



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

Lima, veintisiete de febrero de dos mil trece.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra la sentencia del veintinueve de septiembre de dos mil once, obrante a fojas cuatro mil ciento diez, en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a Gaspar Salcedo Gutiérrez, por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de Malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad provincial de Andahuaylas y el Estado y el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Aquiles Pozo Sálazar, contra la misma sentencia, en el extremo que lo condena como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de Peculado doloso, en calidad de autor, en agravio de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas y el Estado, imponiéndole cuatro años de pena privativa de libertad de ejecución suspendida, por el período de prueba de dos años, e inhabilitación por dos años, conforme al artículo treinta y seis, incisos uno y dos del Código Penal; fijó en diez mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán abonar los sentenciados; de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo Adjunto en lo Penal; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; y, CONSIDERANDO:

PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD:

1. Que, la defensa técnica del sentenciado Pozo Salazar, a fojas cuatro mil ciento cuarenta, señala que no se han meritado las declaraciones testimoniales de: i) Lido Serapio Flores Coronado, obrante a fojas tres mil trescientos dos; ii) Juan Francisco Buleje Zambrano, obrante a fojas dos mil doscientos sesenta y siete; iii) Saturnino Minaya Rivera, obrante a fojas tres mil trescientos cinco; iv) Antioco Hurtado Andia, obrante a fojas tres mil trescientos diecisiete; v) Marcial Gutiérrez Palomino, obrante a fojas tres mil trescientos diecinueve; vi) Filio Gustavo Ballón Arestegui, obrante a fojas tres mil trescientos



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

veintiuno, que sostienen que los pagos de horas extras estaban autorizados desde la época del alcalde Villanueva Núñez, pagándoles a los trabajadores por las horas extras que laboraban, a lo cual tienen derecho, porque así la Constitución Política del Estado se los confiere. Además, la conducta que se le imputa es atípica, por cuanto el hecho de que supuestamente haya entregado dinero al margen de las normas presupuestales, no configura el delito de peculado, porque este sanciona penalmente a quien se apropia, utiliza, para sí o para otro, los caudales del Estado.

1.2. El representante del Ministerio Público, interpuso y fundamentó su recurso de nulidad a fojas cuatro mil ciento cuarenta y siete, en el extremo que absolvió al encausado Gaspar Salcedo Gutiérrez, por la comisión del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de Malversación de Fondos, esgrimiendo que no se ha tomado en cuenta el Informe Especial número cero cincuenta y nueve guión dos mil seis guión CG oblicua ORCU, de la Contraloría General de la República, obrante a fojas tres y siguientes, debidamente ratificado a fojas tres mil doscientos cuarenta y cinco y las pericias, donde se establece que en su condición de Jefe de Tesorería y Contabilidad del Municipio autorizó comprobantes de pago con mayores transferencias de recursos destinados para gastos de capital a gastos corrientes, acciones que ocasionaron en exceso mayores importes en gastos corrientes, dejándose de cutar cuatro obras programadas, por la Municipalidad, por un monto total de treinta y cuatro mil doscientos veintiocho nuevos soles.

SEGUNDO: IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA:

Según la acusación fiscal, obrante a fojas tres mil sesenta y ocho, y que es materia de recurso:

2.1. Se le imputa al procesado Gaspar Salcedo Gutiérrez (ex jefe del área de tesorería y contabilidad), el delito contra la Administración Pública, en su



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

modalidad de Malversación de Fondos, previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal, toda vez que conjuntamente con sus coprocesados, durante su gestión en el año dos mil, haber malversado los fondos de la entidad agraviada, ya que dieron una aplicación distinta a los recursos provenientes del Fondo de Compensación Municipal -FONCOMÚN, por la suma de quinientos cincuenta y cinco mil novecientos ochenta y un nuevos soles con cincuenta y seis céntimos, destinándolos a gastos corrientes en lugar de aplicarlos a los gastos de capital, lo que ocasionó que la administración dejara de atender proyectos programados para la comuna durante el citado año.

2.2. Asimismo, se le imputa al encausado Aquiles Pozo Salazar (ex alcalde del Municipio antes mencionado), el delito de peculado doloso, previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, por cuanto otorgó irregularmente bonificaciones y/o compensaciones a funcionarios y servidores de la entidad agraviada, al margen de las normas presupuestales, durante los períodos dos mil uno y dos mil dos, ocasionando un perjuicio económico por la suma de cuatro mil novecientos nuevos soles.

TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL SUPREMO:

3.1. Que, la doctrina procesal objetivamente ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el Juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal de los encausados, la cual sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear en él tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado de cometer un delito; ello implica, que para ser desvirtuada, se exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad de la



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

procesada, puesto que, los imputados gozan de una presunción *iuris tantum*, por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; asimismo, las pruebas deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado, con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales.

3.2. Asimismo, resulta pertinente precisar conceptos relativos al tipo penal de Peculado doloso, previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal -el cual de conformidad con el Acuerdo Plenario número cuatro guión dos mil cinco oblicua CJ guión ciento dieciséis, de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del treinta de setiembre de dos mil cinco-, se configura cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, esto es, cuando el sujeto activo aparta los caudales o efectos de la esfera de la función de la administración pública o se aprovecha de las bondades del mismo; para ello, se hace necesario que se acredite de forma fehaciente la indebida utilización de los fondos o efectos estatales encomendados, resultando determinante para su corroboración una pericia contable (Recurso de Nulidad número tres mil setecientos noventa y cinco guión dos mil uno, del ocho de abril de dos mil tres, en: SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson, *Delitos contra la administración pública. Jurisprudencia penal*, Jurista, Lima, dos mil cuatro, página doscientos doce). Es decir, para la configuración típica del delito de peculado, deben concurrir los siguientes elementos materiales: **a)** existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; **b)** la percepción (entendida como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero siempre lícita), administración (la cual corresponde a las funciones activas de manejo y conducción) o custodia (la típica posesión, que implica la protección, conservación y vigilancia debida de los caudales y efectos públicos); **c)**



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

la apropiación o utilización (entendida la apropiación como el hacer suyo los caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos y la utilización se refiere el aprovecharse de las bondades que permite el bien -caudal o efecto-, sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero); **d)** el destinatario: para sí o para otro; **e)** caudales y efectos. Por otro lado, el principio de responsabilidad penal, consagrado en el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal, establece que toda forma de responsabilidad objetiva está prohibida, en consecuencia, para determinar que una persona es jurídicamente responsable de la comisión de un delito, no sólo se debe tener en cuenta el resultado, sino que es necesario que su concreta intervención se encuentre acreditada.

3.3. En el presente caso, se advierte que conforme lo detalla el Informe Especial número cero cincuenta y nueve guión dos mil seis guión CG oblicua ORCU, del treinta de mayo del dos mil seis, suscrito por los auditores Eduardo Rosales Villanueva, Paco Toledo Yallico y Mirtha Tisza Ballenas -ratificado conforme se aprecia de la diligencia obrante a fojas tres mil doscientos cuarenta y cinco-, el procesado Aquiles Pozo Salazar suscribió: **i)** La Resolución de Alcaldía número ciento diez guión cero uno, del veinticuatro de mayo de 2001, obrante a fojas dos mil doscientos noventa y tres, mediante el cual otorga una bonificación excepcional por haber desempeñado labores en situación excepcional respecto de las condiciones de trabajo, al contador de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas, el señor a Mauro Ramos Olarte, por el importe de dos mil seiscientos nuevos soles, tal como se acredita con el Comprobante de pago número quinientos treinta y cinco, del veinticuatro de mayo de dos mil uno, obrante a fojas dos mil trescientos veintiuno; **ii)** La Resolución número doscientos cincuenta y uno guión dos mil uno guión AL guión MPA, del veintidós



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

de noviembre de dos mil uno, obrante a fojas dos mil doscientos noventa y siete, mediante el cual regulariza el Memorándum número cero cincuenta y seis guión noventa y nueve guión A guión MPA, dispuesto por el entonces alcalde Edgar Villanueva Núñez (por los trabajos especiales y/o delegados), autorizando y ratificando una compensación mensual de la suma de cuatrocientos nuevos soles al servidor Juan Francisco Buleje Sambrano, lo cual se corrobora con los comprobantes de pago números trescientos trece y quinientos sesenta y ocho, del veinticinco de marzo y veinte de mayo de dos mil dos, obrante a fojas dos mil trescientos veintiséis y mil trescientos veintisiete; **iii)** La Resolución de Alcaldía número ciento diez guión dos mil dos guión MPA guión AL, del diecisiete de mayo de dos mil dos, mediante el cual otorga una bonificación excepcional por haber desempeñado labores en situación excepcional respecto de las condiciones de trabajo, a Paulina Barrientos Quispe (tesorera), por la suma de trescientos nuevos soles y Agapito Leguía Guzmán (Técnico administrativo), por la suma de trescientos nuevos soles, los cuales concuerdan con los Comprobantes de pago números quinientos ochentas ochenta y cuatro y quinientos ochenta y cinco, ambos del veintiuno de mayo de dos mil dos, obrantes a fojas dos mil trescientos veintiocho y dos mil trescientos veintinueve; y, **iv)** La Resolución de Alcaldía número ciento diecisiete guión dos mil dos, del veinticuatro de mayo de dos mil dos, que otorgó a Juan Francisco Buleje Sambrano (Jefe de planificación y presupuesto), a Lucio Monteagudo Salas (servidor) y a Mauro Ramos Olarte (Jefe de contabilidad), el importe de trescientos nuevos soles a cada uno, tal como se verifica de los comprobantes de pago número seiscientos cuarenta y cinco, seiscientos cuarenta y cuatro y seiscientos cuarenta y seis, del treinta de mayo de dos mil dos, obrantes a fojas dos mil trescientos treinta y uno, dos mil trescientos treinta y dos mil doscientos treinta y dos, respectivamente, los cuales hacen un total de cuatro mil novecientos nuevos soles (el monto restante



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

consignado en la acusación fiscal, obrante a fojas tres mil sesenta y ocho, fue entregado por su coprocesado Edgar Villanueva Núñez); en el mismo sentido, concluyó la pericia obrante a fojas tres mil trescientos treinta.

3.4. Asimismo, Juan Francisco Buleje Sambrano -véase su declaración instructiva, obrante a fojas dos mil seiscientos sesenta y siete y su declaración brindada en juicio oral, obrante a fojas cuatro mil sesenta y nueve-, reconoció haber recibido en varias oportunidades bonificaciones y/o compensaciones excepcionales, por haber laborado fuera de la labor ordinaria, precisando que estas bonificaciones han sido entre el trabajador y el titular, porque no había sindicato. De igual forma, el procesado Aquiles Pozo Salazar (alcalde por el período de julio de dos mil uno a diciembre de dos mil dos), a lo largo de todo el proceso -véase su declaración instructiva, obrante a fojas doscientos setenta y uno y su declaración brindada en juicio oral, a fojas cuatro mil treinta y nueve-, indicó que siguiendo el plan de trabajo de su antecesor, el ex alcalde Edgar Villanueva Núñez, suscribió resoluciones de alcaldía en las cuales otorgaba bonificaciones y compensaciones a los trabajadores por horas extras laboradas, los cuales eran en mérito a un informe de la Oficina de personal, asimismo, precisó que sus asesores le informaron que si se podía efectuar esa bonificación y que como no había sindicatos, era una negociación directa entre el trabajador y el titular. Estando a lo expuesto, se advierte que se encuentra acreditado que el procesado en mención entregó bonificaciones y/o compensaciones, a los trabajadores del Municipio, por horas extras trabajadas, en forma irregular (al margen de las normas presupuestales y sin que exista acuerdos de concejo o negociaciones bilaterales); sin embargo, ello no configura el delito de peculado, toda vez que el procesado en mención no se ha apropiado o utilizado en provecho suyo o de terceros los caudales o efectos del Estado; siendo en todo caso una irregularidad administrativa que devenía de la gestión anterior, la cual debió ser ventilada en la vía administrativa; en



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

consecuencia, debe absolverseles de la acusación fiscal, al no configurarse el tipo penal materia de reproche. Tanto más si, el Derecho penal se rige por el denominado principio de intervención mínima, el cual limita la intervención del Estado en su poder de coerción penal, para sancionar conductas antisociales de lesividad intolerables, lo que significa que sólo se debe acudir al Derecho penal, cuando fallan las otras formas jurídicas y sectores del Derecho; sólo se debe apelar al Derecho punitivo como "*ultima ratio legis*" y no para solucionar cualquier controversia o conflicto de intereses o litis expensa, cuando existen otras vías jurídicas de solución de los actos ilegales no punibles; como es el caso de los actos ilícitos civiles, administrativos, laborales, constitucionales, etcétera.

3.5. De otro lado, previo al análisis de la conducta del procesado Gaspar Salcedo Gutiérrez, es menester precisar conceptos relativos al tipo penal de malversación de fondos, previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve, primer párrafo, el cual se configura cuando el funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada. Es decir, para la configuración típica del delito de malversación de fondos, deben concurrir los siguientes elementos materiales: **a)** el sujeto activo debe ser el funcionario o servidor público que tiene disponibilidad jurídica de disponer de forma efectiva o material de los bienes, porque tiene el poder ordenador o dispositivo de dichos bienes. Por ejemplo, en el caso de las municipalidades, este poder ordenador o de disponibilidad jurídica solo lo tiene el alcalde y en determinados casos el gerente general o el gerente de administración. Un funcionario dependiente de las decisiones que por ley le corresponde a otro no puede ser sujeto activo de este hecho punible, aun cuando pueda este tener la administración del dinero o bienes. Este último solo tiene la administración formal, pero sujeta al cumplimiento de las órdenes de quien tiene la facultad de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

disponer de dichos bienes o del dinero del Estado. Se requiere mantener la Administración real con poder de decisión (véase HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *El delito de peculado*, Gaceta Jurídica, Lima dos mil seis página trescientos veintisiete). El sujeto pasivo es el Estado; **b)** El bien jurídico es el interés jurídico de la administración pública en la planificada ejecución de los gastos públicos y la administración correcta del dinero y los bienes del Estado; **c)** El verbo rector en este tipo penal es el de "aplicar" que comprende dos etapas, la primera de decisión o deliberación de los bienes y la segunda de ejecución; en cuanto a las características del tipo, para que la acción pueda ser enmarcada dentro de este tipo penal se requiere que se le dé un destino diferente, pero no debe ser en provecho personal o de un tercero, porque si no configuraría el tipo penal de peculado, además, esos bienes o dinero deben estar expresamente asignados en una partida presupuestal, de no ser el caso es muy difícil la configuración del ilícito, y aunamos a ello, que debe ser definitivo es decir no debe retornar al rubro destinado por la partida presupuestal, siempre que sea dentro del ejercicio presupuestal anual; **d)** El elemento subjetivo, es el dolo, pero resulta suficiente con el dolo eventual (véase ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la administración pública*, Grijley, Lima dos mil siete, página quinientos cincuenta y seis).

3.6. Estando a lo expuesto, se aprecia que si bien el Informe Especial número cero cincuenta y nueve guión dos mil seis guión CG oblicua ORCU, del treinta de mayo del dos mil seis, suscrito por el auditor Eduardo Rosales Villanueva, Paco Toledo Yallico y Mirtha Tisza Ballenas, obrante a fojas uno y siguientes, indicaron que la Municipalidad durante el año dos mil, destinó recursos reservados exclusivamente para gastos de capital en gastos corrientes, hasta por el importe de quinientos cincuenta y un mil novecientos ochenta y un nuevos soles con cincuenta y seis céntimos, los cuales representan un catorce punto cero ocho por ciento más del permitido de los recursos derivados del



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

Fondo de Compensación Municipal – FONCOMÚN, exceso con relación a lo previsto en las normas que regulan el uso de estos recursos (pues solo se permite el treinta por ciento de estos ingresos a gastos corrientes –los cuales para efectos presupuestarios, se refiere a pagos no recuperables y comprende los gastos en planilla, personal activo y cesante, compra de bienes y servicios, y otros gastos de la misma índole. Los destinados al mantenimiento u operación de los servicios que presta el Estado), afectando con ello el cumplimiento de metas relacionadas, específicamente a cuatro obras programados en un monto de quinientos treinta y cuatro mil doscientos veintiocho nuevos soles. Sin embargo, resulta pertinente señalar que el procesado Gaspar Salcedo Gutiérrez, fue designado como Jefe de la Unidad de Tesorería y Contabilidad, por el período de febrero de mil novecientos noventa y nueve a julio de dos mil uno, el cual dependía del área de administración, que estaba a cargo de Félix Ascarza Oriundo, precisando que las decisiones de modificación, las toma el titular del pliego y era autorizado por la norma y que simplemente seguía con el trámite para ejecutar los pagos, que éstos venían con orden de servicio y su función era pagar a los proveedores, que el sustento de gastos se realizaba en el área de abastecimientos, no teniendo capacidad para variar el cambio de presupuesto y planificación -véase su declaración instructiva, obrante a fojas dos mil seiscientos sesenta y cuatro y en juicio oral a fojas cuatro mil cincuenta y nueve-. Lo cual concuerda con lo declarado por la procesada Carmen Teresa Chong Chung, quien a fojas tres mil veintisiete, indicó que el Jefe de Planificación y Presupuesto era quien decidía que partidas se afectaban. Asimismo, el ex alcalde Edgar David Villanueva Nuñez -en su declaración instructiva, obrante a fojas dos mil seiscientos cincuenta y cinco-, reconoció que el dinero se invirtió en gastos corrientes, para darles mantenimiento y reparación a las maquinarias de propiedad del Municipio, en vez de alquilarlas, los cuales sirvieron para ejecutar diez obras adicionales, modificando el presupuesto, tal como la Ley se lo



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 311-2012

APURÍMAC

permite. Finalmente, Juan Francisco Buleje Sambrano -véase su declaración instructiva, obrante a fojas dos mil seiscientos sesenta y siete y su declaración brindada en juicio oral, obrante a fojas cuatro mil sesenta y nueve-, indicó que el alcalde hizo una sesión de Concejo para modificar el presupuesto, con la finalidad de ejecutar diez obras más, y que las cuatro obras mencionadas en el Informe Especial emitido por la Contraloría General de la República, fueron a mediano plazo -es decir tenían cuatro años para ejecutarlas-, las cuales se han cumplido en los años posteriores, ya que esas obras excedían de lo presupuestado, por eso optaron por direccionar dicho presupuesto a otras obras, que también estaban proyectadas. En consecuencia, conforme se ha señalado líneas arriba, el procesado Gaspar Salcedo Gutiérrez, no poseía la disponibilidad jurídica, toda vez que era un funcionario dependiente de las decisiones que por ley le corresponde a otro (en el caso de las municipalidades, este poder ordenador o de disponibilidad jurídica solo lo tiene el alcalde y en determinados casos el gerente general o el gerente de administración), por ende no puede ser sujeto activo de este hecho punible, aun cuando éste tiene la administración formal del dinero o bienes, pues se sujeta al cumplimiento de las órdenes de quien tiene la facultad de disponer de dichos bienes o del dinero del Estado. Por lo tanto, en este extremo la sentencia recurrida, se encuentra con arreglo a Ley.

Por estos fundamentos: **DECLARARON: I. NO HABER NULIDAD** en la sentencia del veintinueve de septiembre de dos mil once, obrante a fojas cuatro mil ciento diez, en el extremo que absolvió de la acusación fiscal a Gaspar Salcedo Gutiérrez, por la comisión del delito contra la Administración pública, en la modalidad de Malversación de fondos, en agravio de la Municipalidad provincial de Andahuaylas y el Estado; y, **HABER NULIDAD** en la misma sentencia, en el extremo que condenó a Aquiles Pozo Salazar, como autor del delito contra la Administración pública, en la modalidad de Peculado doloso, en calidad de



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 311-2012
APURÍMAC

autor, en agravio de la Municipalidad Provincial de Andahuaylas y el Estado, a cuatro años de pena privativa de libertad de ejecución suspendida, por el período de prueba de dos años, con lo demás que contiene; y **reformándolo** absolvió a Aquiles Pozo Salazar, de la acusación fiscal, por el delito y agravada en mención; **ORDENARON** la anulación de sus antecedentes penales generados como consecuencia del presente proceso, y el archivo definitivo de la presente causa; y los devolvieron.-

S.S.

VILLA STEIN

PRÍNCIPE TRUJILLO

PRADO PRADO

MORALES PARRAGUEZ

ROZAS ESCALANTE

VSJmcoy

16 OCT 2013

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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