



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 4009- 2011
JUNÍN



Lima, veintitrés de enero de dos mil trece.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el PROCURADOR PÚBLICO DE LA MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE CHILCA contra la sentencia de fojas mil novecientos treinta y seis, del dieciocho de octubre de dos mil once, que absolvió a **1.** Manuel Barrionuevo Cahuana -ex Alcalde-, **2.** Agustín Leoncio Núñez Torres, **3.** Jhonny Gregorio Bonifacio Oroya, **4.** Freddy Alberto Durán Tovar, **5.** Ramón Guillermo Matos Guerrero, **6.** Víctor Ángeles Cárdenas -ex Regidores-, **7.** Jaime Robert Luis Almerco -ex Director de Administración-, **8.** Adolfo Andrés Recuay Meza -ex Jefe de la Unidad de Contabilidad- y **9.** Raúl Jesús Valencia Mendoza -ex Director de la Oficina de Planificación y Presupuesto- de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de malversación de fondos en agravio del Estado -Municipalidad Distrital de Chilca.

Interviene como ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que el Procurador Público Municipal en su recurso formalizado de fojas mil novecientos sesenta y ocho alega que la apreciación probatoria de la Sala sentenciadora es incorrecta. Los encausados -insiste- destinaron doscientos setenta mil nuevos soles provenientes del canon minero para gastos corrientes de la Municipalidad Distrital de Chilca, entre sueldos y dietas. A estos efectos los imputados vulneraron disposiciones legales que prohíben que los fondos del canon minero sean usados para fines distintos a gastos de inversión. No se ha tomado en cuenta el actuar doloso de los encausados, ni la prueba pericial que acredita que dio destino definitivo distinto al dinero del canon minero.

SEGUNDO. Que, según la acusación fiscal de fojas mil doscientos veintiocho, integrada a fojas mil quinientos sesenta y uno y aclarada a fojas mil seiscientos cinco, los miembros -en mayoría- del Consejo Municipal -Núñez Torres, Bonifacio Oroya, Durán Tovar, Matos Guerrero y Ángeles Cárdenas-, a propuesta de los Directores de Administración y de Planificación y Presupuesto, encausados Luis Almerco y Valencia Mendoza, en sesión extraordinaria de Consejo convocada por el Alcalde, encausado Barrionuevo Cahuana, de fecha veintisiete de diciembre de dos mil dos, aprobaron ilegalmente un préstamo interno inicial de doscientos mil nuevos soles, ampliado adicionalmente el veintiocho de diciembre a doscientos sesenta mil nuevos soles, que se tomó de la partida del canon minero para solventar de forma definitiva gastos corrientes de la institución: pago de remuneraciones al personal activo, de pensiones al personal cesante, de beneficios sociales y dietas para los regidores desde octubre



a diciembre de dos mil dos, con lo que se infringió la Ley Orgánica de Municipalidades N° 23853, la Ley del Canon N° 27506, y el Decreto Supremo N° 88-95-EF, de Participación del Canon Minero para los Gobiernos Regionales y Locales. Este “préstamo interno” fue tramitado por autorización del Administrador Luis Almerco y del Jefe de la Unidad de Contabilidad Recuay Meza, en coordinación con el Alcalde Barrionuevo Cahuana. Además, estaba condicionado a ser devuelto hasta el mes de marzo de dos mil tres, pese a que no era segura la devolución del dinero por el cambio de administración municipal en atención a la culminación del mandato del Alcalde y sus Regidores.

TERCERO. Que el trámite irregular del ‘préstamo interno’; la realización de una sesión extraordinaria del Consejo Municipal; la aprobación por mayoría del mismo, sobre la base del Informe la Oficina de Administración y de un pedido de esta última para que se evalúe en sesión del Consejo Municipal el ‘préstamo interno’ del Programa de Inversiones para el pago de remuneraciones y dietas; la incorporación irregular en el acta de un monto, no de doscientos mil nuevos soles sino de doscientos sesenta mil nuevos soles, fluye del Informe Especial número uno guión dos mil tres guión OAL diagonal MDCH, del cinco de mayo de dos mil tres corriente a fojas cuatro. De las cartas de fojas cuarenta y cinco y cuarenta y nueve se advierte que se extrajo de la cuenta del fondo del canon minero la suma de doscientos sesenta y siete mil nuevos soles, pese a que en el peor de los casos, el préstamo interno fue por doscientos sesenta mil nuevos soles.

Las pericias contables, con algunas diferencias relativas, dan cuenta de la ilegalidad del préstamo y de la infracción de la legislación sobre canon -artículo 6° de la Ley de Canon y del Decreto Supremo que regula la Participación de los Gobiernos Regionales y Locales en la Distribución del Canon Minero-, así como que no se devolvió la suma transferida [fojas doscientos dieciséis, novecientos uno y mil ochocientos veintiséis, ratificados en el acto oral].

El Informe número tres guión dos mil seis guión GPP diagonal MDCH, de fojas mil ciento treinta y tres acredita que en el dos mil dos la Municipalidad agraviada tenía deudas por pagar por el Programa de Inversiones por las fuentes de financiamiento del canon, sobrecanon y fondos de compensación municipal. Ese año también se comprometió la adquisición de maquinarias, lo que no se cumplió porque no se ejecutó ningún gasto y, por el contrario, se transfirió fondos.

