



Infundada por Indebida motivación

Sumilla. El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente se incurra en una resolución judicial, constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del mencionado derecho. En este caso, la Sala Penal expresó una motivación jurídica suficiente destinada a sostener la atipicidad de las conductas imputadas, pues consideró que se tratan de actos preparatorios del delito de peculado por apropiación y estos no son punibles, salvo que por sí solos constituyan delitos autónomos.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, veintiséis de agosto de dos mil diecinueve

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación, interpuesto por la **FISCAL SUPERIOR DE LA FISCALÍA SUPERIOR PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS DEL DISTRITO FISCAL DEL CALLAO**, contra el auto de vista del dieciséis de agosto de dos mil dieciséis (foja 435), emitido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao, que confirmó el auto de primera instancia del once de abril de dos mil dieciséis (foja 364) que declaró **fundado el pedido de sobreseimiento de la defensa técnica de José Julián García Santillán**, respecto al Hecho N.º 1 en el cual se le atribuyó ser autor de tentativa del delito de peculado, en perjuicio del Estado; con lo demás que contiene.

Intervino como ponente la jueza suprema **CASTAÑEDA OTSU**.

CONSIDERANDO

HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

Primero. El fiscal superior de la Fiscalía Superior Penal Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal del Callao formalizó acusación (foja 2 del Tomo I) contra José Julián García Santillán (autor) de tentativa del delito



de peculado, y contra Jesús Berardo Roncal Ruiz (cómplice primario), por dos hechos, siendo competencia del presente recurso solo el Hecho N.º 1, referido a la actividad de "Mejoramiento de cancha deportiva y área recreativa en la Escuela de Talentos-Institución Educativa Pública N.º 5143", hasta por un monto de S/ 358 354,98. En este sentido, se refirieron los siguientes hechos:

1.1. Sussan Katherin Nieves Bustillos, mediante Memorando N.º 080-2012-CAFED/GIE-SKN, del veintiocho de agosto de dos mil doce, informó a la **Gerencia de Infraestructura Educativa de CAFED-CALLAO**, a cargo del denunciado **Jesús Berardo Roncal Ruiz**, que la "Instrucción Educativa N.º 5143 Escuela de Talentos", contaba con una infraestructura que se encontraba en inadecuadas condiciones; por lo que, recomendó proceder a darle el debido mantenimiento. En la misma fecha, mediante Memorando N.º 325-2012-CAFED/GIE, la Gerencia de Infraestructura remitió a la Gerencia de Administración, a cargo de Carlos Solís Gayoso, los términos de referencia, con su respectiva memoria descriptiva, especificaciones técnicas (en las que se precisaba, entre otras cosas, que la Escuela de Talentos no contaba con una cancha deportiva de césped sintético para la práctica del deporte y que presentaba una losa de concreto en mal estado en lo que respecta a su superficie), estructura de costos y cuadro analítico de la actividad denominada "Escuela de Talentos-Institución Educativa Pública N.º 5143, Perú Fase N.º 1", para la prestación de servicios "Mejoramiento de cancha deportiva y área recreativa en la Escuela de Talentos".

1.2. Luego de diversos trámites administrativos, mediante la Resolución Gerencial General N.º 906-2012-CAFED/GG, del veinte de diciembre de dos mil doce, el imputado José Julián García Santillán, en su condición de gerente general del CAFED-CALLAO, aprobó el expediente de la Actividad "Escuela de Talentos-Institución Educativa Pública N.º 5143, Perú-Fase N.º 1, para la prestación de servicios "Mejoramiento de cancha deportiva y área recreativa en la Escuela de Talentos" por un monto de S/ 358 354,98, el mismo que, según expresó debió incorporarse en el Plan Institucional de Apertura-2013, con cargo a la fuente de financiamiento: recursos determinados; asimismo, aprobó



el presupuesto analítico desagregado, los términos de referencia y las especificaciones técnicas.

1.3. Posteriormente, el veinticinco de abril de dos mil trece, el imputado Roncal Ruiz, en su calidad de gerente de Infraestructura Educativa, a través del Memorando N.º 1200-2013-CAFED/GIE, solicitó a Mario Martín Aliaga Mena, gerente de Planificación y Presupuesto, que genere la certificación presupuestal para la referida actividad. En respuesta a ello mediante el Memorando N.º 638-2013-CAFED/GPP, del seis de mayo de dos mil trece dirigido a Roncal Ruiz, expidió la certificación de crédito presupuestario con fuente de financiamiento de recursos determinados.

1.4. Continuando con diversos trámites, el veintiocho de mayo de dos mil trece se instaló el comité especial de contratación y se elaboró el proyecto de bases. El veinticinco de junio de dos mil trece, se declaró desierta la adjudicación directa pública, toda vez que no encontró propuesta válida. Por último, el siete de julio de dos mil trece, se publicó en la página del SEACE, la Resolución de Gerencia N.º 761-2013-CAFED, del cinco de julio de dos mil trece, mediante la cual se declaró la cancelación del proceso de selección del servicio de Adjudicación Directa Pública N.º 001-2013-CAFED, consignando que dicha decisión se tomó debido a que el presupuesto asignado para el presente servicio fue destinado a ejecutar servicios de emergencia en otras instituciones educativas, las cuales se encontraban a punto de colapsar.

1.5. En consecuencia, se imputó a José García Santillán que en su condición de gerente general del Comité de Administración del Fondo Educativo del Callao-CAFED, el haber pretendido apropiarse de fondos públicos, queriendo apartarlos de la esfera de Administración Pública para colocarlos en situación de disponer de los mismos y así transferirlos al ámbito privado, Para ello contó con participación de Jesús Berardo Roncal Ruiz, gerente de infraestructura.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Segundo. De los actuados remitidos por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior del Callao, se tiene los siguientes actos relevantes:



2.1. Mediante la Resolución N.º 33, del once de abril de dos mil dieciséis (foja 364 del Tomo I), el Juzgado de Investigación Preparatoria del Callao, declaró fundado el pedido de sobreseimiento de la defensa técnica de García Santillán (autor), por el Hecho N.º 1, precisando en la acusación fiscal por el delito de tentativa de peculado.

2.2. En esencia, señaló que los hechos imputados solo fueron actos tendientes a crear las condiciones del fin propuesto –apropiación-, más no actos de inicio de consumación del delito, al no haberse llegado a la fase de ejecución contractual, etapa en la que se dieron los desembolsos de dinero y se generaron las condiciones para su apropiación. Pues, fue en dicha etapa contractual en la que se pudieron haber producido las circunstancias idóneas para la producción del delito. Por tanto, los actos imputados no pueden ser considerados como actos de tentativa de peculado.

2.3. El fiscal provincial interpuso recurso de apelación. Mediante la Resolución N.º 42, del dieciséis de agosto de dos mil dieciséis (foja 435 del Tomo II), la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao, confirmó la decisión y declaró fundado el sobreseimiento.

2.4. Precisó en su considerando décimo que, antes de resolver si las conductas atribuidas a los procesados son actos de preparación o por el contrario actos de inicio de ejecución del delito de peculado, dependería de la postura que se adopte respecto a los criterios de delimitación que se planteasen. Su posición fue asumir las pautas expuestas por la teoría objetiva-subjetiva. Así, indicó que las conductas imputadas estaban enmarcadas dentro de un proceso de contratación pública, en la fase de programación y de actos preparatorios, que se caracteriza porque las actuaciones que se despliegan dentro de ella permanecen en el interior de la entidad convocante; vale decir, no se desarrolla acto alguno que suponga la exteriorización del proceso. En ese sentido, el comportamiento imputado no superó la frontera de actos preparatorios; por lo que, son atípicas e impunes.



ÁMBITO DE PRONUNCIAMIENTO DE ESTA SALA SUPREMA

Tercero. Conforme a la ejecutoria suprema del veinticinco de enero de dos mil dieciocho (foja 47 del cuaderno de casación), se concedió el recurso de casación excepcional, por la causal prevista en el inciso 4, artículo 429, del CPP, para el desarrollo jurisprudencial de dos temas: **i)** determinar si la conducta administrativa efectuada, por los imputados constituyen actos preparatorios o de ejecución del delito de peculado. Y, si se establece que estos serían actos preparatorios, entonces, definir si los mismos son o no relevantes en el ámbito del derecho penal. **ii)** Determinar el modo de proceder en la etapa intermedia ante la atipicidad de los hechos imputados, de conformidad con lo previsto en el inciso 2 artículo 344 y el inciso 4, artículo 352, del CPP.

Cuarto. Luego de la admisión del recurso de casación, el expediente se puso a disposición de las partes por el plazo de diez días. Mediante decreto del veinte de marzo de dos mil diecinueve (foja 57 del cuadernillo), se fijó fecha para la audiencia de casación el cuatro de julio de dos mil diecinueve. En dicha fecha se realizó la audiencia con la concurrencia del fiscal adjunto supremo en lo penal. Su desarrollo consta en el acta correspondiente.

Quinto. Concluida la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta. Luego del debate, se efectuó la votación, en la que se obtuvo los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se efectúa el día de la fecha.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sexto. Corresponde precisar que la casación excepcional –inciso 4, artículo 427, del CPP–, está vinculado directamente con el fin nomofiláctico del recurso de casación, radicando allí su legitimación material. Acorde a ello, la Corte Suprema mediante la Queja NCPP N.º 66-2009-La Libertad señaló en esencia que existen dos grandes supuestos que justifican la existencia de desarrollo de doctrina jurisprudencial: **i)** La primera, es la necesidad de unificar interpretaciones contradictorias, afirmación de la inexistencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial,



frente a decisiones contrapuestas emitidas por tribunales inferiores; y, la definición de un sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada, pero de especiales connotaciones jurídicas. **ii)** La segunda, es la obtención de una interpretación correcta de normas específicas de derecho penal y de derecho procesal penal. A ello hay que agregar que esta interpretación sea de un interés general y no solo aplicable a un caso concreto.

FASES DEL ITER CRIMINIS O ITINERARIO DEL DELITO

Sétimo. El proceso de un delito comprende: la fase interna –no punible–; constituida por la ideación, esto es, el proceso mental del sujeto que termina con la toma de decisión de cometer el delito; y, la fase externa; constituida por: a) los actos preparatorios (el autor dispone de los medios elegidos con el objeto de crear las condiciones para lograr el fin que se propone. Esta conducta es generalmente atípica y en consecuencia impune; salvo que las acciones preparatorias por sí solas constituyan un tipo penal autónomo); b) ejecución (el agente empieza a utilizar los medios previstos para lograr cometer su plan delictivo); c) consumación (se verifica la realización completa de todos los elementos del tipo penal); y d) agotamiento (el agente logra satisfacer fines específicos).

Octavo. Es de advertir que, en la etapa de ejecución del delito, sin consumarlo, ya sea por causas voluntarias o extrañas a él, es donde se puede generar la tentativa del delito, previsto en el artículo 16 del Código Penal (CP).

SOBRE EL DELITO DE PECULADO DOLOSO POR APROPIACIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 387 DEL CÓDIGO PENAL

Noveno. El delito de peculado doloso se encuentra regulado en el primer párrafo, artículo 387, del CP, que textualmente refiere que: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años [...]”¹

¹ Vigente a la fecha de los hechos ocurridos en el dos mil doce.



Décimo. El análisis de la estructura típica del delito de peculado ha sido desarrollado en la jurisprudencia de esta Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116², se señaló en esencia que:

10.1. El sujeto activo no solo tiene la condición de funcionario o servidor público, sino además, ostenta un vínculo funcional con los caudales o fondos del Estado³ debiendo entenderse por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.

10.2. Asimismo, la percepción no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia que importa la típica posesión e implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

10.3. Los verbos rectores de la conducta típica en el delito de peculado, son: **i)** apropiación o **ii)** utilización. En el primer supuesto estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

Es de precisar que, la ejecución de dichos verbos rectores se tendrá que dar de manera dolosa a efectos de que se subsuman los hechos en el primer párrafo y no en el último del artículo 387, en el cual se regula la modalidad culposa del delito de peculado.

² Del 30 de setiembre de 2005. Asunto: definición y estructura típica del delito de peculado, artículo 387 CP.

³ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima, 2003. pp.281-282.



10.4. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apoderándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Por último, se refiere que la conducta típica recae sobre caudales y efectos. Los primeros, son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Y, los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Decimoprimer. Es de advertir que el delito de peculado se consuma cuando el sujeto activo incorpora a su dominio personal los caudales públicos, haciéndolos suyos. Es decir, es un delito de resultado, en consecuencia, admite tentativa. Las acciones que pueden configurar tentativa del delito de peculado deben ser analizadas en cada caso particular.

EL SOBRESEIMIENTO

Decimosegundo. El auto que ordena el sobreseimiento es una resolución jurisdiccional definitiva, emanada del juez de Investigación Preparatoria, mediante la cual se pone fin al procedimiento penal incoado con una decisión que, sin actuar el *ius puniendi*, goza de la totalidad de los efectos de la cosa juzgada; es decir, tiene el mismo alcance que una sentencia absolutoria⁴. El inciso 1, artículo 344, del CPP precisa que el fiscal concluida la Investigación Preparatoria decidirá si requiere el sobreseimiento de la causa. Uno de los supuestos en los que procede el sobreseimiento y amerita comentario por el caso concreto, es cuando el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad, previsto en el literal b, inciso 2, del citado artículo.

Decimotercero. El sobreseimiento también puede ser solicitado por la defensa o de oficio por el juez durante la audiencia preliminar de acusación. Asimismo, conforme lo indica el inciso 4, artículo 452, del CPP, cuando concurren los requisitos establecidos en el inciso 2 artículo 344, siempre que resulten

⁴ Cfr. SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPECCP-CENALES, 2015, p. 375



evidentes y no exista razonablemente la posibilidad de incorporar en el juicio oral nuevos elementos de prueba.

Decimocuarto. Dada la similitud existente entre el supuesto de sobreseimiento regulado en el literal b, inciso 2, artículo 344, y la excepción de improcedencia de acción, prevista en el literal b, inciso 1, artículo 6, del CPP; es necesario precisar que se tratan de instituciones procesales diferentes, que pueden ser accionadas por sujetos procesales diferentes. Así, en la excepción de improcedencia de acción, el sujeto legitimado es el imputado, además del tercero civil; y en el sobreseimiento es el fiscal, además el imputado y el juez de oficio como se anotó. Asimismo, ambas figuras procesales pueden plantearse durante la etapa intermedia, al momento de absolver la acusación. Sin embargo, solo las excepciones se pueden interponer una vez que el fiscal haya decidido continuar con las investigaciones preparatorias o al contestar la querrela.

Decimoquinto. Adviértase que en la decisión de sobreseimiento por atipicidad, se emite una decisión resolutive de fondo planteada una vez finalizada la investigación preparatoria, porque requiere realizar operaciones probatorias, para afirmar una causa de resolución del conflicto. En cambio, la excepción es incidental, y como medio de defensa técnico tiene por finalidad discutir la relevancia penal del hecho que se imputa, de manera previa a cualquier actividad probatoria⁵.

ANÁLISIS DEL CASO

Decimosexto. La Sala Penal de Apelaciones consideró que los hechos que se imputaron a los procesados José Julián García Santillán –autor–; y, a Jesús Berardo Roncal Ruiz –cómplice primario– no configuraron tentativa del delito de peculado (véase fundamentos esenciales en los considerandos 2.4 y 2.5) y frente a ello el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación excepcional, el cual fue declarado bien concedido en el marco de la causal

⁵ Acuerdo Plenario N.º 2-2012/CJ-116



del inciso 4, artículo 427, del CPP; es decir, por una presunta vulneración a la garantía constitucional de debida motivación.

Decimoctavo. En ese sentido, es de precisar que la debida motivación de las resoluciones judiciales está consagrada como una garantía de carácter constitucional; en el inciso 5, artículo 139, de la norma fundamental. Entre las normas que lo desarrollan se encuentran, entre otros, el artículo 12, de la Ley Orgánica, del Poder Judicial, así como en los incisos 3 y 4, artículo 394, del CPP, como requisito de una sentencia.

Este derecho es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente una violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales⁶.

Decimonoveno. El razonamiento expresado en el auto impugnado se basa en afirmar que conforme los hechos imputados en el caso concreto, la serie de actos administrativos, que se llevaron a cabo en el marco de una contratación pública nunca llegaron más allá de la fase de selección. Concluyendo por ello, que el dinero que se imputó de querer apropiarse, nunca estuvo fuera de la esfera de control de la Administración Pública; por lo que, los actos imputados a lo sumo podrían ser calificados como actos preparatorios del delito de peculado, los cuales no son punibles.

Vigésimo. En ese sentido, se puede advertir que tanto el auto de primera (foja 364) como el de segunda instancia (foja 435), expresó una motivación jurídica suficiente a efectos de sustentar su decisión de declarar fundada la solicitud de sobreseimiento por el Hecho N.º 1 –tentativa de peculado–. En ese sentido, el recurso de casación deviene en infundado.

⁶ EXP. N.º 0896-2009-PHC/TC, fundamento jurídico N.º 7



DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

- I. **INFUNDADO** el recurso de casación, interpuesto por la **FISCAL SUPERIOR DE LA FISCALÍA SUPERIOR PENAL ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS, DEL DISTRITO FISCAL DEL CALLAO**, contra el auto de segunda instancia del dieciséis de agosto de dos mil dieciséis.
- II. **NO CASARON** el citado auto de segunda instancia, que confirmó el auto de primera instancia del once de abril de dos mil dieciséis que declaró **fundado el pedido de sobreseimiento de la defensa técnica de José Julián García Santillán** (autor), respecto al Hecho N.º 1, en el cual se le atribuyó tentativa del delito de peculado, en perjuicio del Estado; con lo demás que contiene.
- III. **DISPONER** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública.
- IV. **MANDAR** se remita la causa a la Sala Superior de origen para su debido cumplimiento, y que se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

QUINTANILLA CHACÓN

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

SYCO/scd