



FACULTAD DE DERECHO

INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE

PENAL N° 2156- 2013

PRESENTADO POR
ANDREA ANTONELLA ESPINOZA ALBORNOZ

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL
PARA OPTAR POR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADA

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

El autor sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTÍN DE PORRES

**INFORME JURÍDICO DE EXPEDIENTE PENAL PARA OPTAR EL TÍTULO
PROFESIONAL DE ABOGADA**

Materia : Delito de peculado doloso por extensión
Número de Expediente : 2156- 2013
Imputados : F.S.Q.B. y O.H.S.
Agraviado : El Estado
Bachiller : Andrea Antonella Espinoza Albornoz.
Código : 2013103640

LIMA – PERÚ

2021

RESUMEN

En el presente informe se analizan los tipos penales del delito de peculado por extensión y de malversación de fondos, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, todo esto enmarcado en el análisis del expediente N° 2156- 2013, el cual tiene su origen en la Hoja Informativa N° 045-2010- MINDEF/OCI y anexos, actividad de control iniciada por las denuncias que fueron puestas en conocimiento del Órgano de Control Institucional del MINDEF por ex directivos de la Asociación de Discapacitados de las Fuerzas Armadas del Perú (ADISFFAAP); posteriormente, se formalizó la investigación penal mediante la cual se le imputa a O.H.S, T.A.B y F.Q.B haber incurrido en el delito de peculado doloso – respecto al primer imputado - y cohecho pasivo propio – respecto al segundo y tercer imputado-; para luego en el REQUERIMIENTO MIXTO de la presente investigación, el Fiscal a cargo decidió SOBRESER la investigación en contra de T.A.B por el delito de cohecho pasivo propio, y contra F.Q.B por el delito de cohecho activo genérico, en agravio del Estado y FORMULAR acusación fiscal contra O.H.S y F.Q.B como coautores del delito de peculado y malversación en agravio del Estado. Con fecha 03 de marzo de 2016 los acusados fueron sentenciados en primera instancia por el Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia del Callao, RESOLVIENDO: ABSOLVER a O.H.S y F.Q.B por el delito de malversación de fondos y CONDENAR a O.H.S y F.Q.B por el delito de peculado por extensión, IMPONIENDOSELES 4 años de pena privativa de libertad, la misma que se suspende por el término de tres años bajo la observancia de reglas de conducta. Dicha sentencia fue apelada ante la Sala Penal de Apelaciones del Callao, la cual revocó la sentencia en el extremo de la pena impuesta a los condenados y reformándola resolvió Imponer 4 años de pena privativa de libertad EFECTIVA. Finalmente, la Corte Suprema declaró inadmisibles los recursos de casación presentados por los condenados.

Índice de Informe Jurídico

1. Relación de los hechos principales expuestos por las intervinientes en el proceso.....pág. 2
 - A) Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria...pág. 2
 - B) Requerimiento Mixto.....pág.6
 - C) Auto de Enjuiciamiento.....pág.9
 - D) Sentencia de primera instancia.....pág.11
 - E) Sentencia de vista (segunda instancia).....pág.13
 - F) Recurso de casación.....pág.14

2. Identificación y análisis de los principales problemas jurídicos del Expediente.....pág.14
 - A) Los elementos del tipo en el delito de peculado.....pág.21
 - B) Los elementos del tipo en el delito de malversación.....pág.24
 - C) ¿Cómo probar el delito de peculado?.....pág.29
 - D) Se logra enervar la presunción de inocencia de la que gozan los imputados en el presente caso, respecto al delito de peculado..pág.30
 - E) No constituye delito de malversación las conductas imputadas a los sentenciados.....pág.31

3. Conclusiones.....pág.31
4. Bibliografía.....pág.32
5. Anexos.....pág.32

1) Relación de los hechos principales expuestos por las partes intervinientes en el proceso

A) Formalización y continuación de la Investigación Preparatoria

Hechos relacionados a O. H .S

En 1993 se creó la Asociación de Impedidos Físicos de las Fuerzas Armadas del Perú, que posteriormente paso a llamarse Asociación de Discapacitados de las Fuerzas Armadas del Perú en adelante ADISFFAAP. En la Disposición Fiscal se resaltan que entre los fines y objetivos de dicha institución están, la seguridad y bienestar social de sus asociados, miembros, y otorgar servicios de previsión social, crédito social, cultura social, inversión social y vivienda.

Con fecha 12 de febrero de 2009, el Ministerio de Defensa (MINDEF), a través de la Resolución Ministerial N° 110-2009-DE/SG, aprobó la Directiva General N° 004-2009/MINDEF/VRD/DGGA/DC, con la finalidad de establecer criterios para el uso de los fondos públicos transferidos mediante subvenciones. Este criterio se vuelven de uso obligatorio para las entidades que reciben dicha subvención, entre ellas encontramos a la ADISFFAAP.

Desde el año 2009 al 2013 el MINDEF viene otorgando una subvención mensual a la ADISFFAAP, lo cual se puede constatar en las autorizaciones de las Leyes Anuales de Presupuesto del Sector Público. En el año 2009 le fueron transferidos S/. 174,066.00, en el año 2010 S/. 150,000.00, en el año 2011 S/. 150,000.00 y en el año 2012 S/. 174,000.00.

Desde el año 2009 O.H.S y F.Q.B, ocupaban los cargos de Presidente y Director de Economía de la ADISFFAAP, de acuerdo al Estatuto de la institución dichos cargos les permiten tener posesión mediata respecto de sus fondos, ya que, tienen la administración del dinero transferido por las subvenciones.

Con fecha 30 de junio de 2011 el Jefe de Control Institucional del Ministerio de Defensa, aprobó la **Hoja Informativa N° 045-2010-MINDEF/OCI y anexos**, actividad de control que tiene su origen en las denuncias que fueron puestas en conocimiento del Órgano de Control Institucional del MINDEF por ex directivos de la ADISFFAAP, se evaluaron los gastos con cargo a las subvenciones recibidas por el MINDEF, constatar si dichos recursos se utilizaron para el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos en el Estatuto de la ADISFFAAP.

En dicha actividad de control se determinó que la ADISFFAAP utilizó en forma irregular los fondos que el MINDEF le transfirió como subvención a la cuenta bancaria N° 205-3000022833 del Banco Interbank. Ejecuto gastos cuyos comprobantes de pago son de empresas inexistentes y que no están autorizadas por la SUNAT, se pagó debidamente recibos por honorarios, se hizo entregas en efectivo a socios, se utilizaron dichos recursos en la celebración del aniversario de la asociación, se permitió que se depositen en la cuenta bancaria antes mencionada recursos de fuentes distinta, afectando el control de los fondos subvencionados.

En relación a lo señalado por los auditores, el Fiscal resalta que durante los años 2009 y 2010, la ADISFFAAP sustentó parte de sus rendimientos de cuenta con boletas de venta de MI FARMA, por un monto de S/. 3,023.70 soles, las mismas que carecen de autorización de impresión de la Sunat.

En relación a esos documentos, el representante legal de MI FARMA (mediante carta del 11 de febrero de 2011) señaló que el local donde supuestamente se emitieron dichos comprobantes de pago ya no se encontraba en funciones, el mismo solo funcionó hasta marzo de 2008. Además agrego que el formato que se utiliza en dichos comprobantes observados no son los que utilizan en dicho establecimiento comercial. Por último, la empresa que supuestamente habría impreso dichos comprobantes de pago, indican que esas boletas no corresponden a las impresiones realizadas por dicha empresa.

Respecto a los pagos indebidos de recibos por honorarios, durante los años 2009 y 2010, la comisión de auditoria determinó que corresponden al pago de conceptos por asesoría legal, contable, trámites administrativos, limpieza y mantenimiento, seguridad y vigilancia, por un importe de S/. 22, 300.00.

C.A.V.E, aparece en la emisión de recibos por honorarios, por servicio de mantenimiento y limpieza, lo cual fue desmentido por la misma aludida, ya que indicó que dichos pagos fueron por concepto de sus beneficios sociales en mérito a una transacción extrajudicial.

La comisión de auditoría también determinó que la ADISFFAAP utilizó la cuenta corriente N° 205-3000022833 del Banco Interbank, la cual fue usada para realizar movimientos bancarios de ingresos y egresos con dinero producto de otras fuentes ajenas a las subvenciones mensuales del MINDEF.

Otra observación es respecto a los comprobantes de pago con deficiencias en las rendiciones de cuenta de la ADISFFAAP:

- Comprobantes que sustentan rendiciones antes del inicio de las actividades del proveedor.
- Con denominación diferente del obligado tributario.
- Comprobantes emitidos sin la autorización de la SUNAT y con imprenta no válida.

Como ejemplo ponen las boletas emitidas por la Botica San Gerónimo de H.N.M C.

Con fecha 12 de mayo de 2009 O.H.S, en su rendición de cuentas como Presidente de los meses de marzo y abril de 2009, presentó una factura N° 001-001742 de CC Ingeniería Diésel Part EIRL por el monto de S/. 1,800.00 por concepto de freno, cambio de aceite de caja, reparación de rampa hidráulica del bus Volvo. Al respecto O.C.P, propietario de dicho taller, en su declaración afirmó haber realizado dicho servicio, pero no cobro dinero por el mismo, por el motivo que O.H.S se llevó la factura, pero nunca la pagó, por lo que la anuló de su libro de ventas.

En mérito a todo lo señalado se advierte que la rendición de cuentas presentado por O.H.S y F.Q.B. a la Dirección General de Gestión Administrativa del MINDEF, se sustentaron en pagos simulados, que se encuentran sustentados en documentos que se habrían elaborado ex profesamente para simular el gasto del dinero entregado en subvención a la ADISFFAAP. (Hoja Informativa N° 045-2010-MINDEF/OCI (fs. 438) y el Informe Contable pericial N° 07-2013 (fs. 1654))

Existiría una apropiación de caudales públicos provenientes de la Dirección General de Gestion Administrativa del MINDEF, lo que determina que sus conductas se adecuan al supuesto de hecho del artículo 387° del CP. concordado con el artículo 392° del CP.

Hechos relacionados a T.A.B y F.Q.B

Conforme a la Directiva General N° 004-2009/MINDEF/VRD/DGGA/DC que establece las normas para la asignación, transparencia y control de los recursos públicos otorgados a las entidades subvencionadas, corresponde a la Dirección de contabilidad entre otros: Revisar las rendiciones de cuentas de las subvenciones y dar el visto bueno para su giro respectivo. Dicha labor de control y monitoreo le correspondía a T.A.B, como es de verse del Oficio N° 1539-2012-MINDEF-VRD/DGA/C/02

El Órgano de Control Institucional concluyo en la actividad de control en la actividad de control realizada que el encargado de control y monitoreo de las rendiciones de cuenta, esto es, T.A.B, incumplió dicha

labor. Se agrega que T.A.B se encontraba sujeto al Régimen Laboral del DL N° 276 (Oficio N° 2033-2012-MINDEF/VRD/A)

Existen dos fotocopias de recibos de egresos de la ADIFFAAP a nombre de T.A.B., por concepto de gastos administrativos y trámites administrativos documentarios ante la OGA por montos de S/. 200 cada una, ambos son del mes de abril de 2010, pagos que serían prohibidos de acuerdo al régimen laboral en el que se encontraba T.A.B

Según declaración de F.Q.B, reconoció haber llenado en forma personal dichos recibos.

Lo cual permitiría inferir que T.A.B. recibió un donativo para omitir sus funciones de control y monitoreo

Extremos no formalizados

Respecto al investigado J.S.H (fue el vicepresidente de la ADISFFAAP), la atribución hecha en su contra no se subsume en el delito de peculado, por no existir vinculación funcional real o jurídica con los caudales objeto del delito, de acuerdo al Estatuto de al ADISFFAAP.

Respecto a las solicitudes de exclusión de la investigación

J.S.H y O.H.S solicitaron se les excluya de las investigaciones por que se estaría lesionando el principio de ne bis in ídem.

Lo cual fue rechazado por no existir dicha vulneración a sus derechos fundamentales, ya que, las dos investigaciones son por diferentes delitos que cada uno protege un bien jurídico diferente. Los hechos y fundamentos son diferentes.

Plazo: 120 días naturales

IMPUTACIONES

O.H.S: Haberse apropiado, durante los años 2009 y 2010, de parte de las subvenciones otorgadas por la Administración General del MINDEF a la ADISFFAAP, por el cargo de presidente que ocupo durante esos años. (Peculado doloso)

F.Q.B: Haberse apropiado, durante los años 2009 y 2010, de parte de las subvenciones otorgadas por la Administración General del MINDEF a la ADISFFAAP, por el cargo, por el cargo de director que ocupo durante esos años. (Peculado doloso)

La forma de apropiación de dichos caudales se dio al haber presentado documentos falsos en la sustentación de las rendiciones de cuenta ante la Administración General del MINDEF con motivo de las subvenciones otorgadas.

T.A.B: Haber recibido en el mes de abril de 2009, con el fin de omitir el control y monitoreo de las rendiciones de cuenta presentadas por la ADISFFAAP. (Cohecho Pasivo Propio)

F.Q.B: Haber dado dinero a T.A.B en el mes de abril 2009, para que omita actos en violación de sus obligaciones (Cohecho Activo Genérico). Todo está basado en prueba indiciaria

B) Requerimiento Mixto

Con fecha 16 de abril de 2014, el Fiscal Provincial Titular Javier Wilfredo Huamaní Muñoz presentó requerimiento mixto, como resultado de las diligencias llevadas a cabo durante la investigación preparatoria.

Extremo que sobresee

La investigación en contra de T.A.B por el delito de cohecho pasivo propio, y contra F.Q.B por el delito de cohecho activo genérico, en agravio del Estado. Por no contar con los suficientes elementos de convicción que permitan atribuírsele a los imputados dichos delitos.

En la declaración de TAB, indicó que nunca ha prestado servicios a la ADISFFAAP, tampoco haber recibido dinero por parte de esta institución, ni tampoco ha firmado ningún recibo.

No fue posible llevarse a cabo una pericia grafotécnica de los supuestos recibos en cuestión, por no contar con las muestras idóneas, en otras palabras no tener los documentos originales y solo copias simples. Del informe contable pericial N° 07-2013, no se verificaron documentos originales del pago efectuado al procesado TAB.

El mismo concluyo en que no existen elementos de convicción suficientes, idóneos y razonables que nos permitan establecer que los imputados son los autores del delito de cohecho en sus modalidades pasivo propio y activo genérico.

Extremo que acusa

Formula acusación fiscal contra **O.H.S y F.Q.B** como coautores del delito de peculado y malversación en agravio del Estado.

Los acusados tuvieron posesión mediata respecto a los fondos de ADISFFAAP, en virtud a su Estatuto, tienen la administración en forma mancomunada de los dineros de la asociación, que fueron subvenciones otorgadas mensualmente por el MINDEF.

La entrega de la subvención mensual fue suspendida durante el año 2011 por recomendación de OCI MINDEF, como resultado de un examen especial a las rendiciones de cuenta de los años 2009 y 2010. (Pág. 107)

En virtud a la Hoja Informativa N° 045-2010-MINDEF/OCI y anexos, que fue emitida en merito a denuncias interpuestas por ex directivos de la ADISFFAAP, a fin de evaluar su veracidad y evaluar los gastos efectuados por la asociación con los montos transferidos por la subvención del MINDEF (si dichos recursos se utilizaron para el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos en el Estatuto de la ADISFFAAP.

SE DETERMINO LO SIGUIENTE: existió un uso irregular de dichos recursos durante los años 2009 y 2010. En la rendición de cuentas se presentó lo siguiente:

Respecto al PECULADO

Boletas de venta correspondiente a la empresa MI FARMA

Suman un monto total de S/. 3 023.79 soles

Observación: carecen del número de autorización de impresión de la SUNAT, corroborado con el Informe Pericial Contable.

Un informe contable posterior, se determinó que son 15 boletas de venta falsas (12 boletas del 2009 y 3 boletas del 2010 por un monto de S/. 2,661.20) (Pág. 109)

El representante legal de MI FARMA (carta del 11 de febrero de 2011) indico que el establecimiento de la Av. Abancay N° 390-Lima, funciono hasta el mes de marzo de 2008, agregando además que el formato de las boletas de venta no son las que se utilizaban en dicho establecimiento.

El Gerente General de YCHIFORMAS (carta de 02 de marzo de 2011) afirmó que dichos comprobantes de pago no corresponden a las impresiones realizadas por la citada empresa.

Otras deficiencias en los comprobantes de pago (existe un cuadro):

- Comprobantes que sustentan rendiciones antes del inicio de las actividades del proveedor
- Con denominaciones diferentes del obligado tributario
- Emitidas sin la autorización de la SUNAT y con imprenta no válida
- Respecto a todas estas observaciones tenemos que destacar:
La boleta de venta N° 005-0000365 de la Botica San Jerónimo de Hernán Nicanor Mendieta Cárdenas (respecto al primer punto)
Factura N° 001-001-001742 de CC Ingeniería Diesel Part EIRL por el monto de S/. 1,800

Llego a la conclusión que se ha determinado un perjuicio al Estado ascendente a S/. 2,661.20 soles del dinero destinado para las subvenciones en el año 2009 y 2010.

Respecto al delito de Malversación de fondos

La comisión de auditoria determino que la ADISFFAAP en los años 2009 y 2010 pago indebidamente recibos por honorarios con cargo a la subvención del MINDEF, por un importe de S/. 22,300 soles.

Según al Informe contable, el ADISFFAAP realizo pagos indebidos, con el dinero de la subvención durante los años 2009 al 2012.

En el año 2009 pago indebidamente 40 recibos por honorarios por el importe de S/. 23,400.

En el año 2010 se pagó indebidamente 85 recibos por honorarios por un total de S/. 49,000.00

En el año 2011 se pagó indebidamente 61 recibos por honorarios por un importe de S/. 37,590.00

En el año 2012 se pagó indebidamente 46 recibos por honorarios por un total de S/. 33,170.00

La suma total de estos importes hace un total de S/. 143,160.00, contraviniendo de esta manera la Directiva General N° 004-2009/MINDEF/VRD/DGGAD/DC.

Hay las tablas señalando los recibos por años (pág. 11 y ss.)

Mencionan el caso de la Sra. C.A.V.E.

Otros casos:

- El caso de la boleta N° 001-000024 (del 09 de abril de 2010) por el monto de S/. 3,400.00 por alquiler de toldos, mesas y sillas

vestidas para el aniversario de la Asociación. También se pagó orquesta (S/. 1,450.00) y animación (200 soles), recibos por honorarios firmados por el Presidente y el Director de Economía de la Asociación.

- También se ve una factura por el monto de S/. 5,000.00 soles por el concepto de colocación de toldos y sillas, estrado principal y reflectores para el aniversario institucional
- Ninguna de las dos cuenta con el requisito que se exigía, el cual era que sea aprobada en sesión de consejo directivo de la asociación dichos gastos, que se encuentren debidamente programados, incumplimiento así la Directiva General N° 004-2009/MINDEF/VRD/DGGAD/DC. Lo señalado para gastos protocolares.

Se tiene por tanto, respecto a este delito, que existe un perjuicio al Estado de S/. 153,460.00 soles.

Respecto a la pena propuesta, lo evalúa usando el sistema de tercios, para luego agregar las agravantes y atenuantes de los acusados.

Por concurso real, la pena queda de la siguiente manera según la acusación fiscal: 5 años y 2 meses + 4 años 05 meses y 15 días = 9 años, 7 meses y 15 días.

No toca el tema de la reparación civil porque la procuraduría se ha constituido en actor civil

C) Auto de Enjuiciamiento

Con fecha 08 de agosto de 2014 se emite el Auto de Enjuiciamiento (Resolución N° 12), resolvió declarar la existencia de una relación jurídica procesal válida. Fueron admitidos los siguientes medios probatorios:

De la parte de la Fiscalía

- Prueba Personal
 - Testimonio de P.A.G.V
 - Testimonio de J.A.C.M
 - Testimonio de L.L.C.A
 - Testimonio de C.A.V.E
 - Testimonio de J.M.R
 - Testimonio de J.M.M.C
 - Testimonio de S.M.C
 - Testimonio de R.A.S.C
 - Testimonio de N.L.S.B
 - Testimonio de M.R.E.O
 - Testimonio de A.P.S.C

- Prueba Documental
 - Copia simple de:
 - 12 Boletas de venta del año 2009 de MIFARMA.
 - 03 Boletas de venta del año 2010 de MIFARMA.
 - Carta de la Farmacia Ychiformas.
 - 15 Boletas de venta originales del año 2009 de MIFARMA
 - Carta de MI FARMA del 11 de febrero de 2011, en copias certificadas.
 - Respecto al delito de malversación
 - Copia simple de la transacción extrajudicial suscrita entre CAVE con representantes de la ADISFFAAP
 - Papeletas de depósito a favor del tesoro público por los importes S/. 2163.20, S/. 498.00, S/. 12,500.00 y S/. 2600.00
 - Copias simples de recibos por honorarios números 001-000180, 001-000181, 001-000182, 001-000183, 001-000185, 001-000189, 001-000190, 001-000192, a nombre de CAVE, cada uno por montos de S/. 500.00.
 - Original del Informe Pericial N° 07-2013, del 27 de marzo de 2013.
 - Las conclusiones del Informe Pericial N° 01-2014
 - Boleta de venta N° 001-000024, del 09 de abril de 2010.
 - 03 recibos originales de honorarios: 001-000123, 001-000125, 001-000126 del 09 de abril de 2010
 - Copia simple de la factura 0002-000165 del 28 de abril de 2012
 - Oficio n° 6775-2013-INPE/13 en original
 - Actas de declaraciones de :
 - P.A.G.V
 - J.A.C.M
 - L.L.C.A
 - C.A.V.E
 - J.M.R
 - J.M.M.C
 - S.M.C
 - R.A.S.C
 - N.L.S.B
 - M.R.E.O
 - A.P.S.C
 - F.S.Q.B (declaración indagatoria)
 - O.H.S (declaración indagatoria)

La representante del Ministerio Público prescindió de la declaración ofrecida como prueba testimonial de F.S.Q.B.

Los acusados ni el actor civil ofrecieron medios probatorios

D) Sentencia de primera instancia

Con fecha 03 de marzo de 2016 el Primer Juzgado Penal Unipersonal de la Corte Superior de Justicia del Callao, RESOLVIENDO: Absolver a O.H.S. y F.Q.B por el delito de malversación de fondos y Condenar a O.H.S.H y F.Q.B por el delito de peculado por extensión en agravio del Estado, IMPONIENDOSELES 4 años de pena privativa de libertad, la misma que se suspende por el termino de tres años bajo la observancia de la siguientes reglas de conducta:

- No variar de domicilio real sin previo aviso del juzgado
- No frecuentar lugares y personas de dudosa reputación
- No ingerir bebidas alcohólicas ni estupefacientes
- Concurrir personal y mensualmente al Juzgado a informar y justificar sus actividades

Dispone también la pena de inhabilitación prevista en los numerales 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal. Sin costas.

La condena por el delito de peculado se basó en los siguientes argumentos:

- Se puede apreciar que la situación jurídica de los encausados al momento en que se producen los hechos materia de investigación, es la de ser Presidente y Director de Economía de la ADISFFAAP, y, como tal no tendría vinculo funcional con los caudales del Estado ni tendrían la posibilidad de afectarlas de manera directa, sin embargo, desde el momento que, como representantes de dicha Asociación, presentaron sus rendiciones de cuenta con cargo a los fondos del Estado provenientes del Ministerio de Defensa, se vinculan funcionalmente a los caudales del Estado, razón por la cual el MINDEF les llevo a transferir como subvención a sus cuentas correspondientes, desde ese momento cuentan con disponibilidad jurídica sobre los caudales del Estado.
- En merito a ello, el Juzgado puede concluir que los encausados si deben responder con sus actos por la comisión del delito de peculado, conforme a lo prescrito en el artículo 392° del Código Penal.
- Se ha probado durante el juzgamiento con el Informe Pericial Contable, que la ADISFFAAP presento en sus rendiciones de cuentas de los meses de marzo, abril, mayo, junio y julio del año 2009 al MINDEF las siguientes boletas falsas: N° 002-077963, 002-077922, 002-077069, 002-077076, 002-077927, 002-077941, 002-077929, 002-077982, 002-077070, 002-

077262, 002-077260, 002-077980, 002-077969, 002-077967 y 002-077975. Las mismas que suman un importe de S/. 2,661.20.

- La falsedad de dichas boletas se ha llegado a establecer con la carta s/n de fecha 11 de febrero de 2011, expedida por el representante legal de MIFARMA, y con la carta s/n de fecha 02 de marzo de 2011 del representante legal de Ychiformas.
- Asimismo, de la revisión de las mismas boletas se pueden apreciar, que la boleta N° 77069 (del 15-05-2009) y la N° 77070 (del 21/07/2009), por reglas de la experiencia se deduce la falsedad de las mismas, toda vez que una farmacia no haya expedido otra boleta de venta en un lapso de dos meses. Casos similares a este se presenta repetidamente en las demás boletas presentadas.
- Por lo tanto, el Juzgado concluye que dichas Boletas de venta resultan ser falsas.
- De la revisión de los actuados, no solo no se ha llegado a determinar quiénes son los asociados que presentaron dichas boletas de venta falsas, sino que tampoco se encuentran firmadas por los supuestos asociados beneficiarios (presentándose una sola excepción en una sola boleta), tampoco se acompaña a dichos comprobantes de pago las recetas médicas ni las solicitudes de apoyo social formuladas por los asociados.

La absolución por el delito de malversación se basó en los siguientes argumentos:

- Con el Informe Pericial Contable N° 01-2014 se ha probado que la ADISFFAAP pagó con el dinero de la subvención durante los años comprendidos entre 2009 al 2012

Año	Cantidad de recibos por honorarios	Importe total
2009	40	S/. 23,400.00
2010	85	S/. 49,000.00
2011	61	S/. 37,590.00
2012	46	S/. 33,170.00
Sumando todo hacen un total de		S/. 143,160.00

- Las conclusiones del informe han sido debidamente corroboradas con las declaraciones de los testigos antes mencionados.
- De la revisión de la Directiva General N° 004-2009/MINDEF/VRD/DGGAD/DC se aprecia que en ella no se

indica de manera expresa que tipo de locación de servicio no pueda ejecutar la entidad beneficiaria, solo se hace referencia que cuando se tratara de una prestación de servicio que dure más de tres días, se necesitara de un informe así como de la aprobación de la autoridad administrativa de la Entidad subvencionada.

- En ese sentido, pueden concluir que los servicios contratados por la asociación y que fueron prestados por las personas que rindieron su declaración, no se encontraban expresamente prohibidos sino que estos requerían la presentación de los informes correspondientes más la aprobación de la misma entidad, en ese sentido, este hecho subsanable y de carácter administrativo no puede generar a criterio del Juzgado una responsabilidad de carácter penal, más aun si se tiene en cuenta que los pagos por los servicios realizados a la Asociación no solo han estado destinados al funcionamiento de la misma entidad beneficiada, conforme lo han corroborado los mismo testigos, sino han servido para el funcionamiento de la misma quienes han indicado haber efectivamente prestado dichos servicios.

E) Sentencia de vista (segunda instancia)

Con fecha 20 de junio de 2016, la Sala Penal de Apelaciones del Callao, emite sentencia en mayoría, de la siguiente manera:

EN EL EXTREMO CONDENATORIO POR EL DELITO DE PECULADO POR EXTENSIÓN declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto en representación de F.Q.B. Declarar nulo el concesorio.

EN EL EXTREMO ABSOLUTORIO A FAVOR DE LOS SENTENCIADOS POR EL DELITO DE MALVERSACIÓN

Declarar improcedente el recurso de apelación interpuesto por Fiscalía
Declarar Nulo en concesorio.

EN EL EXTREMO DE LA PENA IMPUESTA A LOS CONDENADOS
Revocar la sentencia de primera instancia solo en el numeral 2 de su parte resolutive, e Imponer 4 años de pena privativa de libertad EFECTIVA.

La sala penal baso su fallo en los siguientes argumentos:

- Respecto a los agravios señalados en la apelación de F.S.Q.B por la condena por el delito de peculado. Concluye que dichos errores alegados son inexistentes y otro es inatingente.

- Respecto a los agravios señalados en la apelación de la Fiscalía por el delito de malversación. Concluye que dichos errores alegados son inexistentes.
- Respecto a los agravios señalados en la apelación de la fiscalía en el extremo de la pena impuesta a los sentenciados: realiza una nueva graduación de la pena en base a la aplicación del sistema de tercios y señala que en el caso en concreto solo se presenta una circunstancia atenuante, que es de carecer de antecedentes penales los sentenciados.
- Considera que la pena de 4 años impuesta no puede ser suspendida porque se vería afectada la función preventivo general de la agravante del delito de peculado (dineros públicos destinados a fines asistenciales), es por ello que la pena debe ser efectiva.

F) Recurso de casación

La corte Suprema con fecha 6 de febrero de 2017, emite su auto de calificación de los recursos de casación presentados por F.S.Q.B y O.H.S, RESOLVIENDO declararlas INADMISIBLES, por no cumplir los requisitos del artículo 427° del NCPP:

- No cumplir el requisito de que el delito más grave debe tener en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años.

Lo cual en el presente caso no se cumple ya que la pena mínima es de 4 años.

- No hay necesidad de desarrollo jurisprudencial (unificar interpretaciones o eliminar lagunas interpretativas) del delito de peculado para que proceda una casación excepcional.

2) Identificación y análisis de los principales problemas jurídico del Expediente

Considero pertinente realizar algunas precisiones respecto a los delitos contra la Administración Pública que se analizan en las diferentes sentencias:

Evolución legislativa del delito de peculado (Art. 387° del Código Penal)

N°	FECHA	LEY	MODIFICACIÓN
1	13.06.1993	Ley N° 26198	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Agrega una agravante: si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, tanto en el peculado doloso (de 4 a 10 años) y en el peculado culposo (de 3 a 5 años)
2	10.06.2011	Ley N° 29703	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Agrega una agravante cuantificada: cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepasa las 10 UITs (de 8 a 12 años). ➤ Aumenta la prognosis de pena de la agravante: si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, en el peculado doloso (de 8 a 12 años).
3	21.07.2011	Ley N° 29758	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Cambio en la redacción, de la agravante en el peculado culposo: Constituye circunstancia agravante si los caudales o efectos estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. En estos casos, la pena privativa de libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años.
4	26.11.2013	Ley N° 30111	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Agrega las penas de días –multa a todas las modalidades y agravantes del delito de peculado. Que acompañan a las penas privativas de libertad. ➤ Cambia la pena del delito de peculado culposo, ahora se impone tanto la pena privativa de libertad más la prestación de servicios comunitarios.
5	22.10.2016	Decreto Legislativo N° 1243	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Agrega la pena de inhabilitación, inciso 1,2 y 8 del artículo 36 del CP. A la pena de los delitos de peculado: doloso y sus agravantes.
6	28.04.2021	Ley N° 31178	<ul style="list-style-type: none"> ➤ La pena de inhabilitación en el peculado doloso, se prescribe de 5 a 20 años. ➤ Se agregan dos agravantes más del peculado doloso: El agente actúe como integrante de una

			<p>organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella y, El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional.</p> <ul style="list-style-type: none"> ➤ Se aumenta la prognosis de pena de las agravantes: ahora es de 8 a 15 años.
--	--	--	--

Evolución legislativa del delito de Malversación (Art. 389° del Código Penal)

N°	FECHA	LEY	MODIFICACIÓN
1	13.06.1993	Ley N° 26198	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Agrega una agravante: si el dinero o bienes que administra estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. (de 3 a 8 años).
2	07.07.1999	Ley N° 27151	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Aumenta la prognosis de pena del tipo base (de 1 a 4 años).
3	26.11.2013	Ley N° 30111	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Agrega las penas de días –multa a al tipo base y a su agravante.
4	22.10.2016	Decreto Legislativo N° 1243	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Agrega la pena de inhabilitación, inciso 1,2 y 8 del artículo 36 del CP. A la pena del tipo base y su agravante.
5	28.04.2021	Ley N° 31178	<ul style="list-style-type: none"> ➤ Se agregan dos agravantes más del peculado doloso: El agente actúe como integrante de una organización criminal, como persona vinculada o actúe por encargo de ella y, El agente se aproveche de una situación de calamidad pública o emergencia sanitaria, o la comisión del delito comprometa la defensa, seguridad o soberanía nacional. ➤ Se aumenta la prognosis de pena de las agravantes: ahora es de 4 a 8 años.

Evolución legislativa del (Art. 392° del Código Penal)

N°	FECHA	LEY	MODIFICACIÓN
1	13.06.1993	Ley N° 26198	Agrega más sujetos: así como todas las personas o representantes legales de

			personas jurídicas que administren o custodien dineros o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social.
2	10.01.2004	Ley N° 28165	Agrega más sujetos: los ejecutores coactivos.

Bien jurídico protegido en los delitos de peculado y malversación

El delito de peculado “es un delito pluriofensivo que busca: i) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y ii) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público, con lo cual se resguardan los deberes funcionales de lealtad y probidad”. (Chanjan y otros, 2020, p. 14) De esta manera, se estarían protegiendo principios relacionados con la correcta gestión y utilización del patrimonio del Estado (Montoya y otros, 2013, p. 87)

El bien jurídico que se protege en el delito de malversación de fondos “es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos” (Chanjan y otros, 2020, p. 21) buscando que los gastos y el empleo de los bienes se lleve a cabo bajo una racional organización (principio de legalidad presupuestal).

Los delitos de peculado y malversación impropios

A través del artículo 392° del CP el legislador penal amplía al ámbito de los sujetos activos en dichos delitos, es decir, ya no solo serán funcionarios o servidores públicos, sino también particulares que administran caudales públicos, en instituciones que no forman parte del Estado.

Como lo señala Rojas Vargas (2017):

Con este dispositivo legal, a través del cual se amplía el ámbito de protección penal, el legislador de modo expreso ha comprendido a una serie de autores que, normalmente no forman parte del concepto administrativo de funcionarios y servidores públicos, así como ha puesto de manifiesto que también el patrimonio de particulares que se halle en disposición jurídica pública o este destinado a fines sociales se hace merecedor de tutela penal. (p. 299)

Rojas Vargas (2017) agrega un detalle importante:

La equiparación normativa efectuada por el artículo 392° con relación a los sujetos activos no supone la creación de nuevas tipicidades, dado que la conducta típica sigue siendo la contenida en los artículos 387° al 389°

del CP, al igual que la tipicidad dolosa que en este caso comprenderá el conocimiento de las singulares posiciones de autor que trae consigo el delito de peculado y malversaciones extensivas. (p. 304)

Desarrollo jurisprudencial

- El delito de peculado por extensión, previsto en el artículo 392° del CP, constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, pues comprende a sujetos activos que no tienen la calidad de funcionarios públicos o servidores públicos, ni por nombramiento o elección, a la vez que describe la conducta típica por remisión a los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, a los cuales complementa. **R.N. N° 3286-2008-Ucayali, del 26 de enero de 2010, F.J. 3.**
- El delito de peculado por extensión constituye un caso típico de norma penal complementaria e incompleta, que comprende como sujetos activos de ese ilícito a quienes no tienen la condición de funcionarios o servidores públicos, complementando la descripción típica en base a una fórmula de remisión a los comportamientos y la penalidad de los delitos de peculado doloso, culposo y de uso, sancionando a tres distintos tipos de autores – según el objeto sobre el cual recae la acción del agente activo – ,que son: i) los administradores o custodios de dineros de las entidades de beneficencia y similares; ii) los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares; y, iii) las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social. **R. N. N° 1436-2010-Huanuco, del 24 de noviembre de 2011, F.J. 3.**
- **Diferencia entre el delito de peculado por extensión y la apropiación ilícita**

Que antes de entrar a analizar las pruebas actuadas en el presente caso, es necesario indicar si el comportamiento del imputado se encuadra en el delito contra la Administración Pública – peculado por extensión o en el delito contra el Patrimonio – apropiación ilícita en su forma agravada, ya que, ambos tipos penales, regulan la conducta del encausado en su condición de depositario; siendo necesario por tanto realizar algunas precisiones:

- i) el delito contra la Administración Pública – peculado por extensión, se encuentra regulado en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal, que establece: “están sujetos o lo prescrito en los artículos trescientos ochenta y

siete a trescientos noventa y nueve, los que administran o custodian dinero pertenecientes a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por autoridad competente aunque pertenezcan a particular, así como todas las personas o representantes legales de personas jurídicas que administren o custodien dinero o bienes destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social», siendo así, esta figura penal comprende por tanto, qué particulares (como en el presente caso), se vinculan en forma Circunstancial y temporal con la Administración Pública; es de indicar, además que el precedente vinculante establecido en el considerando quinto de la Ejecutoria Suprema número dos mil doscientos doce – cero cuatro de fecha trece de enero de dos mil cinco, dejó sentado que en el denominado delito de peculado por extensión o peculado impropio, sus verbos rectores alternativos de comportamiento típico son apropiarse y utilizar por cuanto existe apropiación cuando el sujeto activo realiza actos de disposición personal a los caudales o efectos de propiedad del Estado y que el agente posee en razón de su cargo para su correcta y diligente administración o custodia; y utilizar es servirse del bien (entiéndase caudal o efecto) como ejercicio de una ilícita “propiedad» sobre el mismo y que excluye de ella al Estado; al sujeto activo, además de exigirle que cuente con la condición de funcionario o servidor público, se exige que cuente también con una relación funcional ineludible con los efectos y caudales del Estado objeto del delito.

- ii) por otro lado, el delito de apropiación ilícita en su forma agravada, regulado en el inciso dos del artículo ciento noventa del (Código Penal, se refiere a que: “Si el agente obra en calidad de curador, tutor, albacea, síndico, depositario judicial o en el ejercicio de una profesión o industria para la cual tenga título o autorización oficial...», es de indicar que en este caso el «depositario judicial” se trata de una persona, que inscrita en el listado respectivo, se constituye en guardador de bienes muebles, que son incautados y/o embargados en el marco de un proceso judicial, son por tanto nombrados por el Juez de la causa. Que el «depositario judicial» ha de cumplir su actuación, en el ámbito de las medidas cautelares que se tramitan, dentro o fuera de un proceso, de forma específica, siendo en esta clase de delito el verbo rector la apropiación de forma definitiva del bien o cuando hace uso determinado de aquel;

estado consumativo que ha de condecirse con ciertos actos de disposición que afecte el bien, que haya advertir ya la intención de ejercer un nuevo dominio sobre la cosa.

Que estando a lo expuesto, es de indicar que se debe tener en cuenta para esta clase de casos, donde se genera cierto nivel de dificultad para la interpretación jurídico – penal de las normas en cuestión, ya que, la mención “depositario» -condición imputada al encausado- se encuentra tanto prevista en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal, referido al delito de apropiación ilícita, como en el artículo trescientos noventa y dos del Código acotado respecto al delito de peculado por extensión, que también hace referencia a la apropiación en condición de depositario. Por ende, al apreciarse en este caso un conflicto de aplicación de leyes penales, que pone en discusión la situación jurídica del recurrente -en cuanto a la condena y pena a imponerse-, se considera que debe de aplicarse la norma más favorable a éste, conforme lo prevé el inciso once del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Perú, que concuerda con el artículo seis del Código Penal, que establece: “la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales -como es el presente caso-”; por tanto, este Supremo Tribunal considera que si bien la imputación táctica efectuada por el señor Fiscal contra el encausado Héctor Piedra Muñoz, se enmarca en estos dos dispositivos legales antes mencionados; sin embargo, es de considerarse que al existir una dualidad de preceptos legales aplicables al caso concreto, corresponde aplicar la más favorable, que viene a ser el tipo penal contra el Patrimonio en su modalidad de apropiación ilícita en forma agravada -regulada en el segundo párrafo del artículo ciento noventa del Código Penal-; porque resulta beneficioso en cuanto a las penas previstas. **R.N. N° 3396-2010-Arequipa, del 21 de febrero de 2012. F.J. 3 y 4.**

- Que los hechos submateria tienen una connotación especial, pues si bien para este Supremo Tribunal la ejecución o no de una pericia contable, no es determinante para establecer responsabilidades penales en el delito de peculado, en cualquiera de sus modalidades, en tanto, que el tipo penal comprendido en el artículo trescientos noventa y dos del Código Penal o en el tipo base del artículo trescientos ochenta y siete del mencionado texto legal, no lo consideran como elemento del tipo ni hacen mención de este tipo de prueba. Lo acotado no es óbice para reconocer la jurisprudencia —no vinculante— que sí considera la necesidad de la existencia de estas pruebas —pericia contable— para establecer la responsabilidad penal del funcionario o servidor público de cometer este tipo de ilícitos penales, sobre todo, para determinar o establecer diferencias entre el dinero que ingresa o

sale de las arcas del Estado; sin embargo, esta situación sólo se da cuando las circunstancias lo ameritan, siendo generalmente a casos en los que el servidor o funcionario cuestionado maneja directamente dinero —cajeros o tesoreros—, lo que no sucede en el caso. Las irregularidades en el manejo del caudal o efecto público también puede ser acreditado mediante la prueba indiciaria; de ahí, que no es indispensable la pericia contable, salvo la excepción acotada líneas arriba. **R.N. N° 484-2014-Ayacucho, del 23 de abril de 2015, F.J. 4.**

A) Los elementos del tipo en el delito de peculado

Como señala Rojas Vargas (2017):

Existe en el delito de peculado una doble calificación normativa para los autores de ese delito: (i) que sean sujetos públicos y (ii) que se hallen en posesión de los bienes por razón del cargo. Esta **vinculación funcional** resulta determinante al momento de verificar la existencia del elemento normativo. De modo que posesiones materiales sin referencia en las atribuciones inherentes al cargo, por simples razones de confianza, costumbre, delegaciones a título personal o entregas de dinero vinculadas a razones distintas a las emanadas del cargo, resultarían insuficientes para configurar tipicidad del delito de peculado. (p. 255)

La vinculación funcional admite dos interpretaciones como nos lo explica Rojas Vargas (2017):

- a) El funcionario tiene el control directo: es el detentador material de los bienes (el jefe de logística, el administrador que tiene la caja chica, etc.)
- b) El funcionario no está en relación directa: tiene lo que se llama la disposición jurídica de los bienes (el titular del pliego, el administrador, el jefe de logística, etc.). Esta modalidad de vinculación permite también imputarle a los funcionarios el delito de peculado, en caso estos hayan dispuesto que dichos montos o caudales se destinen para terceros, o ellos se los apropian, pese a no estar en contacto directo material con los bienes, utilizando su poder de decisión. (p. 269)

Rojas Vargas (2017):

El tipo penal doloso de peculado admite dos modalidades de comisión: el peculado por apropiación y el peculado por utilización,

conforme al uso de los verbos rectores apropiar y utilizar contenidos en la norma penal.

Para ambas modalidades de peculado – tanto el de apropiación como por utilización – la norma tiene como punto de partida el hecho de que el funcionario o servidor público tiene bajo su posesión (bajo cualquiera de las tres formas de poseer: percepción, administración o custodia) los caudales o efectos; y que esta posesión es legítima dado que nace de los atributos del cargo. (p. 256)

La percepción, administración o custodia constituyen las modalidades de posesión que la norma exige en tanto relaciones jurídicas con las que el sujeto público se relaciona con el caudal o efecto y a partir de los cuales desarrollara actos de apropiación o utilización. Esta singular relación entre el sujeto público y el objeto material del delito es lo que se denomina la vinculación funcional, componente central en la estructura típica del delito de peculado y cuya ausencia genera atipicidad del supuesto de hecho, para los fines criminalizadores y punitivos del peculado. (p. 260)

Percepción: se define como la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de distinta fuente pero de procedencia lícita, los que ingresan o pasan a formar parte del patrimonio público. (Rojas Vargas, 2017, p. 260)

Administración: es la especial forma jurídica de posesión de caudales o efectos con la finalidad de uso o aplicación a fines oficiales. (Rojas Vargas, 2017, p. 260)

Custodia: hace alusión a la conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor a los caudales o efectos. (Rojas Vargas, 2017, p. 260)

El delito es eminentemente doloso lo que descarta como hecho penalmente relevante apropiaciones por descuidos, imprudencias o confusiones, muy frecuentes en zonas en las cuales acceden al ejercicio de la función pública personas no necesariamente poseedoras de conocimiento sobre manejo y gestión del sector público. (p. 268)

Desarrollo jurisprudencial

- El delito de peculado exige un vínculo funcional específica por razón del cargo

El delito de peculado se configura cuando el sujeto activo – funcionario o servidor público – se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro (...) que la particularidad de este delito es que tanto el objeto de percepción, administración o custodia son los caudales o bienes pertenecientes al Estado y además el deber positivo se origina en base a una relación funcional específica por razón del cargo encomendado; que por ello no cualquier funcionario o servidor público puede incurrir en delito de peculado, sino que es necesario, para que opere el comportamiento típico de apropiarse o utilizar, que los bienes se hallen en posesión del sujeto activo en virtud a los deberes o atribuciones de su cargo (...) que, por tanto, la conducta desplegada por el agente debe generar desmedro o perjuicio patrimonial al Estado o sus instituciones. **R.N. N° 1081-2009-Lima, del 01 de julio de 2010, F.J. 6.**

➤ Peculado por apropiación

La pericia contable (...) acredita que se vulneró la Ley de Bases del Sistema Presupuestal porque los ingresos propios no se pueden gastar en canastas navideñas, solo en alimentos y en otros rubros (...); de igual manera, los gastos del canon solo pueden ser utilizados en gastos o proyectos de inversión, concepto ajeno a las adquisiciones verificadas; (...) se desvió fondos públicos municipales que se destinaron a conceptos distintos a los legalmente previstos, cuyo destino no fue público sino privado, lo que importa la comisión de peculado por apropiación.

El Alcalde es el titular del pliego y, por lo tanto, como tal, tenía la disponibilidad jurídica de los recursos municipales, tanto más si el mismo firmó los cheques – la relación funcional es evidente y el control sobre el destino del dinero involucrado es patente -; que no es posible alegar con éxito un error de prohibición sobre la base del acuerdo extraordinario del Concejo Municipal, tanto porque este no abarca todo el monto desviado y extraído fuera del ámbito público cuanto porque su rol como alcalde y la advertencia que se formula en la sesión del Concejo Municipal, estaba en condiciones de advertir los problemas legales que representaba tomar dinero de cuentas que no lo permitían. **R.N. N° 5257-2008-Moquegua, del 12 de febrero de 2010, F.J. 3 y 4.**

B) Los elementos del tipo en el delito de malversación

A diferencia del peculado, que es un delito de apoderamiento de los recursos públicos, el delito de malversación de fondos es un ilícito de evidente factura administrativa, como lo señala Rojas Vargas (2017).

Debe existir “una estricta vinculación funcional del sujeto activo con el objeto material del delito” (Rojas Vargas, 2017, p. 290)

“El núcleo de la ilicitud reside en el hecho que el funcionario o servidor público da a los dineros o bienes que administran una aplicación definitiva diferente, infringiendo las previsiones ya establecidas y asumidas vía presupuestal o por vía decisional legal” (Rojas Vargas, 2017, p. 291)

Rojas Vargas (2017) resalta los dos componentes a tomar en cuenta:

- a) **Aplicar en forma diferente:** admite dos significados en la interpretación. En primer término, desviar de su curso normal los fondos públicos para destinarlos a espacios de inversión, obligaciones o gastos, distintos de los que debieron constituir el destino oficial; la malversación en este primer significado se da al interior de la repartición pública de la que forma parte el sujeto activo. En segundo término, aplicar en forma diferente plantea la hipótesis que el dinero o los bienes circulen en el marco de necesidades de, la administración pública en general, pero sin salirse de ella. En esta segunda lectura, la malversación excede los ámbitos de la repartición pública para cubrir necesidades de otras reparticiones (p. 291-292)
- b) **La definitividad:** de la aplicación diferente se convierte en un factor decisivo de tipicidad para reputar la relevancia penal de la conducta de dar una aplicación diferente a los dineros o bienes públicos. Lo que haya que entender por definitividad está sujeto a interpretación jurídica teleológica, en la medida que no existe en la norma penal ni en la legislación administrativa sobre la materia pautas regladas al respecto, no siendo suficiente por lo mismo el significado literal del término, no obstante hay que tomar en cuenta los periodos anuales en los que las reparticiones públicas tienen que sanear sus estados contables o financieros. Hay que prestar atención a que el tipo penal se haya redactado en el sentido de que el sujeto activo da una aplicación definitiva diferente, es decir, no está en la naturaleza del bien ser menos o más fungibles a efectos de tipicidad, sino que en este extremo del comportamiento típico

se halla íntimamente vinculado a la disposición causal que el agente realice de dicha circunstancia; en su acción donde reside la definitividad o temporalidad de la aplicación diferente. El legislador no ha acudido a un criterio expreso de temporalidad vinculado al criterio de definitividad, dejando en el funcionario vinculado un amplio marco de juego técnico para satisfacer dicha cuestión. La definitividad está relacionada también a imposibilidades de salvamento práctico normativo en los que incurre dolosamente el sujeto público vinculado.

Sera definitiva la malversación cuando la misma es irretornable contablemente a la partida de origen, en un contexto de conducta innecesaria y dolosa. El tiempo y la modalidad de retorno – a efectos de no instrumentalizar perversamente el uso de esta permisión de atipicidad. Corresponde con normas técnicas de procedimiento y queda a criterio judicial el unificar sus argumentaciones sobre este tema. (p. 292-293)

Diferencia con una infracción administrativa

Para Rojas Vargas (2017) la diferencia la encontramos en la definitividad:

La definitividad es una suerte de filtro de tipicidad que tiene un sentido práctico de mínima intervención, pues no toda conducta considerada malversación se castiga.

Es de esperar que este tipo penal, en invocación a principios de mínima intervención y última ratio merezca por parte de la política penal peruana una mejor evaluación a efectos de analizar su necesidad en tanto conducta penalmente relevante, dejando a la esfera administrativa la tarea de sustanciar y sancionar de ser el caso a los funcionarios o servidores públicos que dan destinos diferentes a los bienes o dineros asignados; o de restringir el ámbito de tipicidad a casos de gran lesividad social y funcional. (p. 288-289)

Consumación y tentativa

“Al tratarse de un delito de resultado, el delito se consuma al producirse la aplicación definitiva de los bienes o del dinero a destinos oficiales no previstos originariamente y no autorizados. El elemento {definitividad} sugiere la idea de que estamos frente a un delito cuya consumación admite fase de terminación, la misma que opera negativamente al descartarse el retorno o

reintegro del bien o dinero público”. (Rojas Vargas, 2017, p. 296)

Desarrollo jurisprudencial

- No constituye malversación ni peculado por tratarse de montos mínimos

Que, del mismo modo, se ha desvirtuado la comisión del delito de peculado con el dictamen pericial contable ampliatorio de fojas mil treinta y siete, que concluyó “De la documentación existente en autos por infracciones de tránsito de la Policía nacional del Convenio N° 001-2008, los meses de diciembre-2008 y enero-2009 el importe de S/. 3,213.58, los mismos que han sido rendidos en su totalidad por el Coronel Sifuentes. Incluso con el importe de S/. 2.07 a favor por exceso de gastos, tal como se detalla en Anexo N° 01, con la observación de que no se distribuyó la alícuota a las comisarías de Abancay, Bellavista, Radio Patrulla, Curahuasi, Tamburco, Huanipaca, Casinchihua, Lambrama y Chalhuanka. También se ha determinado, que de los fondos entregados al Mayor Marco Ayvar, Jefe de DVPOLTRAN existe un saldo por distribuir de S/. 1.37 (...)”.

Por lo demás, debido a que los montos cuestionados como objeto de apropiación no se condice con los principios de subsidiariedad y ultima ratio que norma el derecho penal, pues deben priorizarse otras vías distintas a la penal la solución de conflictos de relevancia jurídica, donde sólo determinados es jurídicos, importantes, necesarios e indispensables para la viabilidad de las interrelaciones y la cohesión del sistema social y político ingresan al ámbito penal, los que a su vez configuren un alto grado de insoportabilidad social. Por consiguiente, dado que los montos objeto de apropiación son ínfimos y no son significativos para concluir que todo el aparato estatal se encuentre gravemente lesionado. En consecuencia el comportamiento del imputado no constituye apropiación.

Cabe precisar respecto a los hechos objeto de acusación, que los delitos de Malversación de Fondos y Peculado son conductas típicas diferentes, pues aun cuando protegen el correcto funcionamiento de la administración pública, se diferencian porque la malversación consiste en una aplicación diferente y

definitiva a los bienes públicos, mientras que el Peculado consiste en una apropiación en provecho de terceros ajenos al Estado, y su característica más relevante es que son los bienes o caudales del Estado, en el primer delito no sale de la esfera patrimonial del Estado, como sí sucede en el caso del Peculado. **R.N. N° 1336-2012-Apurimac, del 10 de enero de 2013, F.J. 4 y 5.**

➤ Malversación y administración de los bienes

Que el encausado CCC sostiene que se desempeñó como contador externo de la Municipalidad agraviada desde junio de 2002 a octubre de 2005; que, como tal, no tenía capacidad de decisión sobre los gastos o la forma en que se destinarían los dineros municipales; que, inclusive, al notar el exceso en los gastos corrientes los hizo notar al Alcalde para los correctivos correspondientes, pero no se le hizo caso y se le dijo que luego se regularizaría porque debía atender los gastos ediles; que su función era entregar la documentación sustentatoria de los casos debidamente codificada para que después se procesara y preparara los informes trimestrales que se deberían entregar a la Contraloría General de la Republica, la elaboración de los registros contables y demás obligaciones a la que el contrato de locación de servicios obligaba. Es de resaltar que ninguno de sus coimputados le formula cargo alguno, pues el citado acusado no tenía bajo su control la disposición de recursos públicos municipales.

Que es importante precisar que el delito de malversación de fondos, en su perspectiva objetiva, requiere de la existencia de una relación funcional; esto es, que el dinero público debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata (disposición funcional o jurídica) del agente en razón de que este último cumple la función de administrador de ellos al interior de la Administración Pública. Administrar, a su vez, es una función que importa la facultad de disponer de los bienes públicos para aplicarlos a finalidades legalmente determinadas. Que, en el presente caso, no cabe duda que se dio al dinero municipal un destino diferente al establecido en el caso del FONCOMUN. Empero, lo esencial en el caso del imputado es si tenía una relación funcional con el mismo y si los administraba (...) de la pericia contable y anexos, precisa que el imputado solo era un contador externo que, en lo esencial, debía elaborar la información

financiera y contable de la municipalidad. Entre los servicios profesionales que debía hacer eran elaborar los registros contables principales, diversos registros auxiliares y rendiciones de cuentas mensuales del Vaso de Leche, así como realizar evaluaciones presupuestarias semestrales, prestar asesoramiento en la elaboración del presupuesto participativo y configurar los estados financieros y presupuestos para la Cuenta General de la Republica. Ninguna de estas funciones importa esa relación funcional indispensable para responder penalmente por el destino indebido del FONCOMUN: él no tenía poder de decisión ni consta que se coludió con sus coimputados con esa finalidad delictiva. **R.N. N° 2117-2013-Lambayeque, del 22 de enero de 2015. F.J. del 4 al 6.**

➤ Estructura típica del delito de malversación

Elementos que constituyen la estructura típica del delito:
a) la relación funcional existente entre el sujeto activo y la administración del dinero o bienes, y b) la aplicación definitiva diferente que se da a los fondos públicos, no necesitándose para su configuración la lesión del patrimonio del Estado, pues en estos casos se cumple con la finalidad social, pero en forma no debida, ni preestablecida; consecuentemente el bien jurídico que se afecta con el delito de malversación de fondos es la regularidad y buena marcha de la Administración Pública, preservando la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, la racional organización en la ejecución del gasto y en la utilización y/o empleo de dinero y bienes públicos. **R.N. N° 2702-2009-Lima Norte, del 7 de abril de 2010, F.J. 5.**

➤ Para la configuración del delito de malversación de fondos se exige: i) un cambio de destino de los involucrados pero siempre en el ámbito público; ii) que el cambio de destino sea definitivo; y, iii) que se dañe el servicio o la función pública, se perjudiquen los plazos, o incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta. En el delito de malversación de fondos se aplica la duplicidad del plazo de prescripción en tanto la acción delictiva recae directamente sobre el patrimonio del Estado. Si la parte civil no solicita una pretensión indemnizatoria propia, en atención al principio de congruencia, el Tribunal no puede imponer una reparación civil más allá de la solicitada por el Fiscal.

R.N. N° 3204-2009-Junin, del 25 de octubre de 2010, Sumilla.

➤ **Finalidad específica del dinero**

Al delito de malversación de fondos, se debe precisar que la comisión de tal figura delictiva no se encuentra probada, toda vez que no se ha demostrado en autos si el dinero utilizado en la compra de materiales tenía una finalidad específica diferente a la que se le dio, pues de lo actuado se verifica más bien que dicho monto pertenece a un excedente que tenía la Municipalidad agraviada y que podía ser utilizado en la realización de alguna obra, cuestionándose en el presente caso el hecho de haber sido mal utilizado, generándose perjuicio a la entidad edil, pero en modo alguno se acredita se hayan malversado fondos. **R.N. N° 1719-2007-Puno, del 7 de abril de 2009, F.J. 6**

➤ **Afectación del servicio encomendado**

La acreditación de una afectación del servicio encomendado – como expresamente exige el citado precepto penal – es un elemento típico indispensable – referido a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad – para configurar un delito de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas; que prescindir de la verificación de dicho elemento originaría la persecución de ilícitos penales carentes de lesividad e incompatibles con una concepción del derecho penal de ultima ratio. **R.N. N° 4690-2005-Lima, del 12 de septiembre de 2007, F.J. 4.**

C) Cómo probar el Peculado

Esta cuestión nos lo responde Rojas Vargas (2017):

La Corte Suprema ha señalado en constante jurisprudencia que el peculado requiere de pericia técnica que demuestre el perjuicio patrimonial al Estado. Si la persona que se halla en relación material directa o jurídico-indirecta con el bien público no da explicaciones de lo sucedido con dichos bienes.

La labor de investigación penal ira acumulando medios de prueba (indicios, testimonios, verificaciones, pericias, etc.) para llegar a la conclusión de que esta persona es quien se ha apropiado de parte del patrimonio público. No obstante, es deber del órgano persecutor del delito acreditar el perjuicio mediante prueba técnica,

sin el cual no se podría demostrar uno de los extremos de la lesividad al bien jurídico protegido. (p. 276-277)

Elementos de la prueba pericial

- El reconocimiento pericial: Reconocimientos, estudios u operaciones técnicas, esto es, las actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado. (Nolasco y otros, 2011, p. 87)
- El dictamen o informe pericial: es la declaración técnica en sentido estricto. (Nolasco y otros, 2011, p. 87)

D) Se logra enervar la presunción de inocencia de la que gozan los imputados en el presente caso, respecto al delito de peculado

La Constitución Política del Perú, en el artículo 2°, numeral 24), literal e, prescribe que toda persona es considerada inocente mientras que judicialmente no se haya declarado su responsabilidad.

En el presente caso, conforme a la doctrina y desarrollo jurisprudencial sobre el delito de peculado por extensión expuesta en el presente informe, es de señalar que existen los elementos del tipo penal en el presente caso para que se pueda condenar por dicho delito a los sentenciados, como así ocurrió.

Existe la vinculación funcional entre los fondos públicos (subvenciones del MINDEF) y los sentenciados, tenían una disponibilidad jurídica de dichos fondos, por los cargos que ocupaban en los años que ocurrieron los hechos en la ADISFFAAP.

Hay un perjuicio a los caudales públicos que ha quedado probado mediante prueba técnica, con los dos informes periciales que se llevaron a cabo con la documentación contable que se presentó en la rendición de cuentas de la ADISFFAAP durante los años 2009 y 2010.

Mediante el uso de prueba indiciaria se llegó a acreditar el uso de boletas de venta falsas, que permiten llegar a la conclusión que existió una apropiación indebida de los sentenciados por parte de los dineros transferidos como parte de la subvención del MINDEF.

E) No constituye delito de malversación las conductas imputadas a los sentenciados

La Constitución Política del Perú, en el artículo 2°, numeral 24), literal e, prescribe que toda persona es considerada inocente mientras que judicialmente no se haya declarado su responsabilidad.

En el presente caso, los hechos imputados no constituían los elementos típicos que el delito de malversación exige, conforme a la doctrina y desarrollo jurisprudencial citado en el presente informe, por lo que, es correcta la decisión tanto en primera instancia de absolver a los acusados por dicho delito.

No se presenta esa utilización definitiva diferente de los fondos públicos, que eran subvencionados por el MINDEF, ya que Directiva General N° 004-2009/MINDEF/VRD/DGGAD/DC no prohibía dichos gastos, sino que no cumplieron con las formalidades que la misma exigía.

Es importante resaltar, que este delito de malversación, es un evidente delito que está muy cerca al ilícito administrativo, y como ya en la doctrina se ha señalado que se debe aplicar en los diferentes casos conforme a los principios de última ratio y fragmentariedad del derecho penal, para que exista una administrativización del derecho penal. Por eso es importante que quede claro su diferencia con el ilícito administrativo, ya cual la podemos encontrar en la definitividad de ese uso diferente de los fondos públicos.

3) Conclusiones

- El delito cometido en el presente caso es el de peculado por extensión, el cual se configura cuando una persona que administra o custodia dinero o bienes destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, no siendo el sujeto activo funcionario o servidor público, pero teniendo ese vínculo funcional con los caudales públicos, conforme lo prescribe el artículo 392° del CP.
- Es importante acreditar en la valoración de la prueba ese vínculo funcional entre los imputados y los fondos públicos; así como que quede acreditado el perjuicio económico en las arcas del Estado, para lo cual se requiere contar con medios de prueba técnicos como son las pericias contables, que permitan acreditar que hubo una apropiación o utilización de los caudales o efectos públicos.

- No se puede sancionar por delito de malversación de fondos a una persona, cuando en la directiva o resolución administrativa no está claramente señalado que dicha utilización del dinero público que llevo a cabo esta prohibida o fue destinado para otro fin sin explicación ni motivo alguno que lo justifique.
- La definitividad, es una característica del delito de malversación que lo diferencia del ilícito administrativo, diferencia que debe quedar lo más clara posible en respecto a los principios penales de ultima ratio y fragmentariedad penal.

4) Bibliografía

- Rojas, F. (2017) Manual Operativo de los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios. Lima: Nomos & thesis.
- Salinas, R. (2014) Delitos contra la administración pública. Lima: Grijley /Iustitia
- Chanjan, R. / Torres, D. / Gonzales, M. (2020) Claves para reconocer los principales delitos de corrupción. Lima: Instituto de Democracia y Derecho humanos de la PUCP
- Montoya, Y. / Chanjan, R. / Novoa, R. / Rodríguez, J. / Quispe, F. (2013) Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública. Lima: Instituto de Democracia y Derecho humanos de la PUCP

5) Anexos

- Formalización
- Disposición que declara compleja la Investigación
- Requerimiento Mixto
- Integro de Requerimiento Mixto
- Acta de audiencia de control de Requerimiento mixto
- Auto de Enjuiciamiento
- Sentencia de primera instancia
- Apelación de la Fiscalía
- Apelación de F.S.Q.B.
- Apelación de O.H.S.
- Resolución N° 5
- Sentencia de segunda instancia
- Auto de calificación de los recursos de casación
- Informe pericial N° 7-2013
- Informe pericial contable N° 01-2014
- Boletas de MIFARMA
- Carta de MIFARMA

- Carta de Ychiformas SA
- Transacción extrajudicial
- Depósitos a favor del tesoro publico
- Recibos por honorarios
- Antecedentes de los imputados
- Actas de declaraciones de:

- P.A.G.V
- J.A.C.M
- L.L.C.A
- C.AV.E
- J.M.R.
- J.M.M.C
- S.M.C
- R.A.S.C
- N.L.S.B
- M.R.E.O
- A.P.S.C
- F.S.Q.B
- O.H.S



Inadmisibilidad de la Casación

Sumilla: La casación excepcional es aceptada discrecionalmente por la Corte Suprema para el desarrollo de su doctrina jurisprudencial.

Norma: Art. 427 inc. 4 del Nuevo Código Procesal Penal.

Palabras Clave: Casación excepcional, doctrina jurisprudencial, facultad discrecional.

AUTO DE CALIFICACIÓN DE RECURSO DE CASACIÓN

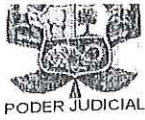
Lima, seis de febrero de dos mil diecisiete. -

AUTOS y VISTOS; Los recursos de casación interpuesto por los encausados [REDACTED] contra la sentencia de vista que obra a fojas seiscientos noventa y uno, de fecha veinte de junio de dos mil dieciséis, que confirma la sentencia de primera instancia de fojas trescientos ochenta y siete, de fecha tres de marzo de dos mil dieciséis, en el extremo que condena a los citados encausados como autores del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado por Extensión; y revoca el extremo de la pena impuesta, imponiéndoles cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; con lo demás que contiene. Interviene como ponente el señor Juez Supremo FIGUEROA NAVARRO.

CONSIDERANDO

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

PRIMERO: El encausado [REDACTED] a fojas setecientos treinta y tres, invoca para la procedencia del recurso de casación el numeral dos, literal b) y numeral cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y, como causal de interposición lo previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, numeral uno y tres del citado Código, sosteniendo lo siguiente: **i)** Se ha inobservado la garantía constitucional de carácter



procesal – presunción de inocencia; **ii)** El A quo y la Sala Penal de Apelaciones, no ha interpretado correctamente el flujograma interno de la forma de trámite respecto al apoyo social a favor de los afiliados de la [REDACTED]

iii) No se ha efectuado una debida valoración de las declaraciones testimoniales en el juicio oral, como las de [REDACTED]

[REDACTED] **iv)** No se ha valorado suficientemente el Informe Contable Pericial número 07-2011, practicado por la Dirección de Pericias del Ministerio Público; **v)** En el presente caso existe insuficiencia de pruebas que acrediten la responsabilidad penal del recurrente; **vi)** Se ha inobservado la garantía constitucional de carácter procesal – motivación de resoluciones judiciales; **vii)** La Sala Penal de apelaciones no ha cumplido con explicar las razones por las que ninguna de sus peticiones fue amparada, limitándose a efectuar un restringido control jurisdiccional; **viii)** Se ha omitido disponer la realización de las pericias grafotécnicas para la determinación de la autenticidad del contenido de las boletas de venta, tampoco se ha emplazado a los asociados beneficiarios directamente responsables de la obtención y uso de dichas boletas; **ix)** En la sentencia de primera instancia como en la de vista, no se ha tenido en cuenta que el recurrente ha actuado en estricta observancia de sus responsabilidades administrativas; **x)** Se ha inobservado la garantía constitucional de carácter procesal – derecho de defensa; **xi)** Ante la Sala Penal de Apelaciones se ofreció medios de prueba, empero las declaró inadmisibles, en consecuencia al no haberse valorado suficientemente los medios probatorios y no haberse dispuesto de oficio las pericias grafotécnicas, dicha Sala ha vulnerado flagrantemente el derecho de defensa; **xii)** Errónea aplicación del artículo trescientos noventa y tres, inciso dos del Código Procesal Penal; **xiii)** Indebida aplicación del artículo cuarenta y cinco A del Código Penal.

(SEGUNDO): El encausado [REDACTED] a fojas setecientos cincuenta y uno, invoca como causal de procedencia del recurso de casación el numeral uno y dos del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y, como causal de interposición lo previsto en el artículo cuatrocientos



Se
sustenta
me

veintinueve, numeral dos del citado Código, sosteniendo lo siguiente: **i)** Se ha inobservado las normas legales de carácter procesal – presunción de inocencia; **ii)** No existen suficientes elementos de prueba que demuestren la responsabilidad penal del recurrente; **iii)** El Juzgador y la Sala Penal de Apelaciones no han llegado a efectuar una debida apreciación del hecho incriminado, ni han compulsado adecuadamente las pruebas actuadas en el Juicio Oral; **iv)** Dada la naturaleza del delito materia de proceso, se debió haber contado con una pericia grafotécnica; **v)** Estando a la forma y circunstancias en que se produjeron los sucesos, estos no se adecuan a la hipótesis del delito de peculado por extensión, ni como autor ni como cómplice; **vi)** Se ha efectuado una deficiente valoración del Informe Contable número 07-2011; **vii)** Respecto a la imposición de la pena, se omitió mencionar las condiciones personales y sociales; **viii)** Inobservancia de normas legales de carácter procesal – derecho de defensa, en la medida que durante todas las etapas del proceso el recurrente se ha encontrado en estado de indefensión; **ix)** En la sentencia de vista se ha aplicado indebidamente el sistema de tercios al momento de la determinación judicial de la pena, siendo que la Ley que la regula es posterior a los hechos materia de imputación.

DERECHO DE PLURALIDAD DE INSTANCIAS

TERCERO: El derecho a la pluralidad de instancias forma parte del debido proceso y goza de reconocimiento nacional e internacional. Así, por un lado, la Constitución Política del Estado, en el artículo ciento treinta y nueve, numeral seis, reconoce a la pluralidad de instancia como un principio de la función jurisdiccional. Y, por otro lado, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo ocho, numeral dos, literal h), ha previsto que toda persona tiene el "(...) Derecho de recurrir (...) el fallo ante Juez o Tribunal Superior (...)".

CUARTO: No obstante, como todo derecho fundamental, la pluralidad de instancias no es absoluta, sino que está sujeta a limitaciones legales. Así, lo

expuesto se ajusta a lo establecido por el Tribunal Constitucional [1], en cuanto a que el derecho a los recursos es un derecho de configuración legal, esto es, que corresponde al propio legislador determinar en qué casos cabe la impugnación. De modo tal, que sólo corresponde promover un recurso contra las resoluciones que así lo indique de manera expresa la Ley y bajo las condiciones debidamente señaladas.

QUINTO: En consonancia con la naturaleza de derecho público y tutelar del derecho procesal penal, las normas que regulan esta disciplina son irrenunciables o imperativas y de garantía. Son irrenunciables porque vinculan a todos los que intervienen en el proceso, no siendo posible sustituirlas por actos jurídicos voluntarios regidos por el principio de autonomía de la voluntad, pues el proceso penal no puede regularse al margen de la ley; por otra parte, serán de garantía porque tutelan la jurisdicción penal, esto es, definen los presupuestos del ejercicio de la acción penal, explicitan los efectos de las resoluciones judiciales en cada caso concreto, y regulan la forma y contenido de la actividad jurisdiccional [2].

ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL ENCAUSADO

SEXTO: La admisibilidad del recurso de casación, se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintisiete y normas concordantes del Código Procesal Penal, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que conforme al estado de la causa y en aplicación de lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del anotado Código, corresponde decidir si el recurso de casación se encuentra bien concedido, y si, en consecuencia, procede conocer el fondo del mismo.

[1] Ver STC N° 01243 – 2008 – PHC/TC, del uno de setiembre de dos mil ocho.

[2] San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Segunda Edición actualizada y aumentada. Editora Jurídica Grijley. Lima 2003, pp. 24.



SETIMO: El procesado [REDACTED] con la finalidad de que se le conceda el recurso de casación, precisó la causal de procedencia prevista en el numeral dos, literal b) y numeral cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y como causal de interposición lo previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, numeral uno y tres del citado Código; y para tal efecto, se valió de la fundamentación señalada inicialmente, considerándola suficiente para evidenciar las infracciones denunciadas.

OCTAVO: La casación en tanto medio impugnatorio comparte con los demás medios, los presupuestos de impugnación que son: respecto de la perspectiva objetiva, la impugnabilidad del acto y el cumplimiento de la formalidad, y en relación a la perspectiva subjetiva, la existencia del agravio (gravamen) y la legitimación activa del recurrente (carácter de parte).

NOVENO: De la verificación del cumplimiento de los presupuestos objetivos, previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, en el caso de autos, si bien se ha recurrido una sentencia de vista que pone fin al proceso; sin embargo, debemos precisar que el numeral dos de dicho artículo, nos indica las limitaciones a la que se encuentra sujeta la procedencia del recurso de casación. En efecto, dicho numeral, en su literal b), precisa que si se trata de sentencias, el delito más grave a tener en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años; así, en el caso que nos ocupa, se ha llegado a imputar al recurrente el delito de Peculado por Extensión, el cual se encuentra previsto en el artículo trescientos ochenta y siete, segundo párrafo del Código Penal modificado por Ley 26198 vigente al momento de la comisión de los hechos, cuya pena abstracta en su extremo mínimo es de cuatro años y su extremo máximo es de diez años; por lo que en su sentido, se evidencia que no se cumple con el requisito exigido por la norma antes invocada.

DECIMO: En cuanto a la causal de procedencia prevista en el numeral cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal o también

llamada "casación excepcional", invocada por el recurrente; esta Sala Suprema ya ha dejado sentado como criterio jurisprudencial, que a efectos de intervenir y aceptar discrecionalmente la casación excepcional, se ha de exigir como condiciones, las siguientes: **i)** Unificación de interpretaciones contradictorias - jurisprudencia contradictoria entre diversos órganos jurisdiccionales -, afirmación de la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial frente a decisiones contrapuestas con ella expedidas por tribunales inferiores, o definición de un sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada pero de especiales connotaciones jurídicas; **ii)** La exigencia ineludible, por sus características generales, más allá del interés del recurrente - defensa del *ius constitutionis* -, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de derecho penal y procesal penal.

DECIMO PRIMERO: En tal sentido, cuando el recurrente invoca el inciso cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, pero el tema que presenta no cumple con la regla establecida en el considerando precedente, se debe rechazar de plano el recurso propuesto. Este es el caso de la casación que se propone, pues el recurrente expone un conjunto de afectaciones de derechos de diferente índole que no se presentan como un tema que necesite desarrollo en la doctrina jurisprudencial de este Supremo Tribunal, sino que se ha limitado a expresar una serie de agravios que no pueden ser revisados en casación, sino en apelación. En el fondo lo que se pretende es un triple juzgamiento, en tanto sus fundamentos se dirigen a cuestionar la indebida valoración de los medios de prueba. En consecuencia no hay razón para que este Supremo Tribunal ejercite la potestad discrecional de admitir a trámite una casación que no supera los presupuestos establecidos por la norma antes precisada. Por ello es que no se configura la causal excepcional invocada, debiéndose rechazar de plano el presente recurso.



Handwritten notes:
1/3
Sustento
nue

ANÁLISIS DEL RECURSO DE CASACIÓN INTERPUESTO POR EL ENCAUSADO [REDACTED]

DECIMO SEGUNDO: El procesado [REDACTED] con la finalidad de que se le conceda el recurso de casación, precisó la causal de procedencia prevista en el numeral uno y dos del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal; y, como causal de interposición lo previsto en el artículo cuatrocientos veintinueve, numeral dos del citado Código; y para tal efecto, se valió de la fundamentación señalada en el segundo considerando de la presente resolución, considerándola suficiente para evidenciar las infracciones denunciadas.

DECIMO TERCERO: Conforme al análisis realizado en el caso anterior, es preciso examinar el cumplimiento de los presupuestos objetivos previsto en el artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal. Así, el recurrente ha señalado como causal de procedencia el numeral uno del artículo antes mencionado; al respecto, dicho numeral se debe concordar con cualquiera de los literales contenidos en el numeral dos, en tanto estas son las limitaciones que por imperativo legal se encuentra sujeto el recuso de casación; en ese sentido, se tiene que se ha recurrido una sentencia que pone fin al proceso; empero, el literal b) del referido numeral dos, es claro al señalar que si se trata de sentencias, el delito más grave a de tener en su extremo mínimo, una pena privativa de libertad mayor a seis años; cuestión que en el caso que nos ocupa no se cumple, pues el delito de Peculado por Extensión que se le imputa al recurrente, previsto en el segundo párrafo del artículo trescientos ochenta y siete, del Código Penal modificado por Ley N° 26198 vigente al momento de la comisión de los hechos, tiene pena abstracta de cuatro años en su extremo mínimo y su extremo máximo es de diez años; debiéndose por tanto, declararse inadmisibles el recurso impugnatorio interpuesto.



ca

COSTAS PROCESALES

DECIMO CUARTO: El artículo quinientos cuatro, párrafo segundo, del Código Procesal Penal establece que las costas procesales serán pagadas por quien interpuso un recurso sin éxito, las cuales se imponen de oficio conforme al párrafo segundo del artículo cuatrocientos noventa y siete de la norma procesal acotada. Le corresponde por tanto a los encausados [REDACTED] asumir tal obligación procesal.

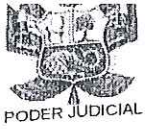
DECISIÓN

Por estos fundamentos, **DECLARARON:**

I.- INADMISIBLE el recurso de casación interpuesto por los encausados [REDACTED] contra la sentencia de vista que obra a fojas seiscientos noventa y uno, de fecha veinte de junio de dos mil dieciséis, que confirma la sentencia de primera instancia de fojas trescientos ochenta y siete, de fecha tres de marzo de dos mil dieciséis, en el extremo que condena a los citados encausados como autores del delito contra la Administración Pública en la modalidad de Peculado por Extensión; y revoca el extremo de la pena impuesta, imponiéndoles cuatro años de pena privativa de libertad efectiva; con lo demás que contiene.

II.- IMPUSIERON a los recurrentes [REDACTED] el pago de las costas procesales correspondientes, que serán exigidas por el Juez de Investigación Preparatoria correspondiente, de conformidad con el artículo quinientos seis del Código Procesal Penal.

III.- MANDARON se transcriba la presente Ejecutoria Suprema al Tribunal Superior de origen y se notifique a las partes.



Conte

IV.- **ORDENARON** se devuelva los actuados al Tribunal Superior de origen; hágase saber y archívese.-

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

NEYRA FLORES

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

AFN/ulc

[Handwritten signatures and scribbles]

SE PUBLICO CONFORME A LEY

[Handwritten signature]

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

23 MAY 2017