a los que estaba obligado por su vinculación funcional. De igual modo, controvierte la decisión del Tribunal Sentenciador de absolver al procesado Javier Armando Arbulú Buchacher como autor del delito de falsedad genérica, al considerar que éste se configuró al faltar a la verdad en sus declaraciones, con la finalidad de burlar a la justicia penal y evadir la entrega del restante de los formatos. Además, cuestiona el *quántum* de la pena y reparación civil Impuestas al referido procesado. Por su parte, el procesado **Javier Amando Arbulú Buchacher**, en su recurso de nulidad fundamentado a fojas quinientos ochenta, cuestiona su condena por el delito de estafa, alegando que no se ha demostrado que el recurrente haya procedido con dolo o engaño para obtener un beneficio ilícito en perjuicio de la agraviada, pues no ha participado en ninguna de las etapas del proceso de contratación del servicio, entrega de los bienes y acto de entrega - recepción del cheque que tampoco ha sido girado a nombre personal del recurrente; que ha sido condenado solo por haber ostentado la condición de Gerente General de la empresa IMGRAF Sociedad de



Responsabilidad Limitada (en adelante IMGRAF); que no existe ningún contrato celebrado entre el recurrente y la agraviada; que la prueba de la existencia de la obligación constituida por una orden de compra, no fue suscrita por el recurrente como representante de la empresa IMGRAF, sino por un vendedor de esta; que la orden de compra firmada por este no puede suplir un contrato que nunca fue celebrado entre la agraviada y la referida empresa, y en la orden de compra no se aprecia ninguna exigencia de pago contra entrega, como erróneamente se sostiene; que la agraviada convino con la empresa en la entrega parcial del suministro, razón por la que se efectuó una primera entrega de veinticinco mil ejemplares, y posteriormente hasta ciento ochenta y dos mil ejemplares que se reconoce se entregaron, por lo que dichos hechos constituyen un incumplimiento de contrato y no un delito, argumento que pese a ser expuesto durante el juicio no mereció respuesta por el Colegiado Superior; que la carta del nueve de junio formó parte del paquete de documentos que firmó en Blanco debido a sus permanentes viajes al interior de la Región para promover los servicios de la empresa; motivando que inicialmente no reconociera su firma en dicho documento, efectuándolo al rendir su declaración inductiva; que no es aceptable que por considerar variadas sus versiones en el proceso se le halle responsable de un delito inexistente; que la sentencia no se haya debidamente motivada pues es genérica al describir la prueba en que se apoya; que por un lado se afirma que la mercadería fue entregada por un operario del acusado Javier Armando Arbulú Buchacher, y por otro lado contradictoriamente se afirma que el recurrente sorprendió al procesado Gómez Chiroque, lo que sustenta la condena. Finalmente, la defensa de la **parte civil**, en su recurso fundamentado a fojas seiscientos veintiuno, cuestiona los extremos absolutorios de la impugnada, considerando que no se ha efectuado una correcta valoración de la prueba.

Segundo: Que, según la acusación fiscal obrante a fojas cuatrocientos setenta y cinco, se atribuye a Arturo Hermes Gómez Chiroque la comisión del delito de peculado culposo en agravio del Estado - Dirección Regional de Salud de Lambayeque, imputándole que como jefe de Almacén de dicho organismo, el día treinta y uno de marzo de dos mil cuatro, según la orden de compra - guía de internamiento, recibió en apariencia cuatrocientos mil formatos de atención tratamiento SIS (Seguro Integral de Salud) en papel autocopiativo A4 de sesenta gramos a todo color, siendo que físicamente en realidad sólo se recibió e ingresó al almacén veinticinco mil formatos. Que, ello generó que se pague la suma de treinta mil nuevos soles al proveedor como si se hubiese entregado los cuatrocientos mil formatos.



Asimismo, el Fiscal Superior atribuye a Javier Armando Arbulú Buchacher la comisión de los delitos contra el Patrimonio-estafa y contra la Fe Pública - falsedad genérica, en agravio del Estado - Dirección Regional de Salud de Lambayeque, toda vez que de autos que la Dirección Regional de Salud de Lambayeque mandó a confeccionar a la impresora INGRAF, de propiedad de Arbulú Buchacher, cuatrocientos mil formatos de atención tratamiento SIS por un monto de treinta mil nuevos soles, sin embargo, este último valiéndose de astucia y engaño, hizo entrega tan solo de veinticinco mil formatos como si se tratara de cuatrocientos mil, logrando engañar al Jefe del Almacén, al ser recibidos por su co procesado Arturo Hermes Gómez Chiroque, quien los recepcionó y dio su conformidad cobrando de esta manera Arbulú Buchacher el importe total de treinta mil nuevos soles, no obstante tener pleno conocimiento que no había entregado la totalidad de los formatos pues faltaba un saldo de **trescientos setenta y cinco mil formatos** (en tanto se contrató la cantidad de cuatrocientos mil), cuyo valor ascendía a dieciséis mil trescientos cuarenta y dos nuevos soles con cincuenta céntimos; señala el Fiscal que el procesado Javier Armando Arbulú Buchacher ha negado haber firmado la carta notarial de autos; sin embargo, al ser sometida a pericia grafotécnica, el documento en cuestión se ha concluido que si corresponde a su puño gráfico, con lo que se evidencia que esta faltando a la verdad para evadir su responsabilidad. Se precisa en la acusación que en el delito de estafa se advierte el ánimo doloso de querer engañar al agraviado al entregar una parte de los formatos que estaba obligado y cobrando íntegramente los treinta mil nuevos soles por el total de los formatos. Asimismo, por el delito de falsedad genérica se sostiene que el imputado faltó a la verdad al negar a nivel policial el haber redactado un documento, cuando si lo había transcrito. **Tercero:** Que, respecto a la imputación fáctica atribuida al encausado Arturo Hermes Gómez Chiroque, se desprende que esta 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, ni incriminado, que se haya producido la sustracción de caudales o efectos como elemento esencial para la configuración del delito de peculado culposo, debido a que la conducta atribuida consiste en que el procesado Arturo Hermes Gómez Chiroque, en su condición de Jefe de Almacén de la Dirección Regional de Salud



de Lambayeque, por descuido, asumió haber recibido cuatrocientos mil formatos de "atención por tratamientos del Seguro Integral de Salud", cuando en realidad recibió solo veinticinco mil de ellos, lo que generó que se le pague al proveedor por el total de los formatos y no sólo por los efectivamente recibidos, no puede equipararse por tanto el haber recibido una mercadería incompleta sin revisarla con la sustracción de bienes o efectos públicos, manteniéndose por ende su conducta dentro de los límites de una infracción administrativa, diferente al tipo penal que se le atribuye. En consecuencia, se advierte que la decisión de absolver al procesado Gómez Chiroque, se encuentra arreglada a Ley, por lo que debe ser confirmada. **Cuarto:** Que, en cuanto a la imputación por el delito de falsedad genérica atribuido al procesado Javier Armando Arbulú Buchacher, se advierte que este hecho se generó en el marco de la investigación preliminar que se le instauró por la presunta comisión del delito de estafa en agravio de la Dirección Regional de Salud de Lambayeque, esto es, habría faltado a la verdad cuando en base a la circunstancia descrita se le interrogaba por la suscripción de un documento cuyo contenido le resultaba incriminatorio. Al respecto, debe puntualizarse que el derecho de toda persona a no autoincriminarse, lo amparaba a contestar en su defensa del modo que le resultara más conveniente, lo que si bien puede ser apreciado en su conducta procesal, en dicho contexto, no puede configurar un ilícito penal. En tal virtud, la absolución por dicho ilícito se ajusta a derecho, y merece su confirmación. **Quinto:** Que, en cuanto al delito de estafa atribuido al procesado Javier Armando Arbulú Buchacher, el artículo ciento noventa y seis del Código Penal, describe como supuesto de hecho sancionable a quien "procura para sí o para otro un provecho ilícito en perjuicio de tercero, induciendo o manteniendo en error al agraviado mediante *engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta...*". Baja ese marco legal, se atribuye a Arbulú Buchacher haber logrado beneficio económico induciendo y manteniendo en error a un servidor público, mediante engaño. Sin embargo, para los efectos de establecer la correspondencia típica de la conducta probada con el supuesto normativo de la norma penal, es menester efectuar algunas precisiones respecto a la relevancia del engaño típico en el delito de estafa. En primer lugar, es de establecer que, por regla general, la actividad del agente debe comprometer una conducta activa y positiva —lo que no excluye a la conducta omisiva— que genere el estado de error que finalmente determine la voluntad —por cierto, viciada - del agraviado de efectuar concesión patrimonial; ello se colige de los medios descritos en la norma prohibitiva "engaño", "astucia", "ardid";



en ese entendido, no podría comprenderse como objeto de protección penal, el aprovechamiento del agente de algún error en el que, sin su culpa, incurrió la víctima. Ahora bien, se atribuye que el procesado Javier Armanado Arbulú Buchacher empleó engaño como medio fraudulento generador del error que originó el desembolso patrimonial en su favor. Por ello, debe entenderse al engaño como medio capaz de viciar el consentimiento de un tercero por deformación de la realidad, induciendo a creer y tener por cierto lo que no lo es, con abuso de la confianza que la víctima de buena fe deposita en el autor. Sin embargo, para los fines públicos de punición, la doctrina penal autorizada ha dejado por sentado la necesidad de que el engaño revista de cierta trascendencia objetiva para producir el error causal en la víctima *-principio de idoneidad-*. Es así que Conde Pumpido destaca que el engaño penal ha de revestir características propias que lo distingan de una simple mentira, pues considera al engaño como "la maniobra fraudulenta que lleva a cabo el autor, que, sin dudas, revela mayor peligrosidad dado que supone la existencia de premeditación y preordenación de medios" (CONDE-PUMPIDO FERREIRO. Estafas. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, p. cuarenta y ocho). En la misma línea Serrano Gómez refiere que "hay un límite de engaño socialmente permitido, y sólo cuando se sobrepasa ese límite entrará en juego el Derecho Penal, no pudiendo hacerlo antes por el principio de intervención mínima: no todo engaño es protegido por el Derecho Penal" (SERRANO GÓMEZ, ALFONSO, Derecho Penal. Parte especial. Ed. Dykinson, Madrid, p. trescientos cuarenta y seis). Esto pone de relieve que la mera causación de un acto de disposición patrimonial perjudicial no es razón para hacer al autor responsable del mismo, pues, aun cuando la causalidad puede tener importancia para el juicio de imputación del resultado, no la tiene para el análisis de la tipicidad del comportamiento. Es por ello, que a este nivel de análisis resulta relevante aplicar los postulados bajo los que se guía la teoría de la imputación objetiva. Así, en el análisis del delito in comento, la capacidad del engaño para producir el error está en función a que la acción del autor comporte un incremento del riesgo socialmente aceptado para la producción del resultado, además que la disposición patrimonial haya obedecido al peligro generado por la conducta engañosa desplegada por el autor. A tal fin, es conveniente incluir, para la medición de la trascendencia del engaño, el principio de autorresponsabilidad de la víctima o competencia de la propia víctima *-atento al desarrollo dogmático de la teoría de la prohibición de regreso-* pues es esta quien es responsable de su deber de autoprotección, y, en algunos casos, con su comportamiento contribuye de manera



decisiva a la realización del riesgo no permitido. Choclan Montalvo refiere en esta línea que "A pesar de la cesión *al* estado de la *función* de policía en *orden a la tutela* de los *bienes jurídicos* de los ciudadanos, siempre *conserva el ciudadano un espacio de libre* autonomía que debe *ordenar* de manera adecuada hacia la conservación de *sus* propios bienes" agrega "*En ocasiones, la acción del autor en si misma considerada carece la aptitud suficiente para la relevante puesta en peligro del bien jurídico, y aquella idoneidad para la lesión del bien jurídico la recibe, precisamente, del comportamiento de la víctima*" (CHOCLAN MONTALVO, JOSÉ ANTONIO. El delito de Estafa. Ed. Bosch, Barcelona, p. ciento diez - ciento quince). De este modo se advierte como innecesaria la intervención penal a aquella víctima que no se comportó de modo responsable en el cuidado de sus bienes jurídicos del que es titular, más aún cuando se trata de bienes jurídicos disponibles como el patrimonio. Bajo estos lineamientos, será relevante el engaño "... cuando la *victima* no puede *evitar su error a pesar de haberse* comportado de acuerdo con *las pautas sociales* y su capacidad en el cuidado de *sus* bienes del *que es titular*" (PASTOR MUROZ, NURIA. La Determinación del Engaño Típico en el Delito de Estafa. Ed. Marcial Pons, Madrid, p. ciento cincuenta y tres - ciento cincuenta y cuatro). **Sexto:** Que, en el caso de autos se advierte que el procesado Arbulú Buchacher si bien se vio beneficiado con la negligencia de su co encausado Gómez Chiroque -descuido que mereció su sanción administrativa-, pues se le notificó que podía cobrar del Estado -como así lo hizo- por el total de una mercadería que sabía se había entregado de forma incompleta, es de advertir que para que ello sucediera el encausado no desplegó una conducta positiva trascendente para generar dicho error, ni engañó de modo relevante al servidor público encargado de recibir la mercadería. En efecto, conforme se desprende de las propias declaraciones del Jefe de Almacén -véase su declaración preliminar de fojas sesenta y dos, instructiva y lo depuesto en juicio oral- que su error al dar la conformidad de la recepción de veinticinco mil en vez de cuatrocientos mil formatos, respondió a circunstancias ajenas al encausado, así refirió que "*dadas las circunstancias por ser día* viernes y encontrándose sin personal a su cargo, más aún habiendo varios proveedores por hacer entrega de sus productos, por la *premura* y escaso *tiempo para atender, por error procedió* a dar *conformidad del número de* formatos, sin haber *realizado* el conteo respectivo" agrega en su instructiva que "el encausado con un operario, le hizo entrega de *cuatro* paquetes grandes y *que el declarante les dijo* que lo dejaran *allí (...)* *Que* el lunes diecinueve *de abril de dos mil* cuatro, llegó a su oficina y empezó a *firmar las órdenes* de todo *el material* que recibió el día viernes y



como *había visto* los paquetes, y en la creencia que cada *paquete* contenía cien *mil* unidades *firmó* la conformidad". Además, no resulta razonable, desde la óptica del encausado, que llevando veinticinco mil formatos, esto es, poco más del seis por ciento de lo que realmente debía entregar, hubiera esperado que un servidor cuya función principal radica precisamente en contabilizar la mercadería, iba a considerar que se le estaba entregando cuatrocientos mil formatos. Y aún cuando el encausado hubiera presenciado la entrega -lo que niega sostenidamente lo largo del proceso- y mintiera respecto del número de formatos que entregaba físicamente, ello no se estima como engaño suficiente, pues el representante del sujeto pasivo del mismo hubiese podido descubrir el fraude mediante una actividad de comprobación de la realidad de las prestaciones entregadas por el promotor del engaño; actividad de comprobación que le era exigible por su cualificación de funcionario público Jefe del Almacén, encontrándose dentro de sus básicas directrices, contabilizar la mercadería y no confiar en los dichos de su transferente. De este modo la conducta de Arbulú Buchacher queda fuera del alcance del tipo pues el representante de la víctima no se comportó conforme a la exigencia que funcional y socialmente se le exigía, pues la evitación de la lesión del bien jurídico se encontraba en su propio ámbito de competencia, contribuyendo con su actuar negligente a la disposición indebida del patrimonio estatal a favor del encausado —similares términos fácticos emplea la sentencia condenatoria, a fojas quinientos sesenta y cinco-. De otro lado, y luego de incurrir en error el funcionario encargado y elevar la conformidad de la recepción de más de la mercadería efectivamente recibida, si bien es cierto el encausado no advirtió a la entidad agraviada del referido error, sino que por el contrario presentó una factura por la totalidad de la mercadería, también lo es que la ley no sanciona al que no suprime un error preexistente; la conducta omisiva será punible solo si existe en el agente la obligación de advertir del error a la víctima —posición de garante- no cuando, sin dicho deber, su silencio nada agrega a los hechos. Bacigalupo refiere al respecto que "el problema del aprovechamiento no causado por el sujeto activo lleva a la falta de atipicidad de la conducta, porque no hay una obligación de despejar errores, y tampoco existiría una imputación de la víctima al autor" (BACIGALUPO, Insolvencia y delito. Ed. Depalma, Buenos Aires, p. cuarenta y cinco). Sin embargo, en el caso de autos la presentación de la factura con la totalidad del producto no resulta relevante a efecto de causar o mantener en error a la administración pública, pues, en este caso, la causalidad de la disposición patrimonial viene dado primordialmente por la



conformidad de la recepción total de la mercadería; en nada sobre afecta al mantenimiento del error, con efectos típicos, la presentación de una factura que confirma el error incurrido. En razón de lo expuesto, y porque la conducta desplegada después de la emisión de la conformidad de la mercadería no reviste de la trascendencia del engaño típico exigido por el artículo ciento noventa y seis del Código Penal, es del caso absolver al encausado del ilícito atribuido; no obstante, la declaración de absolución no lo exime de sus obligaciones resarcitorias, que en la vía civil y administrativa, corresponda determinar por su conducta desplegada, ajena a esta vía penal de modo autónomo. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas quinientos sesenta y uno, de fecha veintidós de junio de dos mil siete, en cuanto absolvió a Arturo Hermes Gómez Chiroque de la acusación formulada en su contra por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de peculado culposo, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Lambayeque, y en cuanto absolvió a Javier Armando Arbulú Buchacher de la acusación por el delito contra la Fe Pública en la modalidad de falsedad genérica, en agravio del Estado; **HABER NULIDAD** en la misma sentencia en cuanto condenó a Javier Armando Arbulú Buchacher como autor del delito contra el Patrimonio, en la modalidad de estafa, en agravio de la Dirección Regional de Salud de Lambayeque, y como tal le impusieron cuatro años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, y fijó tres mil nuevos soles por concepto de reparación civil que debía pagar a favor de la entidad agraviada, y **reformándola** lo absolvieron de la acusación fiscal por el citado delito en perjuicio del mencionado agraviado; **DISPUSIERON:** se anulen los antecedentes policiales y judiciales que al respecto se hayan generado. **Mandaron** se archiven los autos definitivamente; y los devolvieron. Intervinieron el señor Juez Supremo Calderón Castillo por impedimento del señor Juez Supremo Rodríguez Tineo y el señor Juez Supremo Santa María Morillo por licencia del señor Juez Supremo Neyra Flores.-

S.S.

BIAGGI GÓMEZ

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO