

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 40-2019/CUSCO
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Peculado doloso. Bien público y donación

Sumilla: **1.** No se presentó la documentación por la que la empresa “Conirsa” envió, ni el acta de ingreso al Almacén Municipal cuando se recibió el material, menos que esa donación se aceptó por el Consejo Municipal y, luego, que se realizaron trámites internos de registro patrimonial y emisión del certificado de donación, previa emisión de sendos informes técnicos, legal y de valorización. **2.** Desde el tipo delictivo de peculado los actos de apropiación del funcionario o servidor público han de recaer sobre caudales o efectos que le estén confiados por razón de su cargo. La doctrina penalista enfatiza, que caudal o efecto público, a efectos penales, ha de ser cualquier bien o valor realizable económicamente que pertenece a la Administración, cuya noción de pertenencia ha de interpretarse en un sentido amplio, como afectación al servicio público; basta que se hallen en el circuito público, a efectos de una determinada finalidad. **3.** La “piedra chancada” es un caudal que ingresó a la Administración Municipal para su destino a una finalidad pública, y aun cuando no se efectuaron los trámites debidos para incorporarlos jurídicamente y registrarlos como correspondía, tal situación, desde el Derecho penal, no es relevante –la Administración Municipal debió realizar los actos ulteriores de aceptación y registro, pero ello no puede importar desconocer que el caudal estaba bajo el ámbito de la Administración y correspondía tutelarlos–. La tutela de la Administración lo es en sentido funcional, como instrumento al servicio de los ciudadanos –desde su fin prestacional, de sometimiento a la legalidad y actuación objetiva–, y su objeto de protección específica es el deber positivo del agente público (deber funcional) de no lesionar el patrimonio de la Administración mediante actos, según los casos, de apropiación o de utilización indebida.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiuno de febrero de dos mil veintidós

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por las causales de inobservancia de garantía constitucional e infracción de precepto material, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DEL CUSCO contra sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y uno, de veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho, en cuanto revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento veinticinco, de catorce de agosto de dos mil dieciocho, absolvió a Luis Alberto Paucar Ccarita, Wilfredo Palomino Huamán y Hugo Moisés Zanabria Días de la acusación fiscal formulada en su contraprop del delito de peculado doloso por apropiación en agravio de la Municipalidad Distrital de Ccarhuayo; con todo lo demás que al respecto contiene.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, según la acusación fiscal, el encausado LUIS ALBERTO PAUCCAR CCARITA fue alcalde de la Municipalidad Distrital de Ccarhuayo, provincia de Quispicanchis y departamento del Cusco, durante el periodo dos mil once a dos mil catorce. El encausado WILFREDO PALOMINO DÍAZ se desempeñó como Jefe de la Oficina de Logística de dicha Municipalidad –desde el dos de enero de dos mil once al treinta de junio de dos mil once– y, luego, como Subgerente de Desarrollo Social –desde el dos de enero de dos mil trece al veintiocho de febrero de dos mil trece–. Finalmente, el encausado HUGO MOISÉS ZANABRIA DÍAZ ocupó el cargo de Residente de Obra de la indicada Municipalidad.

∞ Es del caso que la empresa “CONIRSA”, encargada de los trabajos de ejecución de la Vía Interoceánica, preparó piedra chancada en las orillas del río Mapocho, la que entregó en calidad de donación a la Municipalidad Distrital de Ccarhuayo, para que lo destine a las obras públicas en su jurisdicción. En el año dos mil trece la referida Municipalidad venía ejecutando la obra “Remodelación de la Plaza de Armas de Ccarhuayo” bajo la dirección del encausado Hugo Moisés Zanabría Díaz, en su condición de Residente de Obra.

∞ La Fiscalía imputó los siguientes hechos, tipificados como delito de preculado doloso por apropiación y de preculado de uso:

- A.** El encausado Paucar Ccarita, como alcalde, autorizó a sus coencausados Palomino Huamán y Zanabría Díaz que se apropien un total de treinta metros cúbicos de piedra chancada de propiedad de la Municipalidad Distrital de Ccarhuayo, destinada a la ejecución de obras públicas.
- B.** El encausado Palomino Huamán, como jefe de la Oficina de Logística de la Municipalidad Distrital de Ccarhuayo y, a su vez, encargado de la Subgerencia de Desarrollo Social, en octubre de dos mil doce y febrero de dos mil trece, con autorización del alcalde, coencausado Paucar Ccarita, se apropió para sí de veinte metros cúbicos de piedra chancada de propiedad de la Municipalidad agraviada. Precisamente, cuando se le encargó la Gerencia de Desarrollo Social tenía la función de custodiar de los bienes de la Municipalidad. Sin embargo, parte de la piedra chancada la destinó para la construcción de su vivienda, ubicada en la Urbanización Bancopata F-12, distrito de Santiago – Cusco. Incluso no cumplió con devolver dicho material de construcción pese a existir de por medio una Carta de Compromiso, corroborada con el Informe 004/ECP7/AC-2015/MDC/Q, de veintisiete de abril del dos mil quince.
- C.** El encausado Zanabría Díaz, como Residente de Obra de la Municipalidad agraviada, en febrero de dos mil trece, con autorización de su coencausado y alcalde Paucar Ccarita, se apropió para sí de diez metros cúbicos de piedra chancada de propiedad de la Municipalidad, en tanto que tal material se encontraba bajo su administración y estaba destinado a la ejecución de la obra a su cargo “Remodelación de la Plaza de Armas de Ccarhuayo”.

Empero, para del material lo destinó para construcción de su vivienda, ubicada en la calle Rococalle ciento noventa, distrito de Santiago – Cusco. Incluso no cumplió con devolver el material de construcción pese a existir de por medio la Carta de Compromiso respectiva, corroborada con el Informe antes aludido.

- D.** Concurrentemente, el encausado Paucar Ccarita, en su condición de alcalde, permitió que sus dos coencausados utilicen el volquete de placa de rodaje WZ-8269 de propiedad de la Municipalidad, con la finalidad de trasladar la piedra chancada apropiada.

SEGUNDO. Que lo relevante del procedimiento penal es como a continuación se detalla:

1. La Fiscalía, por requerimiento de fojas tres, de cuatro de agosto de dos mil quince, integrada a fojas ochenta y cuatro, de catorce de diciembre de dos mil quince, y aclarada a fojas ciento treinta y seis, de veintiocho de enero de dos mil dieciséis, acusó a Luis Alberto Paucar Ccarita, Wilfredo Palomino Huamán y Hugo Moisés Zanabria Díaz como autores de los delitos de peculado doloso simple y peculado de uso. Solicitó se les imponga ocho años de pena privativa de libertad e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1 y 2 de Código Penal por ocho años, así como seis mil soles solidarios por concepto de reparación civil.

2. Realizada la audiencia de control de acusación, como consta de auto de fojas ciento sesenta y cinco, de veinte de mayo de dos mil dieciséis, y después de resolverse una cuestión incidental relativa al sobreseimiento parcial, el Juez de la Investigación Preparatoria dictó auto de enjuiciamiento de fojas trescientos tres, de veinticuatro de mayo de dos mil diecisiete, contra LUIS ALBERTO PAUCAR CCARITA, WILFREDO PALOMINO HUAMÁN y HUGO MOISÉS ZANABRIA DÍAZ por los delitos de peculado doloso y peculado de uso.

3. Culminado el juicio oral, mediante sentencia de fojas ciento veinticinco, de catorce de agosto de dos mil dieciocho, el Juzgado Penal condenó a Palomino Huamán y Zanabria Días como autores de peculado doloso por apropiación a seis años de pena privativa de libertad y seis años de inhabilitación, así como al pago de mil soles por concepto de reparación civil; y, condenó a Paucar Ccarita como autor de los delitos de peculado doloso y peculado de uso a siete años y cuatro meses de pena privativa de libertad e inhabilitación por el mismo tiempo, así como al pago de tres mil soles por concepto de reparación civil. Homologaron el acuerdo realizado entre el Ministerio Público y los acusados Wilfredo Palomino Huamán y Hugo Moisés Zanabria Días por la comisión del delito de peculado de uso (La aceptación de cargos consta en sesión de fojas veintidós del cuaderno de debates, de cinco de abril de dos mil dieciocho)

4. Los tres encausados interpusieron recurso de apelación.

A. Paucar Ccarita en su escrito de apelación de fojas ciento sesenta, de veintitrés de agosto de dos mil dieciocho, solicitó se revoque a sentencia en todos sus extremos. Alegó que no se probó la relación funcional con los bienes apropiados, porque la Municipalidad no siguió los procedimientos adecuados para que una donación se consolide. Además, que se encontraba

imposibilitado de ordenar el uso del volquete de la Municipalidad porque él se encontraba en la ciudad del Cusco.

B. Los encausados Palomino Huamán y Zanabria Díaz, en su escrito de apelación de fojas ciento ochenta y cuatro, de veintitrés de agosto de dos mil dieciocho, instaron se revoque la sentencia en el extremo de la condena de peculado por apropiación. Expusieron, igualmente, que la Municipalidad nunca recibió en donación el bien presuntamente apropiado, pues no se siguió el procedimiento legalmente establecido para ello; que en el fallo se incluyeron hechos no sometidos a juicio; que no se probó el perjuicio causado a la Municipalidad.

5. Culminado el procedimiento de apelación, el Tribunal Superior profirió la sentencia de vista absolutoria de fojas doscientos sesenta y uno, de veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho: absolvió a los acusados de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación. Consideró, respecto del delito de peculado por apropiación, que no existe resolución ni acta de aceptación emitida por Consejo Municipal de la donación de piedra chancada, por lo que no se cumplió con el artículo 1624 del Código Civil; que, además, el encausado Paucar Ccarita no tuvo intervención en su comisión. En lo relativo al delito de peculado de uso, de las declaraciones de los choferes de los vehículos de la mencionada Municipalidad y conforme a lo informado en la reunión convocada por los ronderos, materia del acta de esclarecimiento, las personas que dieron la orden para el uso de los volquetes con el fin de trasladar los materiales referidos a la ciudad de Cusco fueron los acusados Palomino Huamán y Zanabria Díaz, no así el alcalde Paucar Ccarita quien según su declaración en juicio, corroborada con la declaración de los choferes, no tuvo conocimiento que se había trasladado el material a la ciudad de Cusco, de lo que se enteró a través de las rondas campesinas.

6. Contra la sentencia de vista la Fiscal Superior de Cusco interpuso recurso de casación. El recurso corre en el escrito de fojas doscientos ochenta y nueve, de diez de diciembre de dos mil dieciocho.

TERCERO. Que la señora FISCAL SUPERIOR en su escrito de recurso de casación invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional (artículo 429, inciso 1 del Código Procesal Penal). Argumentó lo siguiente: **1.** Que la sentencia de vista incurrió en una errónea motivación porque desvió el debate judicial de la apropiación de los bienes del Estado respecto a cómo debería ser la adquisición de los bienes por del Estado en caso de donaciones (artículo 1624 del Código Civil). **2.** Que, conforme a la prueba actuada, el material de construcción sí formó parte del patrimonio de la municipalidad, lo que se sustentó con el mérito del acta de transferencia realizada en el marco del cambio de gestión municipal.

CUARTO. Que este Tribunal de Casación por Ejecutoria de fojas noventa y ocho, de veintinueve de noviembre de dos mil diecinueve, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material. Especificó que es menester

determinar si en el delito de peculado doloso por apropiación es estrictamente necesario, en los supuestos de donaciones a favor del Estado, que se cumpla con las exigencias establecidas por la ley para que el bien donado sea considerado parte del patrimonio estatal, o si es suficiente con su posesión o dominio.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas, dentro del plazo, se expidió el decreto de fojas ciento treinta y dos, de veinticuatro de enero del año en curso, que señaló fecha para la audiencia de casación el día lunes catorce de febrero de este año.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la señora Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal, doctora Edith Alicia Chamorro Bermúdez, y de los señores abogados Víctor Mayhuire Montoya, por el encausado Paucar Ccarita, y Ramiro Alatrística Muñiz, por el encausado Palomino Huamán.

SÉPTIMO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, por unanimidad, corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional se circunscribe a determinar el alcance de uno de los elementos típicos del delito de peculado por apropiación: los caudales o efectos públicos, de titularidad de la Administración –en pureza: objeto material del delito–. Específicamente, en aquellos supuestos en que el bien se encuentra en poder de un órgano público –una Municipalidad en este caso– en virtud de una donación de bien mueble efectuada por una empresa privada, pero no se habría cumplido con el artículo 1624 del Código Civil [véase: fundamento jurídico octavo, folio cinco, de la Ejecutoria Suprema de Calificación].

∞ De igualmente, comprende el control casacional la motivación de la sentencia de vista (inobservancia de precepto constitucional) en conexión con la causal de infracción de precepto material. Se trata de la motivación de la *quaestio iuris* y, en estos casos, al ser materia de examen el objeto material del delito de peculado, que está referido a las normas ordinarias sobre la materia, por lo que la motivación vinculada a tal elemento objetivo del tipo delictivo queda “absorbida” en el error de la decisión [cfr.: IGARTUA SALAVERRÍA, JUAN: *Cuestiones sobre prueba penal y argumentación judicial*, Ara Editores – Ediciones Olejnik, Lima–Santiago, 2018, p. 267].

SEGUNDO. Que, sobre la “piedra chancada”, cuya apropiación el Ministerio Público atribuyó a los tres funcionarios municipales, se tiene que la empresa

“CONIRSA” entregó en calidad de donación dos mil seiscientos metros cúbicos de agregado grueso de setenta y dos, y seiscientos veinte metros cúbicos de agregado grueso de tres cuartos. Este material fue ingresado al Almacén Municipal. Ello se estableció con el “Inventario General de Almacén Central de la Municipalidad Distrital de Ccarhuayo”, de veintisiete de diciembre, en cuyos ítems trescientos ochenta y nueve y trescientos noventa así consta, con el agregado que *“el material del río no se pudo cubicar por encontrarse en desnivel del terreno, cuyo dato fue proporcionado por el Director de Obras de la Municipalidad”*. Por lo demás, no se controvertió propiamente la realidad de la existencia de la “piedra chancada” y su ingreso al Almacén Municipal, lo que, además, indirectamente, se confirmó con las cartas de Compromiso de Devolución de los imputados Zanabria Díaz y Palomino Huamán, de cinco de abril de dos mil trece, dirigidas al alcalde, su coencausado Paucar Ccarita. Lo que se debatió fue si la Municipalidad siguió el procedimiento legal para incorporar este material al patrimonio institucional.

∞ Es obvio, por lo demás, según el material probatorio disponible mencionado en las sentencias de mérito, que no se presentó la documentación por la que la empresa “CONIRSA” envió a la Municipalidad la “piedra chancada”, ni el acta de ingreso al Almacén Municipal cuando se recibió tal material, menos que esa donación se aceptó por el Consejo Municipal y, luego, que se realizaron los trámites internos de registro patrimonial y emisión del certificado de donación, previa emisión de sendos informes técnicos, legal y de valorización.

TERCERO. Que es de precisar que el Código Civil solo fija una pauta inicial (artículo 1624 del Código Civil: la donación debe hacerse por escrito). En esa línea, tratándose de bienes del Estado, la regulación se desarrolló: **1.** Por la Ley Orgánica de Municipalidades, Ley 27972, de veintisiete de mayo de dos mil tres; son relevantes, al respecto, los artículos 9, numeral 20, y 56, numeral 7: intervención del Consejo Municipal, y precisión que son bienes de propiedad municipal las donaciones que se instituyan en su favor. Además, **2.** Por la Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, Ley 29151, de catorce de diciembre de dos mil trece, estatuyó en su artículo 9 el registro de bienes municipales en el Sistema de Información de Bienes Estatales, aunque luego, por Decreto Legislativo 1493 –disposición legal posterior a los hechos materia de este asunto penal–, estos bienes se limitan a los predios e inmuebles en general, excluyéndose los bienes muebles. **3.** Por el primer Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 007-2008-VIVIENDA, de quince de marzo de dos mil ocho, vigente en la fecha de los hechos, el cual en su artículo 54 prevé la aceptación de donación, previa evaluación y emisión de los informes antes citados, y el artículo 118 y siguientes estatuye el sistema de inventario y de registro de bienes muebles estatales y su incorporación al Catálogo Nacional de Bienes Muebles del Estado.

CUARTO. Que, por consiguiente, es patente que recibida la “piedra chancada” de la empresa “CONIRSA”, la Municipalidad no efectuó los procedimientos

ulteriores fijados en la Ley Orgánica de Municipalidades y en la legislación sobre el Sistema Nacional de Bienes Estatales. Lo determinante es, entonces, establecer si desde el tipo delictivo de peculado tal ausencia de los trámites para formalizar el ingreso de ese material (“piedra chancada”) importaría sostener, como lo hace el Tribunal Superior, que no se cumple con uno de los elementos objetivos de dicha figura penal.

∞ Desde el tipo delictivo de peculado los actos de apropiación del funcionario o servidor público han de recaer sobre caudales o efectos que le estén confiados por razón de su cargo. La doctrina penalista enfatiza, que caudal o efecto público, a efectos penales, ha de ser cualquier bien o valor realizable económicamente que pertenece a la Administración, cuya noción de pertenencia ha de interpretarse en un sentido amplio, como afectación al servicio público; basta que se hallen en el circuito público, a efectos de una determinada finalidad. Luego, un bien será público aunque no haya ingresado efectivamente en la esfera de la Administración, para lo cual basta que exista lo que se ha dado en llamar “*un legítimo derecho expectante*” –lo que en nuestra legislación penal está avalado con el hecho de que existe la modalidad típica de “percibir”, lo cual presupone que los causales o efectos todavía no han ingresado al patrimonio del Estado, aunque potencialmente sí vayan a hacerlo [ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*, Editorial Palestra, Lima, 2003, pp. 350-351]–. Insiste, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, que la pertenencia a la Administración del caudal o efecto público comienza desde el momento en que existe un derecho expectante de la Administración a la entrega de los caudales, incluso aunque no hayan ingresado formalmente en las arcas de la entidad [*Derecho Penal Parte Especial*, 19na. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 943]; criterio seguido por ETXEBARRIA ZARRABEITIA, al sostener que es suficiente la mera entrega al funcionario competente para que se consideren públicos cuando deberían haberse incorporado al patrimonio de la Administración, con tal que exista un derecho expectante de ésta [ASUA BATARRITA, ADELA (coordinadora): *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 188]. CREUS precisa que bienes públicos son todos los propios del Estado o entes autárquicos o los bienes aportados o ‘puestos a disposición de aquéllos por particulares para realizar servicios a cargo de entes públicos [DONNA, EDGARDO ALBERTO: *Delitos contra la Administración Pública*, 2da. Edición actualizada, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2008, p. 301].

QUINTO. Que, en tal virtud, la “piedra chancada” es un caudal que ingresó a la Administración Municipal para su destino a una finalidad pública, y aun cuando no se efectuaron los trámites debidos para incorporarlos jurídicamente y registrarlos como correspondía, tal situación, desde el Derecho penal, no es relevante –la Administración Municipal debió realizar los actos ulteriores de aceptación y registro, pero ello no puede importar desconocer que el caudal estaba bajo el ámbito de la Administración y correspondía tutelarlos–. La tutela de la Administración lo es en sentido funcional, como instrumento al servicio

de los ciudadanos –desde su fin prestacional, de sometimiento a la legalidad y actuación objetiva–, y su objeto de protección específica es el deber positivo del agente público (deber funcional) de no lesionar el patrimonio de la Administración mediante actos, según los casos, de apropiación o de utilización indebida.

∞ Por consiguiente, en el presente caso, para efectos penales, se está ante un caudal público y, por ende, es un elemento del tipo objetivo del delito de peculado. Luego, el Tribunal Superior interpretó erróneamente este tipo delictivo y, en su virtud, dictó una absolución infundada, que es del caso corregir.

SEXTO. Que solo cabe, por el ámbito excepcional del recurso de casación, referirse a los encausados Palomino Huamán y Zanabria Díaz. El encausado Paucar Ccarita fue absuelto también por otro motivo: falta de pruebas respecto a la autorización para que sus coimputados utilicen el volquete a fin de transportar el material apropiado, que, por obvias razones, incluyó el delito de peculado de uso. Recuérdese que el conjunto de los cargos fue negado por el encausado Paucar Ccarita (véase su argumento de defensa transcrito en la Sección II, literales A y E, folio dos, de la sentencia de vista); así se colige de la Sección V, parte cinco punto dos, literales B, uno al cinco, y C de la aludida sentencia de vista, folios once y doce. De tal suerte, este motivo de absolución no integra el ámbito del recurso de casación asumido excepcionalmente, como se advierte de la Ejecutoria Suprema de Calificación citada *up supra*.

∞ La sentencia casatoria debe ser rescindente y no rescisoria. Son dos los delitos cometidos por los imputados recurridos y es del caso, fijado el criterio jurídico del caudal público apropiado, proceder a la medición de la pena correspondiente. Debe intervenir, para dilucidar solo este punto, un nuevo Colegiado Superior. El juicio de culpabilidad ya está concluido –es cosa juzgada parcial–, por lo que, es de insistir, solo cabe dilucidar en nuevo juicio de apelación, el juicio de determinación de la pena y reparación civil.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** declararon **FUNDADO** el recurso de casación, por las causales de inobservancia de garantía constitucional e infracción de precepto material, interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DEL CUSCO contra sentencia de vista de fojas doscientos sesenta y uno, de veintiséis de noviembre de dos mil dieciocho, en cuanto revocando la sentencia de primera instancia de fojas ciento veinticinco, de catorce de agosto de dos mil dieciocho, absolvió a Luis Alberto Paucar Ccarita, Wilfredo Palomino Huamán y Hugo Moisés Zanabria Días de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación en agravio de la Municipalidad Distrital de Ccarhuayo; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en este extremo. **II.** **DISPUSIERON** que otro Tribunal dicte otra sentencia únicamente en el ámbito del juicio de determinación de la pena y de la reparación civil; registrándose. **III.** **MANDARON** se lea esta sentencia en

audiencia pública, sé notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **IV. ORDENARON** se devuelvan los actuados al Tribunal Superior de origen para su debido cumplimiento. **Hágase** saber a las partes procesales personados en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR