

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA

RECURSO DE CASACIÓN NCPP N.º 1186-2017/LIMA

PONENTE: JOSÉ LUIS LECAROS CORNEJO

Inadmisibilidad del recurso de casación

Sumilla: Este Tribunal Supremo considera que no resulta de interés casacional los argumentos expuestos por la parte recurrente.

CALIFICACIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de marzo de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado Alberto Hart Potesta, contra la resolución de fojas ochenta y cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis, que confirmó la resolución número cinco, de fojas cuarenta y tres, del veintiséis de setiembre de dos mil dieciséis, emitida por el Juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, en el extremo que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del citado encausado, en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de Peculado, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo Lecaros Cornejo.

CONSIDERANDO

Primero. Según la acusación fiscal de fojas dos, se atribuye a Alberto Hart Potesta, haberse apropiado de fondos públicos, por un monto de cuarenta y cuatro mil ciento cuarenta y dos euros con veinte centavos, según se señala en los Informes DCE N.º 01-2010 y DCE N.º 02-2010, del diez de agosto y veintinueve de octubre de dos mil diez, respectivamente, por concepto de retiro de dinero en efectivo y en gastos personales. Para ello, utilizó la tarjeta de crédito visa N.º 4779-1370-3006-9430, lo que habría obtenido indebidamente a su nombre (sin que legalmente le corresponda y por tanto, sin conocimiento ni autorización de las autoridades competentes) y con cargo a la cuenta de la Embajada del Perú en Alemania,

RECURSO DE CASACIÓN NCPP N.º 1186-2017/LIMA

efectuando retiros de dinero en efectivo por un monto de treinta y siete mil quinientos treinta y nueve euros con veinticinco centavos, para fines personales; así como realizó gastos y/o consumos personales (restaurantes, compras en tiendas comerciales y supermercados), como supuestos gastos oficiales que no acredita, además de retiros de dinero en el extranjero; todo esto por un monto total de seis mil seiscientos dos euros con noventa y cinco centavos, los cuales luego fueron cubiertos con sobregiros de la cuenta de gastos ordinarios de la misión.

Circunstancias precedentes: Mediante Resolución Ministerial N.º 141, del cinco de marzo de dos mil cuatro, Alberto Hart Potesta, fue trasladado a prestar servicios en la Embajada del Perú en la República Federal de Alemania, asumiendo el cargo de Jefe de cancillería-administrador de fondos de dicha Embajada, desde el mes de mayo de dos mil catorce hasta el mes de agosto de dos mil nueve.

La Embajada de Perú en la República Federal de Alemania solicitó el veintinueve de diciembre de dos mil seis, la tarjeta de crédito visa N.º 4779 1370 3006 9430, a nombre del Ministro SDR Alberto Hart Potesta, con el añadido "Embajada del Perú". Dicha tarjeta fue expedida en enero del dos mil diecisiete y se utilizó hasta el cuatro de agosto de dos mil nueve.

Circunstancia concomitante: Hart Potesta utilizó la tarjeta de crédito N.º 4779 1370 3006 9430, efectuó retiros de dinero en efectivo por un importe de treinta y siete mil quinientos treinta y nueve euros con veinticinco centavos, realizando gastos y/o consumos personales, además de retiros de dinero en el extranjero; por un monto total de seis mil seiscientos dos euros con noventa y cinco centavos.

El treinta y uno de marzo de dos mil diez, Hart Potesta efectuó un depósito de veintidós mil ochocientos ochenta y ocho euros con cincuenta y tres centavos, a la cuenta de la Embajada de Perú en la República de Alemania. En el mensaje L-Berlín 20100289, del diecisiete de abril de dos mil diez, la Embajada de Perú en la República Federal de Alemania comunicó a la Dirección General de Administración de la Cancillería, que existía un desbalance entre el superávit de las cuenta documentadas y la conciliación bancaria del cuarto trimestre del año dos mil nueve, el mismo que se habría originado en administraciones anteriores.

Con Memorándum (DGA) N.º DGA 1556/2010 del veintisiete de abril de dos mil diez, la Dirección General de Administración solicitó al ministro SDR Alberto Hart Potesta

RECURSO DE CASACIÓN NCPP N.º 1186-2017/LIMA

que informe los motivos del depósito antes referido, señalando el ciudadano en mención que dicho depósito corresponde a los fondos que utilizó cuando las necesidades institucionales así lo ameritaron para cubrir gastos de los programas, particularmente de la promoción cultural de la referida Misión, señalando que no contaba con los recibos que lo acreditaran, pero que asumía personalmente dichos gastos.

Circunstancias posteriores: La Dirección de Gestión del Servicio Exterior remitió mediante Memorándum (GSE) N.º GSE0591/2010 del diez de agosto de dos mil nueve, el Informe (DCE) N.º 01-2010 del diez de agosto de dos mil diez, elaborado por el Departamento de Revisión de Cuentas del Servicio Exterior, relacionado con el depósito de veintidós mil ochocientos ochenta y ocho euros con cincuenta centavos, a la cuenta de la Misión de Perú en Alemania, efectuado por Hart Potesta del treinta y uno de marzo de dos mil diez. En dicho memorándum se señala que los fondos utilizados provinieron de retiros en efectivo realizados con la tarjeta de crédito visa de la Misión. Estos retiros se produjeron entre noviembre de dos mil siete y junio de dos mil nueve por un monto de treinta y cinco mil trescientos ocho euros con sesenta y tres centavos. Por otro lado, se menciona que, adicionalmente al citado depósito, durante el año dos mil nueve, el referido funcionario diplomático realizó otros depósitos a la misma cuenta por un monto de doce mil trescientos veintisiete euros con noventa y nueve centavos, reintegrándose así un total de treinta y cinco mil doscientos dieciséis euros con cincuenta y dos centavos entre el uno de abril de dos mil nueve y el treinta y uno de marzo de dos mil diez.

En el Memorándum N.º DGA 3408/2010, del veintinueve de octubre de dos mil diez, la Dirección General de Administración elevó al despacho del secretario general el Informe DCE N.º 02-2010, del veintinueve de octubre de dos mil diez, el cual tiene por finalidad ampliar la información consignada en el Informe DCE N.º 01-2010. En dicho documento se señala que la evaluación a los estados de cuenta bancaria de la tarjeta de crédito visa emitida a nombre de Hart Potesta, con el N.º 4779137030069430, consistió en conciliar los mismos con los estados bancarios de la cuenta corriente de funcionamiento y gestión de la Misión, a fin de verificarlos con los comprobantes de gastos que se encuentran rendidos en la cuenta documentada esa Misión. El informe concluye señalando que para el periodo comprendido entre enero de dos mil siete y agosto de dos mil nueve, Hart Potesta

dispuso con la citada tarjeta de crédito un total de cuarenta y cuatro mil ciento cuarenta y dos euros con veinte centavos, por concepto de gastos varios y retiro en efectivo y efectuó diversos reintegros que en total ascendieron a cuarentaiún mil cuatrocientos setenta y cinco euros con cuarenta y nueve centavos, precisándose aun la deuda existente de dos mil seiscientos sesenta y seis euros con setentaiún centavos.

Los depósitos no fueron registrados ni informados oportunamente en las cuentas documentadas de esa Misión.

Con Memorándum S/N, del quince de junio de dos mil diez, Hart Potesta presentó su descargo manifestando que los mencionados depósitos obedecieron a que los fondos fueron utilizados cuando las necesidades institucionales así lo ameritaron, para cubrir gastos de los programas de promoción cultural de la Embajada de Perú en Alemania; sin embargo, no es posible verificar el fin que recibieron dichas sumas de dinero ni las rendiciones de cuenta efectuadas periódicamente ni de los descargos presentado por Hart Potesta.

De igual modo, el doce de marzo de dos mil quince, la Unidad de Revisión de Cuentas del Ministerio de Relaciones Exteriores emitió el Informe (UCE) 008/2015, mediante el cual se informó que Hart Potesta habría cancelado la totalidad de la deuda pendiente sobre los hechos materia de la presente investigación.

Segundo. La doctrina define a la casación como un recurso extraordinario y limitado, porque su procedencia debe ser verificada por las causales taxativamente previstas en la Ley; cuyo ámbito de aplicación comprende la correcta aplicación del derecho material, la observancia de las normas del debido proceso y, sobre todo, la producción de la doctrina jurisprudencial que unifique los criterios de los tribunales de justicia.

Tercero. La admisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo 428 del Código Procesal Penal y normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido. Los presupuestos objetivos para la admisibilidad del recurso de casación están señalados en el artículo 427 del Código acotado.

Cuarto. El inciso cuatro, del artículo 427 del Código Procesal Penal, establece de manera excepcional, la procedencia del recurso de casación respecto de resoluciones distintas a las contempladas en los incisos uno y tres, y a las

limitaciones previstas en el inciso dos de dicha norma, indicando que su procedencia extraordinaria queda siempre condicionada a la discrecionalidad de la Sala Suprema Penal, en tanto considere necesario para un mejor desarrollo y uniformidad de la doctrina jurisprudencial; para cuyo efecto, el impugnante debe consignar adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende -conforme con el inciso tercero, del artículo 430 del Código Procesal Penal- y corresponde a la Sala de Casación determinar si existe en puridad un verdadero interés casacional.

Quinto. Conforme lo establecido en el artículo 430, numeral 6, del Código Procesal Penal, corresponde a este Supremo Tribunal decidir si el auto concesorio del recurso de casación está arreglado a derecho y, por tanto, si procede conocer el fondo del asunto.

Sexto. La resolución cuestionada es la resolución de fojas ochenta y cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis, que confirmó la resolución de fojas cuarenta y tres, del veintiséis de setiembre de dos mil dieciséis, emitida por el Juez del Primer Juzgado de Investigación preparatoria Especializado en Delitos cometidos por Funcionarios Públicos de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa técnica del encausado Alberto Hart Potesta.

Séptimo. En el presente caso, no se cumple con el principio rector de gravedad de la pena en su extremo mínimo, pues el encausado Alberto Hart Potesta está siendo procesado por el delito contra la administración pública-peculado, previsto en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, que establece la pena no menor de dos ni mayor de ocho años, por lo cual su extremo mínimo no es superior a seis años; por lo que debe constatarse la necesidad del desarrollo de la doctrina jurisprudencial, para lo cual el recurso del casacionista debe contener una carga extra de justificación, interpretada como "interés casacional".

Octavo. La defensa técnica del encausado Alberto Hart Potesta en su recurso formalizado de fojas quince sostiene que interpone recurso de casación conforme a lo previsto en el artículo 427 inciso 4 del Código Procesal Penal, referida a las causales del artículo 429 incisos 1 y 3 del citad Código. Indica que fue trasladado a la Embajada de Perú en la República Federal de Alemania, en calidad de Jefe de Cancillería-Administrador de Fondos de la referida embajada. Debido a que existían diversas actividades, se planteó el uso de tarjetas de crédito para financiar

los gastos que no podían ser cubiertos por la asignación de bienes y servicios, particular y especialmente los programas de promoción cultural. De no haberse recurrido al crédito de una tarjeta, se habría incurrido prácticamente en la paralización de actividades de la Embajada. El veintinueve de diciembre de dos mil seis, la Embajada solicitó una tarjeta de crédito al banco Deutsche Bank de Alemania. La solicitud de la mencionada tarjeta fue suscrita y autorizada por el Jefe de Misión, titular de la cuenta bancaria de la Embajada peruana en Alemania. El Jefe de Misión tuvo pleno conocimiento de la tramitación de dicha tarjeta, no pudiendo haber existido acto subrepticio o conducta realizada a espaldas de dicho Jefe y/o autoridades. Dicha tarjeta fue expedida a nombre del encausado Alberto Hart Potesta. Se usaba de dos formas distintas: i) retiros en efectivo. ii) Consumos. Existen algunos gastos no oficiales correspondientes a gastos personales del encausado, los cuales se suscitaron en ocasiones extraordinarias y que fueron realizados sin intención alguna de emplear la tarjeta de crédito de la Embajada, toda vez que el plástico de esta es idéntico al de la tarjeta de crédito personal del encausado. Dichos gastos también fueron reintegrados. Existe informe de parte del departamento de revisión de cuentas de Servicio que da cuenta del reintegro correspondiente. En la que se indica que realizó dos depósitos de ascendente a la suma total de treinta y cinco mil doscientos dieciséis euros con cincuenta y dos centavos. El depósito final realizado el treinta y uno de marzo de dos mil diez, saldó en su totalidad los montos reportados en los estados de cuenta de la tarjeta. Estos depósitos en forma de reintegros se encuentran permitidos por el reglamento para la administración de la asignación de misiones en el exterior. Se le imputó haber infringido lo prescrito en el inciso f) del artículo 28 del decreto legislativo N.º 276, el cual prohíbe la utilización de bienes de la entidad en beneficio propio o de terceros. Se ha vulnerado su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, la debida motivación de las resoluciones judiciales y el principio de legalidad. Si bien la Sala de Apelaciones ha cumplido con mostrar los fundamentos y considerandos sobre las que llega a una decisión, esta de ninguna manera cumple con abordar el objeto de evaluación correspondiente a la resolución de una Excepción de Improcedencia de Acción. La Sala Superior se ha limitado a señalar que las cuestiones objeto de discusión son aspectos de carácter probatorio y que deben ser dilucidadas en juicio oral. Se ha limitado a mencionar el delito de peculado doloso, sin realizar actividad de subsunción alguno en sus considerandos. Es decir, la Sala Superior no ha realizado el examen de tipicidad, ni actividad de

subsunción alguna para poder resolver la pretensión que supone la interposición de una excepción de improcedencia de acción. La motivación expresada por la Sala de apelaciones no está referida a la verificación de la atipicidad de los hechos que se le imputan a su patrocinado ni mucho menos se encuentra dirigida a descartar la tipicidad. Se ha vulnerado el principio de lesividad. La interpretación del delito de peculado doloso a la luz de los hechos que el Ministerio Público atribuye al encausado no es correcta. Es requisito indispensable para la configuración del delito que haya existido apropiación o utilización de bienes o caudales del estado, la Sala no ha definido ni ha argumentado por qué considera que la tarjeta de crédito en sí misma es un bien del Estado. Queda claro que nunca existió una apropiación del dinero de la Embajada por parte del encausado, ni mucho menos existió un alejamiento del patrimonio público de la esfera estatal, por cuanto el dinero fue destinado al financiamiento de las actividades y gastos de la propia Embajada, con el fin de cumplir con los objetivos de la institución.

Respecto a las razones que justifican el desarrollo de doctrina jurisprudencial: indica que es de especial interés que la Corte Suprema de Justicia de la República determine los alcances de la interpretación y aplicación del artículo 387 del Código Penal, a efectos de determinar lo siguiente.

- a) Si la utilización de una tarjeta de crédito (es decir, un crédito) por parte de un funcionario público en el marco de sus funciones, y la automática generación de obligaciones para la entidad estatal, puede ser subsumida en los elementos típicos del delito de peculado, específicamente, si nos encontramos ante la conducta de utilización o apropiación en los términos establecidos en el Acuerdo Plenario 04-2005/CJ-116. En el presente caso se hace necesario determinar específicamente si el empleo para fines personales de la línea de crédito correspondiente a una tarjeta de crédito de titularidad del Estado asignada a un funcionario público puede configurar el elemento típico de apropiación o utilización en el delito de peculado. El análisis sobre la naturaleza de los fondos disponibles en una línea de crédito asignada a un funcionario público y si estos son semejantes a los caudales de titularidad del Estado, propiamente dichos, muy al margen que posteriormente se puedan generar obligaciones civiles en virtud del crédito empleado. El encausado considera que los fondos

RECURSO DE CASACIÓN NCPP N.º 1186-2017/LIMA

disponibles en la línea de crédito de una tarjeta de crédito de titularidad del Estado no pueden ser tratados como equivalentes a caudales cuya titularidad jurídica le corresponde también al Estado, ya que dichos caudales son de la entidad financiera que efectúa el crédito revolvente, lo cual no es otra cosa que un préstamo de la entidad financiera a favor del titular de la tarjeta. Si bien es cierto el uso para fines de índole personal de una tarjeta de crédito es una conducta que potencialmente puede generar perjuicio al Estado debido al pago de las obligaciones generadas, lo cierto es que el encausado canceló íntegramente la deuda generada por el uso de la citada tarjeta de crédito. En consecuencia, no solamente la conducta del encausado no encaja dentro de la estructura típica del delito de peculado toda vez que los caudales disponibles en una tarjeta de crédito no son de titularidad jurídica del Estado sino que además ni siquiera ha existido perjuicio en términos estrictamente civiles o patrimoniales, ya que la deuda generada fue cancelada íntegramente por el encausado.

- b) Consideramos relevante para la doctrina jurisprudencial que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República desarrolle un estándar mínimo de motivación cuando, como sucede en el presente caso, la Sala Superior -al absolver la apelación- confirma la resolución de primera instancia limitándose a evaluar las cuestiones que serían susceptibles de ser abordadas en la etapa probatoria del juicio oral, sin realizar actividad de subsunción alguna respecto del delito imputado, ni atender las implicancias de lo que supone la resolución de una Excepción de Improcedencia de Acción. La motivación expresada por la Sala Superior no está referida a la verificación de la atipicidad de los hechos que se le imputan al encausado, ni mucho menos se encuentra dirigida a descartar esta. Consideramos relevante que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia de la República desarrolle un estándar mínimo de motivación en aquellos casos en los que el Tribunal de Apelación confirma una resolución de primera instancia que declara infundada la excepción de improcedencia de acción, realizando una motivación que no hace referencia a la actividad de subsunción.

Noveno. Conforme con lo expuesto, este Tribunal Supremo considera que no resulta de interés general determinar en el presente caso si el empleo para fines

RECURSO DE CASACIÓN NCPP N.º 1186-2017/LIMA

personales de la línea de crédito correspondiente a una tarjeta de crédito de titularidad del Estado asignada a un funcionario público puede configurar el elemento típico de apropiación o utilización en el delito de peculado; por cuanto, del presente caso se desprende, que es evidente que el dinero producto de la tarjeta de crédito es dinero correspondiente a un crédito financiero a favor del Estado y si un tercero particular lo utiliza para provecho propio se configuraría el delito de Peculado; por lo cual debe declararse inadmisibile este extremo.

Décimo. Respecto a que este Supremo Tribunal desarrolle un estándar mínimo de motivación de las resoluciones judiciales, este Tribunal Supremo considera que tampoco es de interés casacional, por cuanto la ley es clara al respecto y lo solicitado fue recogido en vasta jurisprudencia de la Corte Suprema como por el Tribunal Constitucional. Así, se tiene por ejemplo, La STC Exp. N.º 03433-2013-PA/TC-Lima del dieciocho de marzo de dos mil catorce, STC Exp. N.º 0896-2009-PHC/TC-Lima del veinticuatro de mayo de dos mil diez, Casación N.º 05-2007-Huaura de la Sala Penal Permanente del once de octubre de dos mil siete, fundamento seis; Casación N.º 603-2015-Madre de Dios (alcances de las garantías de la motivación); Casación N.º 482-2016-Cusco; Casación N.º 628-2015-Lima; Acuerdo Plenario N.º 6-2011/CJ-116 (motivación escrita de las resoluciones); entre otras.

Decimoprimer. El artículo 504, apartado 2, del Código acotado, establece que las costas serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio, conforme con el apartado dos, del artículo cuatrocientos noventa y siete, del citado texto adjetivo.

DECISIÓN

Por estas razones, declararon: **NULO** el auto concesorio del recurso de casación de fojas ciento veinticinco, del trece de febrero de dos mil diecisiete. **INADMISIBLE** el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado Alberto Hart Potesta, contra la resolución de fojas ochenta y cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis, que confirmó la resolución número cinco, de fojas cuarenta y tres, del veintiséis de setiembre de dos mil dieciséis, emitida por el juez del Primer Juzgado de Investigación Preparatoria, en el extremo que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del citado encausado, en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de Peculado, en agravio del

RECURSO DE CASACIÓN NCPP N.º 1186-2017/LIMA

Estado. **CONDENARON** al imputado al pago de las costas del recurso desestimado de plano y **ORDENARON** su liquidación al Secretario del Juzgado competente. **III.DISPUSIERON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal Superior. **HÁGASE** saber a las partes procesales apersonadas en esta Sede Suprema.

Intervino el señor juez supremo Brousset Salas, por vacaciones del señor juez supremo Salas Arana.

S. S.

LECAROS CORNEJO

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

BROUSSET SALAS

JLLC/rmcz