



Alcances del delito de peculado

Sumilla. El peculado es un delito especial, característico de los injustos funcionariales. El círculo de sujetos activos se concreta en razón de la actuación funcional, en que se apropián o utilizan caudales o efectos, cuya administración, percepción o administración le fueron confiadas en mérito al cargo.

Lima, siete de agosto de dos mil diecisiete

VISTOS: los recursos de nulidad formulados por las defensas técnicas de los sentenciados don Wilson Delgado Olivera (folios dos mil trescientos veinte a dos mil trescientos veinticinco), don Gerardo Quiroz Idrogo (folios dos mil trescientos treinta a dos mil trescientos treinta y cuatro), y don José Jaime Mestas Ponce (folios dos mil trescientos treinta y cinco a dos mil trescientos cincuenta y uno); con los recaudos adjuntos.

Intervino como ponente en la decisión el señor Salas Arenas, juez de la Corte Suprema.

OÍDO: El informe oral

1. DECISIÓN CUESTIONADA

La sentencia de diecinueve de agosto de dos mil dieciséis (folios dos mil doscientos noventa y cuatro a dos mil trescientos cinco), emitida por los señores jueces de la Sala Penal Liquidadora Transitoria, de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que condenó a don Wilson Ademar Delgado Olivera, don José Jaime Mestas Ponce y don Gerardo Quiroz Idrogo, como coautores del delito de peculado doloso por apropiación en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Cutervo, y como tal les impusieron cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de tres años, e inhabilitación por el término de cuatro años (de conformidad con el numeral dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal), y fijaron en cinco mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar de manera solidaria a favor de la agraviada, sin perjuicio de restituir lo ilícitamente apropiado (estimado en cincuenta y dos mil ochocientos soles).



2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

2.1. La defensa técnica del procesado Delgado Olivera solicitó la absolución, en mérito a que no existió apropiación indebida, puesto que el dinero utilizado en la actividad social se obtuvo mediante un préstamo. Agregó que las donaciones de dinero por parte de la municipalidad a las festividades locales fueron una constante durante varios años.

2.2. A su vez, la defensa del encausado Quiroz Idrogo, alega que existió indebida valoración de los medios probatorios, por cuanto:

2.2.1. La entrega de dinero (como préstamo y luego como donación) se realizó en cumplimiento de un mandato legal.

2.2.2. El acuerdo de concejo, fue avalado por el memorando de Alcaldía en el que le ordenaban (como administrador) que efectúe las coordinaciones necesarias para el desembolso del dinero.

2.3. Finalmente, la defensa del procesado Mestas Ponce, solicita se revoque la sentencia materia de análisis y se lo absuelva de los cargos imputados, debido a que:

2.3.1. La acusación no es puntual en desarrollar la infracción funcionarial cometida.

2.3.2. Su participación en la sesión de concejo solo fue para dar sugerencias, y el préstamo fue otorgado debido a que se trataba de una fiesta costumbrista.

3. SINOPSIS FÁCTICA SEGÚN LA IMPUTACIÓN

De conformidad con la acusación y requisitoria oral, se atribuye a los procesados don Wilson Ademar Delgado Olivera (alcalde), don Jaime Mestas Ponce (Gerente Municipal) y don Gerardo Quiroz Idrogo (Administrador), todos funcionarios de la Municipalidad Provincial de Cutervo-Cajamarca, que previo acuerdo de Concejo, haber empleado indebidamente el dinero de la comuna, al prestar cien mil soles al Comité Central, en abril de dos mil siete, para la realización de la fiesta patronal de San Juan Bautista (cuya devolución debió realizarse al término de la festividad); mientras que en junio de aquel año, entregaron al tesorero del



comité ya absuelto don Teodoro Tello Flores veinticinco mil soles como donación. De los cien mil soles prestados solo fueron devueltos setenta y dos mil doscientos soles, con un saldo pendiente de veintisiete mil ochocientos soles proveniente de la partida de FONCOMUN, el cual debió estar destinado para obras públicas y prestaciones de servicios en beneficio de la población.

4. OPINIÓN DE LA FISCALÍA SUPREMA PENAL

Mediante Dictamen N.º 1826-2016-2°FSP-FN (folios veinte a treinta y uno del cuadernillo formado en esta instancia), la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal opinó que se debe declarar haber nulidad en la sentencia recurrida, por cuanto el delito de peculado consiste en hacer suyos los caudales o efectos que pertenecen al Estado; y el aprovecharse de las bondades del bien, sin tener el propósito final de apoderamiento para sí o para otro. En efecto, aquí importa, antes que su procedencia presupuestal, la identificación de que su destino se halle fuera de la esfera o fines públicos. El destino fue para un evento cultural, por lo que es menester tomar en consideración la Ley orgánica de Municipalidades y la Constitución Política, que establecen, como funciones de las municipalidades, promover el desarrollo de actividades culturales, de recreación etc, y al ser el dinero destinado para el desarrollo de una actividad cultural, no se destinó el dinero para un fin ajeno al ámbito municipal.

CONSIDERANDO

PRIMERO. ANÁLISIS DE LA VIGENCIA DE LA ACCIÓN PENAL

Según la imputación penal, los hechos ocurrieron en el año dos mil siete, y en atención a la pena cominada para el delito materia de acusación fiscal, a la fecha la acción penal se encuentra vigente.

SEGUNDO. SUSTENTO NORMATIVO

2.1. El artículo veintitrés, del Código Penal, sanciona al que realiza por sí o por medio de otro el hecho punible, y a los que lo cometan conjuntamente con aquel (refiriéndose a la autoría, autoría mediata y coautoría).

2.2. El artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal (adelante CP) sanciona al funcionario o servidor público que se apropiá 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, con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años.

2.3. El artículo cuatrocientos veintiséis, del CP, establece que los delitos previstos en los capítulos dos y tres, del Título dieciocho, del Código Penal, denominado “Delitos contra la administración pública”, serán sancionados, además, con pena de inhabilitación de uno a tres años conforme con los numerales uno y dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal.

2.4. En el artículo treinta y seis, del CP, se precisa que la inhabilitación producirá “incapacidad para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público” (inciso dos).

2.5. En el Acuerdo Plenario número cuatro guion dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias), de treinta de septiembre de dos mil cinco, estableció en el fundamento siete, los presupuestos materiales legitimadores del tipo penal de peculado:

- a. Existencia de la relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos.
- b. La percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita, administración o custodia.
- c. Apropiación o utilización, en el primer caso estriba en hacer suyo 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; mientras que, utilizar, se refiere al aprovechamiento de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.

2.6. En el Acuerdo Plenario número dos guion dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis (Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias), de treinta de septiembre de dos mil cinco, se estableció en el fundamento ocho que:

“Cuando declara un coimputado sobre un hecho de otro coimputado, y que a la vez se trata de hechos propios ya que ellos mismos los han cometido conjuntamente, por lo que su condición no es asimilable a la del testigo, aun cuando es de reconocer que tal testimonio puede ser utilizado para formar la convicción judicial –no existe por ese hecho descalificación procedural–, corresponde valorar varias circunstancias, que se erigen en criterios de



credibilidad -no de mera legalidad-, y que apuntan a determinar si existen datos relevantes que las desnaturalizan situaciones que explicarían que el coimputado pudiese mentir".

Mientras que en el fundamento nueve, se describen las circunstancias que han de valorarse en la declaración de los coimputados:

"**a)** Desde la perspectiva subjetiva, ha de analizarse la personalidad del coimputado, en especial sus relaciones con el afectado por su testimonio. También es del caso examinar las posibles motivaciones de su delación, que éstas no sean turbias o espurias: venganza, odio, revanchismo, deseo de obtener beneficios de cualquier tipo, incluso judiciales, que por su entidad están en condiciones de restarle fuerte dosis de credibilidad. Asimismo, se tendrá del cuidado de advertir si la finalidad de la declaración no sea, a su vez, exculpatoria de la propia responsabilidad. **b)** Desde la perspectiva objetiva, se requiere que el relato incriminador esté mínimamente corroborado por otras acreditaciones indiciarias en contra del sindicado que incorporen algún hecho, dato o circunstancia externa, aún de carácter periférico, que consolide su contenido incriminador. **c)** Debe observarse la coherencia y solidez del relato del coimputado; y, de ser el caso, aunque sin el carácter de una regla que no admite matizaciones, la persistencia de sus afirmaciones en el curso del proceso. El cambio de versión del coimputado no necesariamente la inhabilita para su apreciación judicial, y en la medida en que el conjunto de las declaraciones del mismo coimputado se hayan sometido a debate y análisis, el juzgador puede optar por la que considere adecuada".

2.7. En el fundamento dos punto uno, la Ejecutoria Suprema número seiscientos quince guion dos mil quince de dieciséis de agosto de dos mil dieciséis (emitida por la Sala Penal Permanente), se hizo mención a algunos conceptos referidos al delito de peculado, en los siguientes términos:

Es un delito especial porque típicamente restringe los contornos de la autoría a determinados sujetos cualificados –en este caso, de funcionarios o servidores públicos–, pero, al mismo tiempo, se trata de un delito de infracción de deber porque el fundamento de la responsabilidad penal a título de autor reside en el quebrantamiento de un deber positivo asegurado institucionalmente¹.

2.8. La novena disposición transitoria del Decreto Supremo número ciento cincuenta y seis guion dos mil cuatro-EF, vigente desde el uno de enero de dos mil dos, estableció que la utilización de todos los recursos asignados que constituyen rentas de las municipales provenientes del FONCOMÚN, estarán sujetos a rendición de cuenta. Mientras que la décima disposición, se precisó que los concejos municipales provinciales y distritales, a partir

¹ Reaños Pescheira, José Leandro. La administración de caudales por delegación de competencias funcionariales. En Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencias Penales número cuatro, Lima, Grijley 2003, p. 351.



del año dos mil tres, deberán aprobar su plan integral de desarrollo. Los recursos del Fondo de Compensación Municipal (FONCOMÚN), que perciban se utilizarán para la implementación de dicha plan.

TERCERO: ANÁLISIS JURÍDICO FÁCTICO

3.1. Tal como lo señaló la Fiscalía Suprema, es absolutamente irregular y cuestionable la forma desordenada en que los procesados (alcalde y regidores) como miembros del Concejo Provincial de Cutervo, administraron los fondos públicos asignados al FONCOMÚN, por cuanto este fondo pertenece a la partida presupuestal de los entes locales, el que les permite destinarlos al gasto corriente², al pago de deudas, así como las inversiones.

3.2. Es evidente que los préstamos que se refieran a actividades de turismo, cultura y recreación no están comprendidos dentro del concepto de gasto corriente. Por ende, se empleó en forma y fin distinto para el que los fondos de dicha cuenta presupuestal estaban preconcebidos, puesto que los fondos públicos tienen que cumplir los fines y metas presupuestales que los marcos normativos les asignan; caso contrario serán postergadas por su incorrecta inversión.

3.3. El delito de peculado por apropiación, se configura cuando el agente se apodera, adueña, atribuye, apropiá o hace suyos los caudales o efectos del Estado que le han sido confiados por razón del cargo que desempeña al interior de la administración pública para custodiarlos o administrarlos³.

La conducta del funcionario peculador constituye una apropiación. Él no sustrae los bienes, ellos ya están en su poder de disposición en función del cargo que desempeñan. No administra los bienes aplicándolos a la función pública para el que están destinados, sino que dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio⁴. La forma de apropiación puede recaer tanto en actos materiales de incorporación de los caudales o efectos al patrimonio del autor, como en actos de

² El gasto corriente está destinado a la contratación y pago de los recursos humanos y adquisición de bienes y servicios necesarios para el desarrollo de las funciones inherentes de la institución pública concernida.

³ Salinas Siccha, Ramiro. Delitos contra la Administración Pública. Editorial Griley. Lima 2016, p. 365.

⁴ Ibidem.



disposición inmediata, como alquiler, préstamos, entrega a terceros o donaciones.

3.4. El delito de malversación de fondos, se configura cuando el agente, de modo definitivo otorga o da al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, un destino final diferente al previamente establecido, lesionando o poniendo en peligro el servicio o la función pública encomendada, lo que en el presente caso no ocurrió.

3.5. Como se puede observar, el dinero pertenecía a la partida del Fondo de Compensación Municipal, que tenía un destino genérico, por lo que podía ser utilizado solo previa coordinación entre los funcionarios encargados y así darle un objetivo concreto.

3.6. Los hechos están probados, debido a que existió el préstamo primero y después la donación, lo que debe ser materia de análisis es si la conducta de los procesados afectó la correcta administración pública.

La disposición de cien mil soles de las arcas municipales, efectivamente, fue a través de un préstamo acordado en sesión de concejo y con las formalidades del caso; sin embargo, no puede tomarse como legal debido a que la municipalidad no es una agencia financiera o bancaria.

Las municipalidades tienen como función el desarrollo de actividades turísticas pero no a través del otorgamiento de préstamos, por lo que no se justifica tal accionar.

3.7. El procesado Delgado Olivera paralelamente a su función de alcalde fue presidente del comité que organizó el evento, lo cual denota el ánimo de obtener ventaja irregular al utilizar dinero del Estado, de la fuente FONCOMÚN cuya finalidad era cubrir gastos corrientes, que aunque no tenía un destino concreto, ya tenía un fin prefijado al que aquel dinero debió ser debidamente destinado.

3.8. La conducta defraudatoria de los procesados salió a la luz recién en julio de dos mil siete, ante el visible quebrantamiento del deber funcional y como los organizadores del evento no devolvieron el dinero prestado, informaron al jefe del departamento de asesoría jurídica, y en agosto los pobladores amortizaron parte de la deuda con treinta y dos mil soles, para en septiembre depositar diez mil soles más, así fueron pagando la deuda



en el dos mil diez y finalmente en el año dos mil doce devolvieron veinticinco mil soles, por lo que se aprecia el perjuicio patrimonial al Estado, debido a que el monto estuvo fuera de las arcas estatales por más de cuatro años.

3.9. Es preciso indicar que en la octava conclusión del Informe Pericial Contable⁵ los señores peritos detallaron los montos depositados con la finalidad de amortizar el préstamo de cien mil soles; mientras que en la novena conclusión, se precisó que el saldo pendiente a depositar a cargo del comité organizador asciende a veintisiete mil ochocientos soles, por lo tanto, ese es el monto que deberán devolver, sin perjuicio de los intereses que están señalados en la ley.

3.10. En consecuencia, los agravios propuestos por la defensa no resultan de amparo.

DECISIÓN

Por ello, con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal e impariendo justicia a nombre del pueblo, los integrantes de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, **ACORDARON:**

I. Declarar NO HABER NULIDAD en la sentencia de diecinueve de agosto de dos mil dieciséis (folios dos mil doscientos noventa y cuatro a dos mil trescientos cinco), emitida por los señores jueces de la Sala Penal Liquidadora Transitoria, de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que condenó a don Wilson Ademar Delgado Olivera, don José Jaime Mestas Ponce y don Gerardo Quiroz Idrogo, como coautores del delito de peculado doloso por apropiación en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Cutervo, y como tal les impusieron cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el periodo de tres años, e inhabilitación por el término de cuatro años (de conformidad con el numeral dos, del artículo treinta y seis, del Código Penal), y fijaron en cinco mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberán pagar de manera solidaria a favor de la agraviada, sin perjuicio de restituir lo ilícitamente apropiado.

⁵ Véase los folios dos mil ciento setenta y cuatro a dos mil ciento ochenta y cinco.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**PRIMERA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 2534-2016
LAMBAYEQUE**

II. Declarar HABER NULIDAD en cuanto ordenan devolver cincuenta y dos mil ochocientos soles (lo supuestamente apropiado ilícitamente); **REFORMÁNDOLA**, impusieron devolver veintisiete mil ochocientos soles, más intereses. Interviene la señora jueza suprema Chávez Mella, por licencia del señor juez supremo Prado Saldarriaga.

Tómese razón y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHÁVEZ MELLA

JS/marg