



## CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

### SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 4118-2006

CUSCO

Lima, dos de octubre de dos mil siete

**VISTOS;** interviniendo como ponente el señor Vocal Supremo Pedro Guillermo Urbina Ganvini; el recurso de nulidad interpuesto por los encausados Tomás Rolando Álvarez Sarmiento y Donato Mamani Páucar contra la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, del veinte de julio de dos mil seis; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el encausado Tomas Rolando Álvarez Sarmiento en su recurso formalizado de fojas quinientos sesenta y cinco alega que la decisión de comprar un volquete en vez de un ómnibus fue tomada en sesión de Consejo Municipal por él y los regidores, que no existe prueba de una sobrevaluación en la compra del volquete ni que se apropió del saldo del préstamo bancario pues con él se realizaron obras a favor de la Municipalidad, que los faltantes de dinero son consecuencia de un error en la consignación de montos en los libros contables, que las pericias contables carecen de validez pues son imprecisas y se realizaron sobre la base de documentación incompleta, que no concurre la agravante del peculado pues el ómnibus no es un caudal o efecto destinado a fines de asistencia o apoyo social, que la carga de la prueba la tiene el Ministerio Público, que no se probó la responsabilidad penal que se le atribuye, y que se infringió el principio *in dubio pro reo*; que el encausado Donato Mamani Páucar en su recurso formalizado de fojas quinientos setenta y cuatro aduce que no se probó la comisión del delito ni la responsabilidad penal que se le imputa, que los hechos materia de acusación configuran el delito de malversación de fondos y no el de peculado, que el informe pericial se realizó con documentación incompleta y no constituye prueba de cargo, que se acreditó que el remanente del préstamo bancario se invirtió en obras a favor de la Municipalidad y que no se lo apropió o lo empleó en beneficio propio, y que se infringió el principio *in dubio pro reo*. **Segundo:** Que se imputa a los encausados Tomás Rolando Álvarez Sarmiento y Donato Mamani Páucar que en su calidad de Alcalde Distrital de la Municipalidad de Marcapata el primero y regidor de economía el segundo -conjuntamente con los encausados ausentes Domingo Karita Cotaluque, Nirlen Gonzáles Solórzano y Mercedes Rodríguez Vallenas- utilizaron en su beneficio ciento treinta y cinco mil nuevos soles (saldo de los cuatrocientos mil nuevos soles que el Banco de la Nación otorgó como préstamo a la referida Municipalidad y que carece de documentación sustentatoria). **Tercero:** Que el punto central de la imputación penal reside en determinar si dicho dinero restante (los referidos ciento treinta y cinco mil nuevos soles) se invirtió en obras a favor de la Municipalidad Distrital, como alegan los encausados Álvarez Sarmiento y Mamani Páucar, o fueron usados por estos en su beneficio; que en autos están probados tres hechos esenciales: i) que la aludida suma de dinero no existe



en los fondos de la Municipalidad Distrital, no tiene respaldo contable (pericia contable de fojas trescientos treinta y uno, ratificada a fojas trescientos cuarenta y seis) ni consta la documentación que acredite que se empleó en obras a favor de la Municipalidad, ii) que la administración y el manejo del dinero se encontraba confiada y los realizaba el encausado Álvarez Sarmiento en razón de su cargo de Alcalde Distrital, quien tenía deberes especiales de lealtad y custodia respecto a él (disponibilidad jurídica en razón a su competencia funcional); y iii) que el citado Alcalde encausado retiró dinero de la cuenta bancaria del Banco de la Nación sin justificar documentalmente su uso o destino.

**Cuarto:** Que las obras en las que los encausados Álvarez Sarmiento y Mamani Páucar aducen se invirtió el saldo de la compra del volquete (adquirido a cincuenta mil dólares americanos), esto es, la pavimentación de la Plaza de Armas y electrificación de la localidad de Chique, no están sustentadas con prueba idónea, lo que constituye un indicio de mala justificación; que las fotografías -corrientes de fojas doscientos diecinueve a doscientos cincuenta y seis- presentadas como prueba instrumental para justificar el gasto, solo reproducen una imagen estática y parcial en un momento dado, no tienen aptitud para demostrar por sí solas que las obras se realizaron con el saldo del dinero del préstamo, ni el costo de tales obras, ni cuál fue el monto de lo invertido, tanto más si no poseen fecha cierta de cuándo fueron tomadas ni tiene entidad para desvirtuar las conclusiones de la pericia contable.

**Quinto:** Que el contexto en el que se produjo el hecho imputado refuerza la tesis inculpativa contra los encausados Álvarez Sarmiento y Mamani Páucar, pues el préstamo fue solicitado al Banco de la Nación con el fin específico de adquirir una unidad de transporte público (ómnibus) y, una vez otorgado, se empleó, por acuerdo de los citados encausados, para la obtención de un volquete de segundo uso y de menor precio, en cuya compra se infringieron, además, las normas sobre el procedimiento de adjudicación directa y las normas presupuestarias.

**Sexto:** Que la responsabilidad penal del encausado Mamani Páucar como cómplice secundario del delito de peculado se colige de los actos de asistencia que, en su calidad de regidor de economía, realizó al alcalde encausado Álvarez Sarmiento, como es posible que retire dinero del Banco con su firma (véase fotocopia de cheque de fojas nueve).

**Séptimo:** Que si bien los peritos contables refirieron que no se les proporcionó toda la documentación que solicitaron, se aprecia que la información faltante está referida a cuestiones presupuestarias y del procedimiento de adquisición del volquete, que no inciden en la concreta conducta inculpada; que, en todo caso, respecto al dinero faltante advertido pericialmente -sobre la base de la documentación existente-, los encausados sostienen el argumento ya desvirtuado que se usó en obras a favor de la Municipalidad Distrital.

**Octavo:** Que es de advertir que la calificación jurídica de delito de peculado agravado -previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal- carece de sustento porque esa agravante se configura cuando el objeto del delito son caudales o efectos destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social -bienes especialmente destinados a prestar socorro, favor o ayuda social-, lo que no sucede en el presente caso en el que el objeto del delito es el dinero producto de un préstamo bancario, supuesto que es subsumible en el tipo básico de peculado -previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal-; que la subsunción de la conducta de los encausados Álvarez Sarmiento y Mamani



Páucar en el tipo penal de peculado simple posibilita a este Supremo Tribunal desvincularse de la calificación jurídica que se estableció en la acusación fiscal; que, en este caso, la desvinculación de la acusación fiscal no vulnera el principio acusatorio ni el derecho de defensa, en tanto no implica una alteración de los hechos imputados -sino solo un cambio de calificación jurídica más favorable-, y además el delito de peculado básico vulnera en lo esencial idéntico bien jurídico al del delito acusado y es de menor gravedad; que, asimismo, los hechos objeto de condena integraron el debate contradictorio en la medida en que el delito de peculado agravado tiene como presupuesto o antecedente la acreditación del tipo básico de peculado. **Noveno:** Que, por otro lado, conforme a la acusación fiscal, los hechos incriminados no configuran el delito de malversación de fondos -previsto en el artículo trescientos ochenta y nueve del Código Penal-, pues objeto de imputación no es el hecho que los encausados dieran al dinero una aplicación diferente a la que estaba destinada en el ámbito público, sino el empleo en su beneficio de tal dinero. **Décimo:** Que, por otro lado, de autos se observa que ni la Municipalidad Distrital de Marcapata ni la Procuraduría Pública se constituyeron en parte civil pese a lo cual el Juez Penal y Colegiado Superior admitieron su intervención como parte legitimada en el proceso; que, sin embargo, se aprecia que la actuación del Abogado de la referida Municipalidad y de la señora Procuradora Pública no incidió decisivamente en la resolución final -la sentencia hubiera permanecido invariable aun sin haberse cometido la infracción-, ni generó indefensión material a los encausados, por lo que dicho vicio procedimental, en términos de trascendencia, carece de entidad para generar la nulidad de la sentencia. **Undécimo:** Que el delito de peculado afecta el patrimonio y el orden funcional de la entidad estatal respectiva, y la Municipalidad es un órgano autónomo en la administración y gestión de su patrimonio, por lo que el Estado -como gobierno central- no puede ostentar concurrentemente esa calidad, en tal sentido, es del caso absolver a los encausados Álvarez Sarmiento y Mamani Páucar de la acusación fiscal por el delito de peculado en agravio del Estado. **Decimosegundo:** Que el delito de peculado tiene prevista la pena principal de inhabilitación conforme al artículo cuatrocientos veintiséis del Código Penal, pena que se circunscribe a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código acotado y cuya omisión en el fallo de instancia es de rigor subsanar con arreglo a lo dispuesto en el penúltimo párrafo del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas cuatrocientos cuarenta y dos, del veinte de julio de dos mil seis, en el extremo que condena a Tomás Rolando Álvarez Sarmiento como autor a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, y a Donato Mamani Páucar como cómplice secundario a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de un año, ambos bajo las reglas de conducta impuestas, y fija por concepto de reparación civil la suma de mil nuevos soles a favor de la Municipalidad Distrital de Marcapata, sin perjuicio de devolver el dinero apropiado; declararon **HABER NULIDAD** en cuanto los condena por delito contra la Administración Pública - peculado agravado, considera como agraviado de dicho delito al Estado y fija a favor de este mil nuevos soles por concepto de reparación civil; reformándola: **ABSOLVIERON** de la acusación fiscal formulada



en su contra por delito de peculado agravado en perjuicio del Estado; **MANDARON** se archive definitivamente lo actuado en ese extremo, y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales; **CONDENARON** a los encausados por el delito contra la Administración Pública - peculado (tipo básico) en agravio de la Municipalidad Distrital de Marcapata; **INTEGRARON** la propia sentencia en cuanto a la pena de inhabilitación impuesta, en el sentido que los derechos restringidos son los establecidos en los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal; declararon **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; y los devolvieron.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

ROJAS MARAVÍ

CALDERÓN CASTILLO

URBINA GANVINI

Pasión por el  
**DERECHO**