Lo expuesto prueba la realidad de (i) una sesión irregular con incorporación de montos luego de la sesión del veintisiete de diciembre de dos mil dos; (ii) la realización de un ‘préstamo interno’ prohibido por la ley al tomar recursos del canon minero; (iii) la aplicación de esos fondos fue definitiva: se pagaron remuneraciones, pensiones, beneficios sociales y dietas, y además el préstamo



nunca se pagó, amén de que parte de lo requerido no se destinó siquiera a esos rubros -se transfirió doscientos sesenta y siete mil nuevos soles, y sólo consta un pago de doscientos dos mil ochocientos dos nuevos soles con catorce céntimos, que incluyó cantidades en exceso para determinados funcionarios-; y, (iv) el entorpecimiento del funcionamiento de la Municipalidad, pues no se ejecutaron los compromisos programados para inversiones y se pagaron deudas que debían pagarse por las fuentes de financiamiento del canon.

CUARTO. Que la patente ilegalidad de utilizar los recursos del canon minero para gastos corrientes hace que todo alegato respecto a la existencia de informes de órganos técnicos o administrativos acerca de la procedencia de un préstamo 'temporal' -con cargo a pagarlo en pocos meses- resulte inaceptable. La intervención dolosa -con conocimiento de los elementos típicos- de los imputados, más allá de sus pretendidas explicaciones, carecen de asidero. El tipo legal de malversación está pues definitivamente acreditado.

QUINTO. Que la absolución se sustenta en la invocación del tipo negativo o causa de justificación prevista en el artículo 20°, inciso 4, del Código Penal: estado de necesidad justificante. Es cierto que es posible alegar en delitos contra la Administración Pública el estado de necesidad justificante para proteger bienes jurídicos de mayor valor, pero la interpretación de sus alcances -por su excepcionalidad, más aún tratándose de agentes públicos- debe ser, en esta materia, restrictivamente contemplado; y, sus presupuestos, probados acabadamente.

La simple alegación de falencia de liquidez de la Municipalidad no es suficiente. Debe comprobarse con medios de prueba idóneos. Es importante exponer que probados por la parte acusadora los hechos constitutivos del tipo legal -como lo están en el *sublite*- corresponde a la parte acusada probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes de responsabilidad.

No es obstáculo apelar al estado de necesidad justificante cuando concurra provocación imprudente derivada de una ineficiente gestión pública. Empero, debe acreditarse la inevitabilidad del mal causado; esto es, que no quede otro recurso a la Administración Municipal -a sus agentes responsables- que acudir a la comisión de un delito de malversación y no a otro medio lícito o ilícito -pero penalmente atípico- a su alcance para salvar el bien jurídico en peligro.

La prueba de descargo exigida -con entidad para desestimar la prueba de cargo- no aparece consolidada en autos y, por lo demás, el Informe de fojas mil ciento treinta y tres parece sugerir lo contrario a lo exigido por el tipo de permisión en cuestión: artículo 20°, inciso 4, del Código Penal.

De otro lado, una cosa son las remuneraciones y pensiones, necesarias para el mantenimiento del trabajador y del jubilado; y, otra, son los beneficios sociales



y, más aún, las dietas para los regidores, que no importan una situación de necesidad -vista la particular situación de aquéllos- digna de valoración positiva para afectar el bien jurídico que tutela el delito de malversación. La diferenciación se impone y, por ello, en esos dos extremos no puede alegarse con tanta flexibilidad una situación de amenaza del peligro actual o inminente y la consiguiente necesidad de la acción de salvaguarda.

Siendo así, el recurso acusatorio debe ser estimado y así se declara. Es de aplicación el artículo 301° *in fine*, del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos; con lo expuesto por el señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal: declararon **NULA** la sentencia de fojas mil novecientos treinta y seis, del dieciocho de octubre de dos mil once, que absolvió a **1. MANUEL BARRIONUEVO CAHUANA -ex Alcalde-, 2. AGUSTÍN LEONCIO NÚÑEZ TORRES, 3. JHONNY GREGORIO BONIFACIO OROYA, 4. FREDDY ALBERTO DURÁN TOVAR, 5. RAMÓN GUILLERMO MATOS GUERRERO, 6. VÍCTOR ÁNGELES CÁRDENAS -ex Regidores-, 7. JAIME ROBERT LUIS ALMERCO -ex Director de Administración-, 8. ADOLFO ANDRÉS RECUAY MEZA -ex Jefe de la Unidad de Contabilidad- y 9. RAÚL JESÚS VALENCIA MENDOZA -ex Director de la Oficina de Planificación y Presupuesto-** de la acusación fiscal formulada contra ellos por delito de malversación de fondos en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Chilca; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **ORDENARON** se realice nuevo juicio oral por otro Colegiado. **DISPUSIERON** se devuelvan los autos al Tribunal de origen. Hágase saber.-
S.s.

SAN MARTÍN CASTRO

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

RODRÍGUEZ TINEO

NEYRA FLORES

CSM/Lzch

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI

SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA