

UNIVERSIDAD SAN PEDRO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



**“LA INFRACCION DEL DEBER EN LOS
DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION
PUBLICA”**

Caso: Peculado – Exp. 1469-2006

**INFORME DEL TRABAJO DE SUFICIENCIA
PROFESIONAL**

AUTOR BACHILLER:

TULIO RAUL QUARTARA SUSANIBAR

ASESOR:

Abg. Arias Cruz Freddy Robert

BARRANCA – LIMA- PERU

2017

DEDICATORIA

*Este trabajo se lo dedico a mis hijos,
fuente de toda inspiración y principal
cimiento de mi vida.*

PRESENTACION

La situación actual de la Administración Pública, exige atención del derecho en la medida que mientras exista mayor conexión e interrelación de los funcionarios y los servidores públicos con los bienes (caudales y efectos) del Estado, más propenso se encuentran ellos de disponer dichos bienes en su favor o de terceros.

La corrupción en el mundo actual ya no es un problema local, nacional o regional; se trata de un problema a escala mundial. Solo podremos enfrentarla con políticas de estado, permanentes e integrales, y con el respaldo de la cooperación internacional.

Por otra parte, el país sí tiene disposiciones legales que le permiten al Estado la preservación y el orden en cuanto a los bienes y derechos que conforman su patrimonio.

Todo ello, motiva a investigar y escudriñar en torno a este tema a fin de dar una solución sino integral, por lo menos más o menos justa al problema que se plantea, si consideramos que mediante una modificación racionalmente atinada se puede disminuir la comisión de los delitos contra la Administración Pública específicamente en lo que respecta a los delitos de Peculado.

El presente trabajo “LA INFRACCION DEL DEBER EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA” tiene como objetivo realizar un análisis del tipo penal de Peculado desde el punto de vista de la teoría de Infraccion del Deber, elaborada por Claus Roxin, abordándose para ello, las consideraciones políticas criminales de su legislación y el análisis sobre la problemática de la autoría y participación en este delito.

El Propósito de la presente investigación está debidamente concordada respecto a la conveniencia, la relevancia social, implicancias prácticas y valor teórico de la misma.

PALABRAS CLAVES:

Tema:	“Infracción del deber, delitos contra la Administración Pública, peculado”
Especialidad:	Derecho Penal

Keywords

Text:	“Breach of duty , crimes against Public Administration, peculado”
Speciality:	Criminal Law

Línea de Investigación OCDE: Derecho

INDICE GENERAL

DEDICATORIA.....	i
PRESENTACION.....	ii
PALABRAS CLAVES:.....	iii
INDICE GENERAL.....	iv
INTRODUCCION.....	1
CAPITULO I.....	2
1.1 ANTECEDENTES.....	2
1.1. La Política Criminal Peruana en relación a los Delitos contra la Administración Pública.....	2
CAPITULO II.....	4
MARCO TEORICO.....	4
2.1. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA.....	4
2.1.1 Objeto jurídico genérico y específico de la tutela penal.....	4
2.1.2 Correcto Funcionamiento de la Administración Pública.....	5
2.2. EL FUNCIONARIO PUBLICO.....	8
2.2.1 Clases de Funcionarios.....	8
2.2.2 El Servidor Público.....	10
2.2.3 La Autoridad.....	10
2.2.4 Los Asesores.....	11
2.2.5 Interpretación del Artículo 40 de la Constitución.....	11
2.2.6 Concepto administrativo de Funcionario Público.....	12
2.2.7. Según la Convención Interamericana contra la Corrupción.....	14
CAPITULO III.....	16
3. LEGISLACION NACIONAL Y TIPOLOGIA DEL DELITO DE PECULADO.....	16
3.1. Concepto Penal de Funcionario Público.....	18
3.2. Funcionario Público de Peculado.....	19
3.3. Peculado Doloso.....	21
3.3.1 Sobre El Bien Jurídico Protegido.....	21
3.3.2 Sujeto Activo: Autoría.....	21
3.3.3 Comportamientos Típicos.....	22

3.3.4. Consumación y Tentativa	27
3.4. Peculado Culposo	28
3.4.1. La Figura Penal	28
3.4.2. Componentes Típicos	29
3.4.3. El Sujeto Activo: Autoría	30
3.4.4. La Otra Persona: Concurso De Delitos	31
3.4.5. El Elemento Subjetivo	31
3.4.6. Consumación y Tentativa	32
3.5. Peculado de Uso	32
3.5.1. Antecedentes Legales:	32
3.5.2. La Figura Penal:	32
3.5.3. Sujeto Activo: Autoría	33
3.5.4. Comportamientos Típicos	33
3.6. Peculado por Extensión (Peculado Impropio)	34
3.7. Autoría y Participación en los Delitos Especiales	34
3.7.1. La Autoría y Participación Bajo la Teoría del Dominio del Hecho.	35
3.7.2. Teoría de la Infracción de Deber.	36
3.8. El Problema de La Intervención del Particular	38
3.8.1. Las teorías de la impunidad	38
3.8.2. Las teorías de la responsabilidad	39
3.8.3. El título de imputación de la intervención del particular	40
CAPITULO IV	44
4. MARCO JURISPRUDENCIAL	44
4.1. Acuerdo Plenario 4-2005	44
4.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia	44
4.2.1. CASACIÓN N° 160-2014, DEL SANTA	44
4.2.2. CASACIÓN 102-2016, LIMA	44
CAPITULO V	46
5. LEGISLACION COMPARADA	46
5.1. Chile	46
5.2. México	46
5.3. Honduras	47
5.4. El Salvador	47

5.5. Brasil	47
5.6. Colombia	47
5.7. Bolivia	48
5.9 Uruguay	48
CONCLUSIONES:	49
RECOMENDACIONES	51
RESUMEN	52
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS	53
ANALISIS DEL EXPEDIENTE JUDICIAL	54
ANEXOS	61

INTRODUCCION

Como es sabido, en los últimos años se han visto incrementados los índices de criminalidad en el país y a nivel mundial tanto en delitos comunes como en los delitos especiales como los son los delitos contra la Administración Pública

El derecho penal como medio de control conminatorio y represivo un último recurso aplicable cuando la gravedad del hecho resulta intolerable para el estado. Esta característica de *última ratio* del derecho penal, rige tanto para delitos comunes como para delitos especiales.

El presente trabajo, en su condición de memoria de grado, tiene como objetivo realizar un análisis del tipo penal de Peculado, abordándose las consideraciones políticas criminales de su legislación, el análisis sobre la problemática de la autoría y participación en el delito de Peculado y los tipos de Peculado

Asimismo, se estudiará el bien jurídico protegido del delito de Peculado, respecto del cual no hay consenso en la doctrina, puesto que para algunos autores el bien jurídico es el correcto funcionamiento de la administración pública y para otros es el patrimonio público; sin embargo, el artículo 387 del Código Penal sanciona también al funcionario público que se apropia o utiliza bienes de particulares, como es el caso de los depositarios. Abordando con especial énfasis la figura del Funcionario Público y el Servidor Público desde la perspectiva de la teoría de Infracción del Deber elaborada por Claus Roxin y desarrollada por Gunther Jacobs.

Con todo, este trabajo en su condición de Memoria de Grado pretende ser una primera piedra que sirva de base para el futuro desarrollo de un trabajo mucho más profundo en cuanto al tema de los delitos en contra de la Administración Pública, en especial en los delitos de funcionarios.

CAPITULO I

1.1 ANTECEDENTES

1.1.1. La Política Criminal Peruana en relación a los Delitos contra la Administración Pública

El Código Penal vigente ha reducido los rubros de delitos imputables a los funcionarios públicos, ha descriminalizado una serie de conductas contenidas en los códigos de 1863 y 1924, a la vez que, bajo la presión de las crisis y extrema corrupción de los agentes de la burocracia y funcionario público, se ha visto impulsado a partir de 1987 a agregar tipos complementarios y subsidiarios en el rubro *corrupción de funcionarios*, elevando las penas.

El sistema de penas de los diseños normativos de 1863 y 1924, estuvo marcado por su benignidad salvo contadas excepciones. Para el Código Penal de 1863 la pena más alta fue la de reclusión de tercer grado que implicaba un máximo de 03 años de encierro en un penal y aplicable sólo para el delito de concertación para defraudar al Estado (Art. 200). El delito de Peculado doloso tipificado en el artículo 196 tenía una pena de reclusión de 01 año e Inhabilitación. En el Código de 1924, luego de reformas ulteriores los únicos delitos que eran castigados con severidad fueron el peculado doloso (artículo 346) y el de corrupción activa del Juez (Art. 353) con 10 años de penitenciaría e inhabilitación absoluta perpetua y 15 años, respectivamente. El código penal de 1991, texto original, sanciona al Peculado doloso en el artículo 387 con una pena privativa de la libertad de 02 a 08 años.

A raíz de la última modificatoria al delito de Peculado mediante la Ley N° 29703, en la cual se agrava la pena cuando el monto de lo apropiado o utilizado sobrepase las 10 UIT, se da una connotación distinta al Peculado, viéndolo desde el punto de vista cuantitativo. El legislador ha seguido la pauta de valorización económica del bien objeto de apropiación y/o utilización para la elaboración de la circunstancia agravante contenida en el segundo párrafo: *“Cuando el valor de lo apropiado o utilizado sobrepase diez unidades impositivas tributarias será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de doce años”*. Esto supone la utilización de criterios puramente objetivos.

La postura aquí es que el injusto penal esté en función de la gravedad de la afectación al patrimonio público administrado.

Esta valorización no debe confundirse o sobreponerse con el **destino** de los caudales o efectos previsto en el tercer párrafo del artículo 387° del Código Penal: *“Si los caudales o efectos, independientemente de su valor, estuvieran destinados a fines asistenciales o a programas de apoyo social, la pena privativa de libertad será no menor de ocho ni mayor de doce años”*, pues aquí la punición de la conducta no está condicionada al valor del objeto material del delito sino al mayor desvalor que viene sustentado por la defraudación de las legítimas expectativas de aquella población que requiere de prestaciones asistenciales o de programas de apoyo social, más aún ante la ocurrencia de calamidades públicas, conforme lo ha entendido el legislador peruano.

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1. EL BIEN JURIDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACION PÚBLICA

2.1.1 Objeto jurídico genérico y específico de la tutela penal

El Estado tiene sus propios órganos contralores y se halla dotado de reglamentos y procedimientos específicos internos y externos para proteger a la administración pública - con niveles más o menos optimizados- de los comportamientos de sus agentes que violando sus deberes infringen los reglamentos y pautas orgánicas.¹

Al integrar el bien jurídico “administración pública” diversos valores e intereses en un todo único, es perfectamente admisible hablar en este caso del objeto genérico de la tutela penal, Esto es, el normal o **correcto funcionamiento de la administración pública.**

Pero a la vez que se afecta, en sentido general, a la administración pública, se lesiona o pone en peligro un valor o interés específico, por ejemplo: el patrimonio público en los delitos de peculado y malversación o la dignidad de la función y del funcionario

¹ En el Perú las infracciones administrativas y la desviación funcional imputable a los comportamientos de los funcionarios y servidores públicos se hallan normados en el Decreto Legislativo N° 276 del 06 de marzo de 1984 (Ley de Bases de la Carrera Administrativa) y en leyes y normas específicas: Decreto Supremo N° 005-90-PCM (Reglamento de la Ley de Bases), Ley N°27444 (Ley del Procedimiento Administrativo General de 11 de abril de 2001), Decreto Ley N° 26162 (Ley del Sistema Nacional de Control, de 24 de diciembre de 1992) y en numerosos textos orgánicos de las entidades públicas

en el desacato, o el principio de imparcialidad y probidad en los delitos de corrupción. Estamos entonces hablando del objeto específico de la tutela penal, o bien jurídico específico.

2.1.2 Correcto Funcionamiento de la Administración Pública

Entre los autores que defienden la tesis del correcto funcionamiento de la administración pública como bien jurídico, se encuentran NELSON SALAZAR SANCHEZ, quien refiere que el bien jurídico relevante es aquello que lacera las bases del sistema administrativo dentro de una configuración estricta señalada por los tipos penales *in especie*. (SALAZAR SANCHEZ)

En doctrina penal existen diversas posiciones en torno a cuál sería el bien jurídico general protegido por los delitos contra la administración pública

- La probidad, dignidad, integridad, rectitud y lealtad del funcionario público. Como puede entenderse, se trata de una concepción subjetiva respecto al bien jurídico ya que se centra en características que el funcionario público debe tener para trabajar en la administración pública.
- Las expectativas, basadas en las normas, que se tienen respecto a la actuación de los funcionarios estatales y aquellas sobre el rol que estos deben cumplir en nuestro sistema social. En otras palabras, las expectativas normativas se defraudan cuando los funcionarios públicos incumplen su deber institucional de “sujeción a la ley”; es decir, no actúan según las normas estatales prescritas. (REAÑO, 2009)
- El correcto y regular funcionamiento de la administración pública (el correcto ejercicio de la función pública). Esta postura predomina, actualmente, en la doctrina y en la jurisprudencia.

Debe entenderse a la administración pública como aquella actividad que los funcionarios y servidores públicos desempeñan para que un Estado Constitucional, Social, Democrático y de Derecho cumpla con su rol prestacional. Según esta perspectiva de bien jurídico, no se protege a la administración pública en sí, en

tanto órganos o instituciones sino a la administración en sentido funcional, en tanto su función se orienta a hacer realidad los fines del Estado constitucionalmente establecidos. (SALINAS SICCHA, 2011) Referidos y reflejados, en gran medida, en el acceso de los ciudadanos a los servicios públicos y, por lo tanto, a la satisfacción plena de sus derechos y libertades.

Con respecto al Peculado, destaca lo recogido del Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116², del 30 de setiembre de 2005 de la Corte Suprema de Justicia de la República que, tomando como referencia las Ejecutorias Supremas del delito de Peculado, estableció como doctrina legal, entre otros, que:

“tratándose el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección legal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

Así se tiene que, por un lado, se busca proteger el patrimonio del Estado, la confianza depositada en el funcionario o servidor público encargado de percibir, administrar o custodiar bienes del erario nacional, la seguridad con que la Administración Pública quiere preservar los bienes públicos y, por otro lado, se quiere evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público cuando quebranta deberes funcionales de lealtad y probidad.

En el ámbito nacional, FIDEL ROJAS VARGAS, desdobra el bien jurídico en dos objetos específicos: a) garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad, asegurando el principio constitucional de fidelidad a los

² Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. Asunto: Definición y Estructura Típica del Delito de Peculado. Art. 387.CP.

intereses públicos al que están obligados los funcionarios y servidores. (ROJAS VARGAS, 2002)

La importancia del carácter de los bienes públicos destaca de manera especial en los supuestos de agravación de los tipos básicos de Peculado Doloso y Culposos, donde la razón de ser de la agravación radica en la importancia especial de la *finalidad pública* para lo cual estaban destinados los bienes: fines asistenciales o programas de apoyo social.

2.2. EL FUNCIONARIO PUBLICO

Funcionario Público es aquella persona física que prestando sus servicios al Estado se halla especialmente ligada a éste (por nombramiento o delegación, selección o elección popular) y que premunido de poder de decisión determina en forma expresa o ejecuta su voluntad a través del desarrollo de actos de naturaleza diversa que tienden a fines de interés social o estatal.

2.2.1 Clases de Funcionarios

Más allá de órdenes o niveles comprendidos en el artículo 425, la ley penal peruana no hace mayores distinciones al respecto.

Se habla de funcionarios de **autoridad, de procuración y de gestión**, para referirse con la primera clasificación a los de mayor nivel en la jerarquía del funcionario público y que poseen facultades de “*imperium*” o mando sobre los demás. Son funcionarios de **procuración** los que representan al Estado y a sus diversos órganos en defensa de sus intereses. Los funcionarios de administración (la denominada clase o estructura burocrática) son aquellos que gerencian o dirigen técnicamente y se hallan repartidos en todas las instancias del Estado; los de **gestión**, aquellos que contratan a nombre del Estado.

Asimismo, es dominante hoy la clasificación entre funcionarios de carrera y de empleo (o contratación), donde los primeros tienen una vinculación estatutaria con la Administración Pública y gozan de los derechos y privilegios legales (titulación, permanencia, retribución a cargo del presupuesto estatal, ascensos, previsión social), mientras que los segundos (generalmente eventuales e interinos o suplentes), en constante incremento, son contratados por tiempo determinado, no gozan (por lo general) de vacaciones, previsión social, etc. hallándose en todas las ramas y reparticiones de la Administración Pública.

Otras clasificaciones:

Funcionarios políticos (los electos por votación popular: Mandatarios, Vice presidentes, Congresistas, Alcaldes, presidentes de Región, etc.),

De confianza política o técnica (cubren puestos de gran importancia y de decisión: Vice Ministros, Directores Generales, Secretarios de Estado, Secretarios Generales, Administradores, etc.),

Interinos (quienes cubren plazas temporalmente o hasta que desaparezca la causa que le dio origen),

Accesitarios (quienes cubren puestos a la muerte o vacancia de los titulares).

Sobre la base de lo señalado, resulta necesario utilizar un concepto que sea funcional a la protección del correcto y normal funcionamiento de los servicios de la administración pública en favor de los ciudadanos. Desde esta perspectiva, la doctrina ha reconocido como los elementos del concepto de funcionario público los siguientes:

- La persona deberá ser incorporada heterónomamente a la actividad pública (título habilitante)
- La persona debe ejercer la función pública o tener la posibilidad efectiva de hacerlo

La incorporación heterónoma a la función pública

La incorporación heterónoma a la función pública significa que el funcionario público adquiere su estado a través de una acción de selección, nombramiento o elección por el pueblo, la norma, o una persona que –distinta al propio funcionario– ostente el poder suficiente para vincular al nuevo servidor con la administración pública.

Estos títulos habilitantes abarcan todas las posibilidades de acceder a la administración pública. Así entendemos:

- **Selección:** Elegir a una persona entre otras por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El juez que es elegido por concurso público dirigido por la CNM.
- **Designación:** Destinar a un sujeto para la función pública por parte de una autoridad competente. Ejemplo: El Presidente de la República designa a un asesor para que sea el encargado del despacho presidencial.

- **Elección:** Nombramiento que regularmente se hace a través de un proceso de votación. Ejemplo: El congresista que es elegido por elección popular.

Esta posición es la planteada por la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC):

2.2.2 El Servidor Público

Servidor público tiene en nuestro ordenamiento legal identidad de significado con la frase *empleado público* usada anteriormente. Tanto el funcionario y el servidor público sirven al Estado para el cumplimiento de sus fines. Las diferencias están, según opinión mayoritaria, en el hecho de que el servidor no representa al Estado, trabaja para él pero no expresa su voluntad; el servidor se relaciona con la administración estatal mediante contratación voluntaria (en el caso del funcionario le rige una base estatutaria unilateral); el empleado o servidor público es agente sin mando, que brinda al Estado sus datos técnicos y profesionales para tareas o misiones de integración y facilitador de la de los funcionarios públicos. En definitiva, un empleado no ejerce función pública y se halla en situación de subordinación en relación a los funcionarios.

La importancia para el derecho penal de la distinción entre funcionario y servidor público radica en el régimen de responsabilidades penales distinto para uno y otro, o existente para uno e irrelevante para otro.

2.2.3 La Autoridad

El Código Penal peruano usa a menudo el término “autoridad” para aludir a un sujeto público que resulta afectado en la funcionalidad de sus actos con el comportamiento delictivo (Ej. Artículos 365, 370, 372, 375, 378, 379, 391, 407). Sólo en el artículo 410 se refiere a la “autoridad” para titularizar al sujeto activo del delito. Fuera del Código Penal el uso del término es igualmente apreciable en otros cuerpos normativos y en leyes especiales.

Toda autoridad por definición es un funcionario público, sólo que, dotado de mando y jurisdicción, ya sea a título personal o institucional, es decir, de un especial poder de decisión que lo sitúa en una relación de supremacía en relación a otros funcionarios y

a los subordinados, pudiendo ejercer coerción, dar órdenes y exigir obediencia en base a normas de derecho público en un contexto territorial determinado.

2.2.4 Los Asesores

Son asesores todas aquellas personas calificadas por su técnica, ciencia o profesionalismo que contribuyen a formar decisiones con sus informes, consejos especializados, diseños, proyectos, planes, etc.

No obstante, desde el Derecho Penal, el asesor que tienen asignado por delegación de autoridad o funcionario competente el ejercicio de una determinada función pública, resultan imputables, en el marco de las competencias asignadas, por la comisión u omisión de delitos de infracción de deber, a título de funcionarios públicos, conforme al concepto amplio y extensivo que se maneja en dicha área punitiva.

2.2.5 Interpretación del Artículo 40 de la Constitución

El tema en cuestión radica en si los funcionarios y servidores de las empresas del Estado o de aquella donde éste tiene un capital mayoritario junto al capital privado (sociedades de economía mixta) tienen el status y la calidad de funcionarios y servidores públicos y si tales agentes son imputables penalmente por delitos de función o en todo caso, por determinados delitos de función.

El problema se inicia con la dación y puesta en vigencia de la Constitución Política de 1993, en cuyo artículo 40, segundo párrafo, se consigna el enunciado de que “*no están comprendidos en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta*”, lo que en una interpretación inmediata y literal implica un explícito enervamiento del texto original del inciso tercero del artículo 425 del Código Penal que había entrado en vigencia en 1991 y que a la letra decía: “*Se consideran funcionarios o servidores públicos: 3. Los de empresas del Estado o sociedades de economía mixta y de organismos sostenidos por el Estado*”. Teníamos así un enunciado que por jerarquía constitucional abrogaba el dispositivo normativo ordinario de la ley penal hecha alusión.

Surgió así el primer conflicto en base al sentido gramatical sintáctico del texto constitucional en referencia para declarar inaplicable el inciso 3º del artículo 425 del Código Penal, con el argumento que ha sido derogado tácitamente por la Constitución

Política, declarándose el principio de jerarquía normativa y de respeto a la Constitución, consecuentemente, numerosas excepciones de Improcedencia de Acción formuladas en los procesos penales por delitos funcionales (peculado, concusión, cohecho, etc.) seguidos contra agentes públicos de las empresas del Estado y de las sociedades de economía mixta fueron declaradas fundadas, disponiéndose el archivo definitivo de las causas.

Frente a esta interpretación literal, surgió la interpretación sistemática y teleológica, la cual se dirige a justificar racionalmente la existencia de la exclusión de tales funcionarios y servidores de la función pública, señalando que el mensaje del 2º párrafo del artículo 40 de la Constitución no está centrado en la idea de cancelar la titularidad pública de los funcionarios y servidores que desempeñan funciones y servicios en los entes empresariales del Estado **sino en fundarla exclusivamente en fines previsionales en el contexto del ámbito administrativo** (principalmente el evitar que numerosos trabajadores se acojan a los alcances del Decreto Ley N° 20530).

Precisa que la interpretación de las normas jurídicas no debe descansar sólo en criterios gramaticales sino y sobre todo en consideraciones teleológicas y concordadas y lo cierto es, que en el Derecho Penal el concepto de funcionario y servidor público es de naturaleza extensiva, de tal forma que si se castiga a particulares que manejan fondos públicos o destinados a fines públicos no existe razón alguna para no hacerlo con los agentes de las empresas estatales o de aquellos que manejan fondos estatales en las sociedades de economía mixta.

Entonces los funcionarios de las empresas estatales y los de sociedades de economía mixta ejercen realmente función pública si manejan y disponen de patrimonio público o comprometen dicho patrimonio en negociaciones con empresas privadas. Tanto un funcionario estatal como uno de empresa pública puede por igual cometer un cohecho o una colusión desleal, un delito de interés indebido en contrataciones públicas, un peculado, una malversación o un enriquecimiento ilícito.

2.2.6 Concepto administrativo de Funcionario Público

El Estado regula estos conceptos a través de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (Decreto Supremo N° 005-90-PCM Art. 4)

“considérese funcionario al ciudadano que es elegido o designado por autoridad competente conforme al ordenamiento legal para desempeñar cargos del más alto nivel en los poderes públicos y los organismos con autonomía”

Es funcionario público quien reúne los siguientes requisitos y notas características:

a) Origen del Título:

Que su ingreso a la función pública se haya producido por: **a) elección popular** (Congresistas, Alcaldes, Regidores, Presidentes de Región, elección de cuerpos colegiados del JNE, CNM, autoridades universitarias), **b) nombramiento** o delegación hecha por autoridad competente (Ministros, Defensor del Pueblo, miembros del TC, parte del directorio del BCR, jueces y fiscales, mandos castrenses), **c) disposición legal** (cuando fallece o cesa por incapacidad moral el Presidente, la Constitución Política contempla en artículo 115° que asuma la Presidencia el Primer Vicepresidente o en su defecto el segundo Vicepresidente o en caso extremo el Presidente del Congreso) y **d) Delegación:** Cuando un funcionario transfiere temporalmente dicha calidad a otro funcionario o un Superior jerárquico decide que el funcionario inferior asuma otra cargo complementario (Art. 107 de la Constitución).

b) El requisito de la formalidad del ejercicio de actos de función:

Luego de la selección, nombramiento o fijación legal se activa el proceso de investidura como modo formal de incorporación efectiva a la estructura estatal que conlleve como consecuencia a la asunción del cargo, previo juramento generándose a partir de allí el ejercicio legal de las funciones, así como derechos, prerrogativas y responsabilidades.

c) La existencia de la función pública:

Que exista continuidad en el ejercicio de la función pública, que no se trate de un funcionario sin función o con función esporádica.

d) Actividad Remunerada:

La remuneración justa, digna y matizada es una condición del sistema de la administración pública que depende del Estado y no de los particulares o interesados.

e) Representatividad Estatal:

Los actos del funcionario deben constituir o expresar la voluntad estatal (en sentido amplio), en sus actos despliega y ejecuta labor estatal, encarna la voluntad pública y la representa ante la ciudadanía y de ser el caso en el exterior.

f) Poder de Decisión:

El funcionario público debe tener poder de decisión en el marco de su competencia y de acuerdo a su jerarquía y nivel.

2.2.7. Según la Convención Interamericana contra la Corrupción

La “Convención Interamericana Contra la Corrupción” documento aprobado y firmado por 23 países de América Latina el 29 de marzo de 1996 en el marco de la Conferencia Especializada Interamericana realizada en Caracas, aprobada por el Congreso Peruano con fecha 05 de marzo de 1997 y ratificada el 21 de marzo de 1997 describe al funcionario público en el artículo I en los siguientes términos:

ARTÍCULO I DE LA CICC:

Para los fines de la presente Convención, se entiende por:

“Función pública”, toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos”.

“Funcionario público, Oficial gubernamental, Servidor público: Cualquier funcionario o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos”.

En esta definición descriptiva destacan 03 elementos:

- a) El intento de homologar diferentes locuciones empleadas en las diversas naciones latinoamericanas para comprender a los agentes públicos (funcionarios y empleados)
- b) Incluir en el concepto a aquellas personas que han sido seleccionadas, designadas o electas para desempeñar actividades o funciones a nombre del Estado o a su servicio.
- c) Vincular y comprender todos los niveles jerárquicos en los que se hallen los funcionarios.

Tal noción prescinde de la investidura y del ejercicio funcional de atribuciones, que son inherentes a una concepción estricta o administrativa de funcionario público. Se

han adelantado las barreras penales de protección al bien jurídico “administración pública” en grado considerable haciéndolas radicar en las fases de selección, nombramiento o elección (según la fuente de origen del funcionario) que le son previas a la existencia formal del funcionario público.

CAPITULO III

3. LEGISLACION NACIONAL Y TIPOLOGIA DEL DELITO DE PECULADO

En este punto debemos indicar que el marco de referencia de la presente investigación, viene dado por las recopilaciones que sobre la materia se han pronunciado diferentes juristas nacionales y extranjeros, respecto a los delitos de Peculado Doloso, Culposo y de Uso se han dado desde la Ley N° 29703, de fecha 10 de junio de 2011.

Partimos desarrollando la tipología de los delitos de peculado:

*a) El **peculado propio**. Cometido por los funcionarios o empleados (servidores) públicos que en el contexto de una vinculación funcional con el caudal o efecto se hallen en posesión material o jurídica del bien, apropiándose los usando o sustrayéndolos de la esfera pública.*

*b) **Peculado impropio o por extensión**. Cuando la apropiación, uso o sustracción es cometido por particulares que son equiparados a efectos penales y por disposición normativa a la condición de funcionarios o empleados (artículo 392 del Código Penal peruano). La impropiedad del peculado está referida estrictamente a la calidad del sujeto activo, que para efectos de una mayor tutela del bien jurídico es objeto de imputación por el delito en referencia.*

El peculado propio a su vez se subdivide en:

*I. Peculado por **apropiación**: Caracterizado por el apoderamiento doloso de bienes públicos por parte del funcionario o servidor. Estos bienes públicos son del Estado o*

de particulares en disposición jurídica estatal y se hallan confiados a los sujetos públicos para los usos y fines de ley. Algunas legislaciones penales configuran el peculado con base al verbo rector "sustracción", lo que posibilita flexibilizar la vinculación funcional a hipótesis más amplias de delito (casos de España, Argentina).

*II. Peculado por **utilización o distracción genérica**. En esta modalidad el sujeto público usa o utiliza bienes públicos en beneficio propio o de terceros. No existe aquí voluntad real de apropiación, sino de uso.*

*III. Peculado **culposo**. Por lo general no se castiga la sustracción o apropiación que haga el funcionario por negligencia, sino que se le castiga en razón a que por su descuido dio lugar a que un tercero sustrajera los bienes públicos.*

*IV. Peculado por **distracción o uso específico**. El uso (o utilización) de bienes públicos está circunscrito a determinados bienes muebles (máquinas, vehículos, etc.) que son destinados o utilizados en fines distintos a los oficiales en provecho propio o de terceros. La penalidad es menor que en el peculado por distracción genérica en razón a tratarse de máquinas y herramientas.*

*V. Peculado por **aplicación distinta o malversación**. Conocida más comúnmente por malversación de fondos. Consiste en destinar o invertir fondos públicos o partidas presupuestarias a fines no previstos. Los fondos o bienes no salen de la esfera pública pero son aplicados a rubros no señalados previamente.*

*VI. Peculado por **aprovechamiento del error de otro**. Se trata de un caso límite, que puede ingresar en el ámbito concursal entre concusión inducida y peculado. Se da esta modalidad cuando el funcionario o servidor se apropia o usa dinero o bien mueble que ha recibido o retenido por error de otra persona. El Código penal peruano no contempla esta hipótesis como variedad de peculado.*

*VII. Peculado por **aprovechamiento o empleo de trabajos o servicios pagados por el Estado**. Es el caso de funcionarios o servidores que utilizan la mano de obra o los servicios oficiales para usos personales o de terceros. No contemplada expresamente por el Código penal peruano.*

*VIII. Peculado por **demora injustificada** en los pagos ordinarios.*

IX. Peculado por *rehusamiento a la entrega de bienes*.

3.1. Concepto Penal de Funcionario Público

En nuestro ámbito, el artículo 425 del Código Penal peruano no da ninguna definición normativa de funcionario público, lo que sí hace es ofrecer un listado genérico de niveles de funcionarios y de servidores para imputar responsabilidad penal. Léase:

"Artículo 425. Funcionario o Servidor Público
Son funcionarios o servidores públicos:

1. *Los que están comprendidos en la carrera administrativa.*
2. *Los que desempeñan cargos políticos o de confianza, incluso si emanan de elección popular.*
3. *Todo aquel que, independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado, incluidas las empresas del Estado o sociedades de economía mixta comprendidas en la actividad empresarial del Estado, y que en virtud de ello ejercen funciones en dichas entidades u organismos.*
4. *Los administradores y depositarios de caudales embargados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares.*
5. *Los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional.*
6. *Los designados, elegidos o proclamados, por autoridad competente, para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades*
7. *Los demás indicados por la Constitución Política y la ley."*

El Código Penal no ha definido de forma expresa y descriptiva qué es lo que entiende por funcionario público, pero sí ha posibilitado vía interpretación la noción de funcionario público para efectos penales, es decir, para imputarle cargos delictivos y fijar sanciones.

El Código Penal peruano ha construido una noción penal de funcionario público con base a los 06 párrafos del artículo 425^o, los artículos 386³, 388⁴ y 392⁵ de dicho

³ Artículo 386 CP. Responsabilidad de Peritos, Árbitros y Contadores: Las disposiciones de los artículos 384 (Colusión) y 385 (Aprovechamiento de Cargo) son aplicables a los Peritos, Árbitros y Contadores Particulares, respecto de los bienes en cuya tasación, adjudicación o participación intervienen; y, a los tutores, curadores y albaceas, respecto de los pertenecientes a incapaces o testamentarias.

⁴ Artículo 388 CP. Peculado de Uso. El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas otros instrumentos de trabajo pertenecientes a la administración pública o que e hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años.

⁵ Artículo 392 CP. Extensión del Tipo. Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente, aunque pertenezcan a particulares, así como todas 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.

cuerpo de normas penales. La técnica legislativa es distinta en ambos casos. El artículo 425 formula en términos generales y sin precisiones de conducta típica los límites y alcances de lo que haya que entender por funcionario y servidor público. En cambio, los artículos 386 y 392 operan en el marco de la tipicidad de figuras de concusión y de peculado respectivamente.

El concepto normativo de “funcionario público” utilizado en la esfera penal excede los alcances de la definición efectuada en el ámbito administrativo que sólo considera la elección y la designación por autoridad competente como fuentes de creación del mismo, existiendo en cambio en el derecho penal una tercera fuente productora del funcionario público a efectos penales: la determinación de las normas penales: 386°, 388°, 392° y 425° del Código Penal. Dispositivos que extienden tipicidad y asignan la calidad de funcionario a una serie de sujetos particulares en razón a su particular ubicación frente al bien jurídico o en razón a los aportes para configurar la conducta típica de dichos delitos funcionales.

3.2. Funcionario Público de Peculado

El funcionario público autor del delito de Peculado tanto doloso como culposo será el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directa o funcional) en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El empleado o servidor público que se apropia o usa de los bienes, sin poseer el citado vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado, tampoco lo será el funcionario público en las mismas condiciones.

Tampoco puede ser autor el detentor de hecho de caudales o efectos, así tenga el control de facto o el dominio funcional no legitimado de algún sector público o de toda la administración pública.

La calidad de sujeto activo no se pierde por el hecho que la organización empresarial asuma características o formalidades propias del sector privado, en la medida que el patrimonio siga siendo público, esto es, del Estado o de las administraciones locales, esto posibilita entender que los funcionarios de empresas mixtas en las cuales bajo

formas de sociedades comerciales coexisten y cumplen sus cometidos con capitales de origen y naturaleza pública.

3.3. Peculado Doloso

La fórmula peruana de peculado ha preferido utilizar los verbos rectores "**apropia o utiliza**" para definir los comportamientos típicos del sujeto activo.

El artículo 387, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones penales del extranjero, que emplean los verbos, sustraer, procurar, hurtar, etc., ha circunscrito la acción penalmente relevante en los de apropiar y utilizar, generando así los llamados peculado por apropiación y peculado por utilización o uso.

3.3.1 Sobre El Bien Jurídico Protegido

El objeto genérico de la tutela penal es proteger el normal desarrollo de las actividades de la administración pública. Por tratarse el peculado de un delito pluriofensivo, el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal:

- a) Garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública, asegurando una correcta administración del patrimonio público,
- b) Evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad

3.3.2 Sujeto Activo: Autoría

Tanto en el delito doloso como culposo de peculado, sólo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional), en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro. El particular que entra en posesión de bienes del Estado y se los apropia o utiliza no comete delito de peculado, tampoco el usurpador del cargo, razón por la cual carecen de la calidad de

autores de dicho delito. El funcionario o servidor público que sustrae, se apropia o usa de los bienes, sin poseer el citado vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado. Tampoco puede ser autor de peculado el detentor de hecho de caudales o efectos, así tenga el control de facto o el dominio funcional no legitimado de algún sector público o de toda la administración pública.

La relación funcional que posee el sujeto activo del delito de peculado (funcionario o servidor público que por razón de su cargo administra caudales o efectos) con el patrimonio público vincula inexorablemente la tipicidad del delito.

La calidad de sujeto activo no se pierde por el hecho que la organización empresarial asuma características o formalidades propias del sector privado, en la medida que el patrimonio siga siendo público.

3.3.3 Comportamientos Típicos

Los verbos rectores del peculado son **APROPIAR Y UTILIZAR**, los mismos que configuran las dos modalidades de peculado contenidos en el Art. 387° Peculado por Apropriación y Peculado por Utilización o uso y el peculado por omisión⁶.

Los elementos materiales del tipo penal son las siguientes:

- a) Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos;
- b) La percepción, administración o custodia;
- c) Modalidades de comisión: apropiación o utilización en cualquier forma;
- d) Destinatario, para sí o para otro; y
- e) Objeto de la acción: los caudales o efectos.

a) La relación funcional: "por razón de su cargo"

No cualquier funcionario o servidor puede incurrir en delito de peculado. Es presupuesto necesario de partida, 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. Si es que no existe esta vinculación funcional de estricta base jurídica, el hecho será imputable a título de hurto, apropiación ilícita común o de estafa, de existir engaño; pero no de peculado. Esto es lo que ha permitidos

⁶ Desarrollado por el Acuerdo Plenario N°4 -2005/CJ-116

sostener, a nivel doctrinario, que el peculado **trasciende la simple esfera patrimonial** siendo más una **violación flagrante a los deberes de garantía y confianza asumidos por el funcionario o servidor en razón a su cargo**. Lo que explica que su inclusión se halle en el capítulo de los delitos cometidos por funcionarios contra la administración pública y no en aquellos que lesionan el patrimonio.

La posesión de los caudales o efectos de la que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos). Dicha posesión puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o dada por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

El contenido de la relación funcional pasa a ser así el más importante componente típico del delito de peculado

Es usual preguntarse sobre si la facultad de posesión de los efectos y caudales por razón del cargo se legitima **exclusivamente en la norma o reglamento** o *admite acaso otra fuente*, por ejemplo, un **mandato u orden legítima**.

Al respecto, se debe señalar que la existencia de una disposición legal o de una orden legítima de autoridad competente igualmente legitima la facultad de posesión o administración, al agregar al cargo una función complementaria que antes no existía.

b) La percepción, administración y custodia.

El contenido de la posesión. **Pueden darse juntas o separadamente** y que objetivan de tal manera la relación funcional y lo diferencian del tipo penal común de apropiación ilícita, donde la fuente productora y vinculante de la posesión puede ser cualquier título al margen del nexo por razón del cargo público.

Percepción.

Se alude con este término a la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita (del tesoro público, de particulares, de fuentes extranjeras, donaciones, producto de operaciones contractuales, provenientes incluso de otras agencias estatales, etc.) y que ingresan o pasan a integrar al patrimonio estatal o público en general en calidad de bienes públicos.

El tipo penal no exige necesariamente la propiedad estatal o pública de los bienes; es más, la posición de garante (ejercida a través de sus representantes) que asume el Estado, permite considerar susceptibles de peculado tanto a los bienes que se incorporan, sea cual sea la fuente productora (pública o particular), como a los que temporalmente se hallen bajo disponibilidad jurídica (bienes con destino público o aquellos sujetos a simple custodia estatal).

Perciben caudales tanto aquellos a quienes el Estado asigna bienes en razón de sus cargos, como los que recaudan, del ámbito externo a las administraciones públicas, contribuciones rentas o impuestos que ingresan a los fondos fiscales y/o público en sentido amplio.

Administración.

La posesión confiada al funcionario o servidor, en este caso, implica funciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público, tiene implícita la vinculación funcional, comprendiendo tanto, relaciones directas con el caudal – efecto, o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego.

Custodia.

Esta forma típica de posesión implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.

El funcionario o servidor tiene que desarrollar funciones de control, cuidado, conducción y vigilancia (deber de garante) en despliegue de las obligaciones inherentes a su cargo. La infracción de tales deberes y su conversión en actos de relevancia penal consistentes en apropiarse o utilizar los bienes dejados en posesión, ponen en evidencia el quebrantamiento de los deberes funcionales por parte del sujeto activo para con la administración pública y su manifiesta voluntad de lesionarla patrimonialmente con aprovechamiento material para sí mismo o para terceros.

c) Modalidades delictivas: "APROPIA O UTILIZA"

El artículo 387, a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones penales del extranjero, que emplean los verbos, sustraer, procurar, hurtar, etc., ha circunscrito la acción penalmente relevante en los verbos APROPIAR y UTILIZAR, generando así los llamados peculado por apropiación y peculado por utilización o uso.

La apropiación

A diferencia de la sustracción, supone que el sujeto activo del delito posee ya consigo el bien o caudal del cual entra en disposición personal contraviniendo sus deberes de función. Apropiarse es hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera funcional de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En toda apropiación hay por derivación una **negativa tácita o expresa a devolver lo percibido, custodiado o lo que se tiene en administración**. La negativa a devolver no es un componente del tipo, pero define el ánimo de propietario (rem sibi habenda) con el que se mueve dicho sujeto, imposibilitando o dificultando la recuperación del bien para la esfera del patrimonio público.

La fuente generadora de la apropiación **puede recaer tanto en actos materiales** de incorporación de los caudales o efectos al patrimonio del autor, acrecentando su masa patrimonial, **como en actos de disposición inmediata** (venta, alquiler, préstamo, uso con ánimo de propietario, entrega a terceros, donaciones, etc.).

No es elemento necesario del tipo exigir que el agente haya alejado el bien de la esfera física de dominio de la administración y lo haya incorporado en la propia suya, en términos espaciales de desplazamiento de lugar, pues el peculado se consuma en un contexto interno de control del funcionario o servidor público, siendo secundario o irrelevante el alejamiento de los bienes. No obstante, la sustracción de los bienes por parte del funcionario que los administra o custodia, como cuando los desplaza a su domicilio o a lugares distintos del ámbito de control público, constituye un modo de expresar la concretización de la apropiación de bienes muebles, en tanto incorporación a su patrimonio o a patrimonios ajenos.

El usar o utilizar los caudales o efectos

Configura el peculado de uso. Utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí el ánimo de dominio sino sólo el de servirse del bien. El sujeto vinculado no busca incorporar el bien a su dominio ni actuar como propietario, su voluntad sólo está dirigida en función al hecho de servirse del bien. En el caso de utilización de bienes fungibles distintos al dinero, cabe igualmente dar por configurada esta modalidad de peculado salvo que la devolución restitución del bien sea imposible por ser irrepetible o haberse destruido siendo único o muy escaso.

En el agente no hay ánimo o propósito de quedarse o adueñarse sino simplemente de servirse del bien público en su propio beneficio o en beneficio de tercero⁷.

En suma, respecto a las modalidades de apropiación y utilización en que se traduce la comisión del delito de peculado, se ha establecido como jurisprudencia vinculante lo siguiente: ***"El primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero"***⁸.

d) El destinatario: "para sí o para otro"

El sujeto activo puede actuar delictivamente por cuenta propia, esto es, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, o puede también cometer el delito para favorecer a terceros. El pronombre indefinido "otro" puede referirse a un particular o a una persona jurídica y, dentro de esta última, cabe la posibilidad que sea una persona jurídica de derecho público.

Apropiarse para otro no presupone que en el acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero, exista una relación comercial o de transferencia onerosa; tal caracterización no es una exigencia de la tipicidad del

⁷ ROJAS VARGAS enseña que utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí ánimo de dominio sino solo el de servirse del bien.

⁸ Numeral 7 del Acuerdo Plenario N° 4-2005, 30 de septiembre de 2005.

peculado, por lo mismo, son irrelevantes las motivaciones que dirijan la conducta del funcionario o servidor.

El "otro" puede tratarse de un inductor, en tanto se haya demostrado que fue quien generó la voluntad de pecular en el sujeto activo, para finalmente ser el beneficiario de los caudales o efectos, hipótesis por lo demás muy frecuente en el Perú de la década pasada; asimismo, no se debe desechar la hipótesis de complicidad primaria o secundaria. Sin embargo, la hipótesis más frecuente y que llena de contenido al "para otro" se reconduce por la figura de la autoría por receptación, supuesto en el cual se presentará un concurso de delitos con el de peculado. En efecto, receptor es aquel que conociendo o presumiendo la procedencia ilegal de los bienes (en este caso pertenecientes al patrimonio público), los adquiere, los recibe -en un acto de prodigalidad del funcionario peculador - y los ayuda a negociar.

Difícil es en cambio admitir la receptación, peor aún las otras hipótesis de relevancia penal aludidas anteriormente, cuando del análisis concreto de las circunstancias en juego, se contextualiza entre peculador y familiar o allegado íntimo un cuadro signado por el principio de confianza y de razonabilidad acerca de la legitimidad de los caudales que recibe el tercero.

Pero lo que sí debe quedar claro es que el "otro" no puede ser autor ni coautor de peculado y no es él el que consuma el delito. Asimismo, no interesa para considerar consumado el delito qué fin le dé el sujeto activo o el tercero a los bienes o efectos apropiados o utilizados (venderlos, destruirlos, regalarlos, guardarlos, etc.). Lo que sí se debe tomar en cuenta al momento de efectuar el análisis de tipicidad, en la hipótesis de **utilización** personal o para tercero, es que la conducta típica deberá estar relacionada a bienes no comprendidos en el subsiguiente artículo 388 del Código Penal para ser imputable a título de peculado del artículo 387.

3.3.4. Consumación y Tentativa

El delito es de resultado en su forma activa y omisiva. El resultado que lesiona el bien jurídico implica, dada la pluriofensividad del delito, la acreditación de varios efectos lesivos, que van desde la producida al regular desenvolvimiento de la administración pública y la confianza depositada por el Estado en los sujetos públicos vinculados,

hasta verificar la afectación al patrimonio público en tanto disminución, disponible, sobre todo el caso del peculado por apropiación. La consumación se realiza instantáneamente al producirse la apropiación de los caudales o efectos por parte del sujeto activo, vale decir, cuando éste incorpora parte del patrimonio público a su patrimonio personal, o en su segunda modalidad, a través de la utilización o uso del caudal o efecto, en ambos casos el delito produce perjuicio patrimonial a la administración pública, el mismo que usualmente es acreditado vía administrativa (perjuicio necesario y acreditado mediante pericia). Cuando el destino de los caudales o efectos va dirigido a tercero, la consumación no está definida por el momento en que éste recibe o se beneficia con los bienes, pues para que se produzca este momento ya previamente el funcionario o servidor público debió de haberse apoderado de los caudales o efectos y por lo mismo consumado el delito.

El tipo no requiere que necesariamente se produzca, para consumir el delito, provecho económico o utilidad para el sujeto activo o tercero, salvo que en vía de interpretación se considere que la incorporación al patrimonio sea una modalidad de provecho. Verificar la existencia de provecho para el sujeto público representa en el proceso del iter criminis una fase de agotamiento que para los efectos de tipificar el delito resulta irrelevante.

3.4. Peculado Culposos

Art. 387 (tercer párrafo): *"Si el agente, por culpa, da ocasión a que se efectúe por otra persona la sustracción de caudales o efectos será reprimido con pena privativa de la libertad no mayor de dos años o con prestación de servicios comunitarios de veinte a cuarenta jornadas. 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 la libertad será no menor de tres ni mayor de cinco años"*

3.4.1. La Figura Penal

El peculado culposos hace alusión directa a la sustracción producida por tercera persona aprovechándose del estado de descuido imputable al funcionario o servidor. Es decir, se trata de una culpa que origina (propiciando, facilitando, permitiendo de hecho) un delito doloso de tercero.

El modelo peruano, en una formulación más genérica y técnica y que deja al ámbito de la interpretación jurídico-dogmática tal trabajo, no hace mención expresa a la negligencia o imprudencia, tampoco a la inobservancia de los reglamentos o deberes de la función.

3.4.2. Componentes Típicos

a) La sustracción:

El verbo rector "sustraer" utilizado por nuestro tipo penal, significa el alejamiento de los caudales o efectos del ámbito de vigilancia de la administración pública, con aprehensión física de los mismos por parte del tercero, que se aprovecha así del estado de culpa incurrido por el funcionario o servidor.

Técnico-legislativamente se ha preferido usar el verbo "sustraer" que apropiarse o apoderarse, por ser más adecuado a la acción del tercero que no participa de las características inherentes a la posesión del bien, esto es, a la vinculación funcional.

b) La culpa del funcionario o servidor público

La culpa es un término global usado para incluir en él todas las formas conocidas de comisión de un hecho diferentes al dolo, la fuerza mayor y el caso fortuito.

Habrà culpa en el sujeto activo del delito, cuando éste no toma las precauciones necesarias para evitar sustracciones (la culpa del delito de peculado se refiere exclusivamente a sustracciones, no al término impreciso de "pérdidas"), vale decir cuando viola deberes del debido cuidado sobre los caudales o efectos, a los que está obligado por la vinculación funcional que mantiene con el patrimonio público⁹.

Caben aquí las especificaciones de calidad especial, de posesión con el caudal o efecto, y de vinculación funcional requeridos para el autor en el delito doloso de peculado, vale decir, deberá tratarse de un funcionario o servidor público que tenga la percepción, administración o custodia de dichos bienes (alternativa o conjuntamente), y que los mismos le estén confiados por razón del cargo que ocupa.

⁹ Así, por ejemplo, la Tesorera que deja el dinero de la institución en la gaveta en su escritorio y no en la caja fuerte de la institución, conducta negligente que facilitó la sustracción de dinero que estaba destinado al pago de los trabajadores. Ejecutoria Suprema del 10/7/2002, Exp. N° 3278-2001 Apurímac

El comportamiento de sujeto activo (funcionario o servidor) debe implicar una violación o inobservancia de los deberes de cuidado exigibles y posibles. Las simples pérdidas, desórdenes¹⁰ o extravíos no son suficientes para generar culpa a nivel de relevancia penal; lo mismo cabe indicar de las infracciones a los reglamentos que sean imputables al sujeto público y que no produzcan el resultado sustracción.¹¹ El actuar culposo del agente se convierte así en el factor generador de una situación de inseguridad para el caudal o efecto, que será aprovechada por el tercero. Deberá tratarse por lo mismo de una culpa grave e inexcusable.

En la actualidad, y más acorde con formulaciones de mayor rigurosidad, la dogmática penal se refiere a la culpa consciente e inconsciente, según haya tenido el sujeto la capacidad y posibilidad de prever la producción de un resultado lesivo al bien jurídico con la violación practicada al deber de cuidado con su comportamiento, en el entendido que confiaba que ello no se produciría; de no haber existido la capacidad de previsión, nos hallaremos ante la culpa inconsciente.

En la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema ha considerado que constituyen delito culposo, los siguientes sucesos:

Tesorero que actuando con negligencia en sus funciones obedece la orden del gerente general de una empresa del Estado, entregándole una suma de dinero de manera irregular. Cajero de Hospital, que en inobservancia de los trámites pertinentes entregó a personas no autorizadas varios cheques correspondientes al pago de pensiones, cuyos titulares no se habían apersonado a reclamar o habían fallecido (Ejecutoria Suprema del 23/ 10/97, Exp. N° 5526-96 Lima)

3.4.3. El Sujeto Activo: Autoría

Autor del delito de peculado culposo sólo puede ser el funcionario o servidor público.

¹⁰ Ejecutoria suprema de 15 de abril de 1970 (Revista de Jurisprudencia Peruana, 1971, Lima, p. 778 [Sumilla N° 53, p. 604]): "No habiendo apropiación o utilización en provecho propio de dinero municipal, sino desorden en las cuentas del Síndico de Rentas, ciudadano de escasa cultura e incompetente, quien de buena fe quiso servir a su pueblo, no existe delito de peculado".

¹¹ En tal sentido la Ejecutoria suprema de 3 de julio de 1998, Exp. N° 5812-97. Apurímac, que no considera sean subsumibles en las exigencias típicas del peculado doloso las irregularidades administrativas del funcionario de la Dirección Sub-Regional de Salud, que en su condición de Administrador dispuso, mediante Memorándum, que otros funcionarios competentes realizaran adquisiciones que a la postre terminaron en actos delictivos no vinculados con la decisión inicialmente tomada

Entre el sujeto activo (el funcionario o servidor público) y el tercero no existe una relación subjetiva de continuidad de propósito; es más, no debe existir en el autor conocimiento de los actos que va a cometer o está cometiendo el tercero. La vinculación causal directa se establece entre la violación del deber de cuidado por parte del funcionario o servidor y la sustracción del dinero o bienes por el tercero.

3.4.4. La Otra Persona: Concurso De Delitos

El sujeto que sustrae los caudales o efectos, es decir, el tercero, no es sujeto activo de delito culposo de peculado. Dicho personaje, que puede tratarse de un particular, de otro funcionario o de otro servidor, ha sido colocado por la norma penal en una relación de externalidad con los caudales o efectos, esto es, no mantiene con ellos vinculación jurídica, lo que permite concluir que la imputación penal dirigido contra él se sale del marco de los delitos de función para recaer en la comisión de hurto, apropiación ilícita (en esta última hipótesis, si es que llega a tener una relación de posesión de hecho temporal sobre el bien), robo o estafa, según sea el caso, generándose así una concurrencia plurisubjetiva entre el sujeto especial y el sujeto común que actúan sin concierto de voluntades. De este concurso de personas en el supuesto de hecho ilícito, necesariamente se produce un concurso material de delitos: peculado culposo y delito contra el patrimonio (hurto, apropiación ilícita, robo o estafa), que tienen sus niveles de imputación de responsabilidad penal de forma distinta (delito especial, delito común).

3.4.5. El Elemento Subjetivo

El funcionario o servidor no debe de actuar dolosamente, es decir, no debe propiciar el descuido, ni entrar en concierto con el tercero para generar situaciones de supuesta culpa. Pues de ser ésta la figura de hecho, se le imputará al funcionario o servidor la comisión de peculado doloso, el mismo que prevé la posibilidad abierta de que la apropiación se produzca en cualquier forma, es decir y en este caso, valiéndose de los actos materiales de terceros, por autoría mediata o a nivel de omisión dolosa de actos debidos lo que va a configurar igualmente un concurso de personas. Es factible encontrar el componente subjetivo de la culpa en la conciencia del deber de impedir la sustracción y en tal concepto tomar las precauciones debidas; para afirmar dicho

componente deberá concluirse que el hecho era previsible y evitable con un debido comportamiento de cuidado por parte del sujeto activo.

3.4.6. Consumación y Tentativa

El peculado culposo imputado al funcionario o servidor público tiene una naturaleza omisiva, por cuanto no se le atribuye al sujeto público la comisión de actos ejecutivos sino la omisión de los debidos actos de cuidado.

El delito, al ser de resultado material, se halla consumado al producirse la sustracción de los caudales o efectos por acción de un tercero, no siendo necesaria la disponibilidad del bien o efecto por dicho tercero. Si esto último no tiene lugar, la falta de cuidado del sujeto público se torna irrelevante penalmente. Es una singular situación, en la que el comportamiento doloso de un tercero determina la consumación del peculado culposo del funcionario o servidor. Queda claro entonces que para la consumación del delito de peculado culposo no basta la sola inobservancia de reglamentos o violación de deberes objetivos de cuidado, sino que es condición esencial al tipo que se verifique o se dé el resultado sustracción.

3.5. Peculado de Uso

Artículo 388.- El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de cuatro años.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados en el párrafo anterior pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública, independientemente del grado de afectación de la obra.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.

3.5.1. Antecedentes Legales:

En principio debemos señalar que este tipo penal no registra antecedentes en la legislación penal peruana.

3.5.2. La Figura Penal:

La figura peruana de peculado de uso ha priorizado un ámbito específico de peculado por utilización que da cuenta de una generalizada práctica de uso infuncional de

determinados bienes públicos observable en los más diversos niveles de la administración pública.

El tipo penal de carácter específico ha restringido el objeto de acción del delito a los medios físicos de trabajo. Es oportuna la extensión normativa de responsabilidad penal a los contratistas y sus empleados, como igualmente la excepción de los vehículos motorizados por razón del cargo.

El peculado de uso es conocido como peculado por distracción, haciéndose alusión de tal modo al hecho que el bien es distraído de su destino o empleado en usos distintos al oficial.

3.5.3. Sujeto Activo: Autoría

El funcionario y servidor público en el ámbito de extensión del servicio, a título de autoría o coautoría.

Por extensión normativa son considerados autores (sujetos equiparados) para efectos penales el contratista de obras públicas y sus empleados, a condición de que los vehículos, máquinas o instrumentos de trabajo sean de propiedad estatal.

3.5.4. Comportamientos Típicos

El núcleo típico es usar o permitir usar. Son elementos materiales constitutivos del tipo penal:

Usar o permitir que otro use:

La frase usar o permitir que otro use está tomada en su acepción usual, es decir, literal, sin que implique formalidad alguna: el usar, el servirse de la utilidad o ventaja, sin derecho o sin debida autorización, que brinda el vehículo, la máquina u otro instrumento de trabajo destinados al servicio oficial.

Fines ajenos al servicio:

Los fines ajenos al servicio a los que destina el funcionario o servidor los bienes señalados pueden ser diversos: uso privado de familiares, amigos, empresas, de otras personas, etc., pero siempre con ajenidad al servicio. Dicho uso en fines ajenos al servicio presupone ya la presencia de beneficio para el sujeto activo o para los terceros que resultan favorecidos. Las formas del uso igualmente pueden ser numerosas,

directas, indirectas, puede prestadas, alquiladas, empeñadas, etc. El agente puede, incluso, combinar fines oficiales y particulares.

3.6. Peculado por Extensión (Peculado Impropio)

Art. 392: "Están sujetos a lo prescrito en los artículos 387 a 389, los que administran o custodian dinero perteneciente a las entidades de beneficencia o similares, los ejecutores coactivos, administradores o depositarios de dinero o bienes embargados o depositados por orden de autoridad competente aunque pertenezcan a particulares, así como todas 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."

El artículo 392° del Código Penal peruano tipifica lo que en la doctrina se conoce como malversación y peculado impropios.

Se han levantado fundadas voces de crítica a las extensiones normativas de este tipo, centradas en el argumento de que es injusto aplicar las penas de los sujetos públicos a particulares que no tienen para con el Estado deberes especiales de garante, además de los peligros que supone una aplicación extensiva generalizada.

Es decir, el bien jurídico en este peculiar e híbrido tipo penal estaría así dado por el interés jurídico penal de asegurar conminatoriamente la correcta gestión y administración de determinados patrimonios particulares asociados a finalidades públicas. Circunstancia esta última de gran trascendencia que explica la injerencia penal. Sin embargo, siguiendo la crítica de la inserción de los contratistas o empleados como sujetos activos del delito de peculado de uso-, es criticable el hecho que se haya fijado la misma penalidad con la que se sanciona a los funcionarios o servidores públicos, sin haberse considerado que sobre estos debe recaer mayor grado de reprochabilidad, en virtud a la relación funcional estricta que estos tienen sobre los bienes señalados, mientras que los sujetos contemplados en la extensión de punibilidad están vinculados a los bienes estatales temporalmente y no existe ese plus de relación funcional.

3.7. Autoría y Participación en los Delitos Especiales

Un tema polémico en el mundo del Derecho, es aquel, que deriva de la “autoría y participación en el delito” y más específicamente la “autoría y participación en el delito de Peculado”.

Fue la teoría subjetiva de la autoría la que en un inicio explicó la definición de autor y partícipe; poco después, la doctrina acudió en busca de otros criterios que lograran explicar con mayor corrección la autoría y participación, dándose pase a la Teoría del Dominio del Hecho (vigente a la fecha), la que definía como autor a aquél sujeto que tenga dominio del hecho, aquél que pueda decidir los aspectos esenciales de la ejecución de ese hecho. Sin embargo, en los últimos decenios se ha comprobado que no todos los tipos de delito tienen una estructura que permite explicar las cuestiones de la autoría a través de la teoría del dominio del hecho. Caso palpable ocurre con los delitos contra la Administración Pública, que son delitos especiales (cometidos por sujetos cualificados) en donde muchas veces el sujeto activo no tiene el dominio del hecho, pero se vale de otra persona (extraneus) para cometer la conducta descrita en el tipo penal. Resulta evidente que, con la teoría del dominio del hecho, no se podría explicar si el sujeto activo (funcionario público) es autor o partícipe.

Es por ello, que se hizo necesario la aparición de una teoría que explique la problemática de la autoría y participación, para los delitos especiales, dándose paso a la Teoría de Infracción de Deber. Siendo así, nos encontramos entonces ante dos grandes tendencias o grupos: los que “tradicionalmente” aplican la tesis y las consecuencias del “dominio del hecho” también en este grupo de delitos; y los que parten de una concepción distinta abandonando el “dominio del hecho” para este grupo de delitos y centrándose más bien en la de “infracción de deber”.

3.7.1. La Autoría y Participación Bajo la Teoría del Dominio del Hecho.

Como se sabe, la realización del hecho punible es sancionada siempre y cuando le pueda ser atribuida a una persona (sujeto activo); sin embargo; la redacción de nuestro Código Penal se da sobre agentes que actúan individualmente, advirtiéndose casos en que intervengan dos o más personas, es entonces cuando toma gran importancia el análisis del sujeto activo y de las personas que contribuyeron a que ésta realizara el delito. Para resolver el problema que plantea la intervención de varias personas en la realización de un delito, tradicionalmente la Dogmática jurídico penal ha hecho la distinción entre categorías de autoría y participación. La distinción entre una y otra se lleva a cabo utilizando distintos criterios, entre los que predomina la teoría del dominio

del hecho, según la cual autor de un delito es el que domina objetiva y subjetivamente la realización de ese delito, hasta el punto que sin su intervención y decisión el delito no se podría cometer. El partícipe, en cambio, es sólo, como su propio nombre indica, alguien quien favorece, ayuda, induce o coopera en la comisión de un delito, cuya realización, sin embargo, depende de la voluntad de otra persona que es el verdadero autor. Para llegar a nuestro cometido, cual es, explicar los problemas existentes al intentar aplicar la teoría del dominio del hecho en la autoría y participación del delito de Peculado, es menester que, primero, hagamos un breve resumen sobre los conceptos de autor y partícipe dados en la Dogmática Penal.

3.7.2. Teoría de la Infracción de Deber.

La existencia de regulaciones típicas (algunos delitos) cuya autoría no podía ser explicada convincentemente mediante la categoría del dominio del hecho era la muestra más evidente, para que haga su aparición la teoría de la infracción de deber.

Existen tipos penales que *per se* no precisan de ningún dominio del hecho para su realización, como es el caso de los tipos cuyo núcleo lo conforma la posición del autor en el mundo de los deberes. Es decir, tipos penales que sólo son imaginables mediante la infracción de un deber especial del actuante, como ocurre, por ejemplo, en los delitos de funcionarios, en los que sólo el *intrañeus* puede ser autor. En estos delitos no es la calidad de funcionario ni el dominio fáctico de la situación típica lo que convierte al sujeto en autor del delito, sino el deber infringido por el actuante como portador de un deber estatal de comportarse correctamente en el ejercicio de la administración pública. Por esta razón, «el obligado es siempre autor, y ciertamente independiente de que él ostente el dominio del hecho o no». Quiere decir que, por ejemplo, el magistrado que se sirve de un tercero para recibir un donativo de una de las partes que sólo quiere obtener la sentencia a su favor, comete un delito de infracción de deber (corrupción de funcionarios, Art. 395 CP), no obstante, no tomar él personalmente el donativo. Aquí el dato del dominio y la calidad de magistrado no son el fundamento del injusto, sino la infracción del deber de administrar justicia con imparcialidad y honestidad que constituyen la expectativa elemental de justicia en un Estado de Derecho, que debe ser garantizada mediante la aplicación correcta de la ley por todos los jueces.

La tesis de la infracción deber ha sido planteada como núcleo totalizador de la autoría en los delitos cometidos por funcionarios públicos de modo que carece de importancia que el sujeto especial domine materialmente el hecho delictivo. El profesor Raúl PARIONA ARANA señala que “es recién con la teoría de los delitos de infracción de deber, que la problemática de la autoría y participación, encuentra una solución clara y convincente. Según los postulados de esta teoría, el hombre de atrás intraneus es el autor (mediato) mientras que el hombre de adelante extraneus es solo cómplice (por carecer de la cualificación típica). Una solución así se basa en que solamente la infracción del deber jurídico especial en que incurre el intraneus (el obligado) puede fundamentar la autoría. Aquí, por supuesto, no juega ningún rol el dominio del hecho”. (PARIONA ARANA, 2016)

Así lo reconoce el Acuerdo Plenario N° 2- 2011/CJ-116, cuando en el punto nueve dice:

El punto de partida dogmático está dado por la categoría de estos delitos: de infracción de deber. Actualmente, en la doctrina y la jurisprudencia se ha definido que existen tipos legales que requieren un dominio del autor para su construcción, como por ejemplo los delitos de robo agravado, homicidio calificado, estafa, tráfico ilícito de drogas, entre otros -denominados delitos de dominio-. Sin embargo, también existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que le corresponde a la órbita del autor -característica intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos-. El autor del delito -de infracción de deber- no puede ser cualquier persona, sino sólo aquel funcionario o servidor público que ocupa un status especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto sobre la plataforma del deber que ostenta. La infracción del mismo lo convierte en autor, con independencia del dominio de la situación fáctica que no tiene ninguna trascendencia jurídica, pues el fundamento está construido por la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde: conducirse correctamente con lealtad y probidad en el ejercicio de la Administración Pública y con los bienes que se encuentran bajo su ámbito. En este espacio, por ejemplo, deberá disponer correctamente del patrimonio estatal que administra.

3.8. El Problema de La Intervención del Particular

Conforme se señala, los delitos especiales exigen una cualidad especial en el autor y una posición especial con respecto al bien jurídico protegido. De esta manera, en la doctrina penal, se reconocen dos vertientes teóricas para solucionar la intervención del particular en esta clase de delitos:

- Las teorías de la impunidad
- Las teorías de la responsabilidad

3.8.1. Las teorías de la impunidad

Uno de los máximos representantes de esta teoría es Robles Planas, quien sostiene que el *extraneus* (extraño o ajeno) nunca podrá responder penalmente por un delito especial, dado que su responsabilidad penal es una autónoma o principal, no derivada de la responsabilidad del autor del delito especial. Por lo tanto, al ser los delitos especiales –como los delitos funcionariales– delitos en los que el círculo de posibles autores se encontraría limitado a aquellos sujetos sobre los que recaería un determinado deber jurídico especial, solo ellos podrían responder penalmente, pues los *extraneus* no incumplirían ningún deber especial. La conducta del *extraneus* sería, por tanto, penalmente irrelevante.

Las acertadas críticas a esta teoría son muchas.

La responsabilidad del partícipe del delito nunca es “autónoma”. Este responde por su propia conducta delictiva, que siempre es complementaria a la del autor (sin autor del delito no hay partícipe del delito).

En este sentido, la opinión de Rueda Martín acierta cuando afirma que al *extraneus* no se le imputa una conducta delictiva ajena, sino una propia. Los delitos especiales de corrupción pretenden proteger el correcto funcionamiento de la administración pública frente a toda clase de ataques en su contra, de manera que al *extraneus* también le incumbe la prohibición penal, ya que este también puede defraudar las expectativas garantizadas por los delitos de infracción del deber.

3.8.2. Las teorías de la responsabilidad

Las teorías de la responsabilidad, defendidas por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria española, sostienen que el *extraneus* que participa en la comisión de un delito especial debe también responder penalmente. Dentro de esta corriente de pensamiento se han reconocido, principalmente, dos tesis:

3.8.2.1 La tesis de la infracción de deber:

Esta pretende explicar la responsabilidad del *extraneus* a partir de su contribución al quebrantamiento de deberes especiales o a la defraudación de expectativas positivas de actuación por parte del *intraeus*. Plantea dos posturas internas:

– La postura de Roxin:

El partícipe de un delito de infracción del deber (delito especial) también debe responder penalmente, dado que contribuye a la infracción de un deber especial del autor. La participación se caracterizaría por ser una **“cooperación sin infracción de deber”**.

– La postura de Jakobs:

El partícipe de un delito especial puede ser sancionado en virtud de la prohibición ampliada por la regulación de la participación en la Parte General del Código Penal. En los delitos especiales, el partícipe, con su contribución al hecho delictivo, también defrauda expectativas positivas acerca del correcto accionar de los funcionarios públicos, por lo que estos merecen, igualmente, ser sancionados.

En efecto, no existe obstáculo alguno para que en los delitos especiales –al igual que en cualquier otro delito– se utilicen las reglas generales de la participación (artículos 24° y 25° CP) para ampliar la sanción de los tipos penales contra aquellos que determinan o contribuyen a que el autor cometa el delito. El fundamento legal de la punición del *extraneus* es el mismo que el de la punición del partícipe de un homicidio o robo.

La punición del extraneus ha sido recogida por el Acuerdo 1° del Tema N° 5 del Pleno Jurisdiccional Superior Nacional Penal del 11 de diciembre de 2004, el cual establece que la sanción del partícipe es siempre, independientemente de la naturaleza del delito (común o especial), accesoria a la punición del autor.

3.8.3. El título de imputación de la intervención del particular

Se ha analizado la posibilidad de sancionar penalmente al particular *extraneus* que interviene en un delito especial; sin embargo, no se ha resuelto la problemática que plantea determinar el título de la imputación bajo el cual responderá dicho *extraneus*.

Es decir, falta ahora resolver si el *extraneus* que interviene en el delito especial responde como partícipe (cómplice o instigador) del delito especial o como partícipe de un delito común distinto.

En la doctrina y jurisprudencia penal se han reconocido, principalmente, vertientes teóricas sobre el título de imputación del *extraneus*:

- Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación
- Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación
- Las teorías mixtas

3.8.3.1. Las teorías individualizadoras o de la ruptura del título de la imputación

Según esta teoría el *extraneus* que interviene en un delito especial debe responder como partícipe de un delito común distinto al cometido por el autor *intraneus*, dado que los delitos especiales solo están dirigidos a estos últimos y no a los primeros, (ABANTO VASQUEZ, "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber", 2004) s. En estos casos, el *extraneus*, si la legislación penal lo permite, responderá por el delito subyacente al delito especial (por ejemplo, si el *intraneus* comete el delito de peculado, el *extraneus* responderá por el delito de hurto o de apropiación ilícita) (PARIONA ARANA, 2016).

Esta teoría se fundamenta, principalmente, en lo establecido por el artículo 26° CP.¹² Según sus partidarios, este dispositivo legal establecería, expresamente, que el *extraneus* nunca puede responder penalmente por un delito que se fundamenta en una cualidad especial del autor, como es el caso los delitos especiales.

A esta teoría, acertadamente, se le han realizado cuatro críticas contundentes:

¹² Artículo 26.- Las circunstancias y cualidades que afecten la responsabilidad de algunos de los autores y partícipes no modifican las de los otros autores o partícipes del mismo hecho punible

- Los delitos especiales no son un tipo simplemente agravado de los delitos comunes, sino que son autónomos con un fundamento punitivo propio, como lo es la especial vulnerabilidad del bien jurídico respecto del *intraneus*.
- Esta teoría viola el principio de “accesoriedad limitada” de la participación delictiva. La teoría de la ruptura o individualizadora es inviable, ya que propone sancionar al partícipe por un delito que no ha sido cometido por el autor. Es decir, con esta teoría se quiere sancionar a una persona por su participación en un delito que nadie ha cometido. Debe quedar claro que sin autor del delito no hay partícipe del delito. En el ejemplo que poníamos anteriormente del peculado, no puede sancionarse al *extraneus* como partícipe del delito de hurto o apropiación ilícita, pues no hay autor de los mismos. El *intraneus* es autor del delito de peculado y no de aquellos otros.
- El artículo 26° del Código Penal referente regula la comunicabilidad de circunstancias a efectos de fijar el marco penal para quienes intervienen en la comisión de un delito que contenga elementos personales. En este sentido, este artículo no permite determinar bajo qué tipo penal responderá el partícipe *extraneus* en un delito especial. El artículo 26° no puede ser utilizado para determinar el tipo penal que se le aplicará al partícipe *extraneus*. Esto quedará detallado más adelante en el análisis de la teoría mixta.
- Esta teoría genera un efecto político-criminal negativo, ya que en aquellos delitos especiales tradicionalmente denominados “propios”, la participación del *extraneus* sería siempre impune pues no habría un tipo penal común subyacente por el cual pudiera sancionársele.

Ahora bien, cabe notar que, dentro de esta vertiente teórica, existe una posición ecléctica que soluciona la problemática del título de la imputación del *extraneus*, tanto si se trata de delitos especiales propios o impropios. Así, Pérez Alonso sostiene que, si estamos ante delitos especiales impropios, al *extraneus* se le aplicará el tipo penal común subyacente al delito especial (el tipo penal de hurto o de la apropiación ilícita, pero no el de peculado), mientras que, si estamos ante delitos especiales propios, se

recurrirá, excepcionalmente, a la “**unidad del título de la imputación**” para sancionar al *extraneus* como partícipe del delito especial. (PEREZ ALONSO, 2007)

Del mismo modo, en el fundamento 11° del Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ- 116 de las salas penales de la Corte Suprema de Justicia del 6 de diciembre de 2011, se estableció que: “Este tipo de delitos restringe el círculo de autores -como se anotó-, pero se admite la participación del “extraneus” que no ostenta esa obligación especial, como partícipe: inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva -en torno a la accesoriedad de la participación- en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del “extraneus”.

5.3.3.2. Las teorías unitarias o de la unidad del título de la imputación

En la actualidad, esta es la teoría dominante en la doctrina penal peruana y comparada. Según esta, el partícipe *extraneus* que interviene en un delito especial deberá ser sancionado como partícipe de ese delito especial. Esto es, tanto *intraneus* como *extraneus* responden por el mismo delito especial. Dentro de esta corriente de pensamiento se identifican, básicamente, dos teorías:

La teoría de la infracción de deber:

En todos los delitos especiales el *intraneus* sería autor del delito, pues habría infringido dolosamente su deber especial, mientras que los *extraneus* que colaboren con dicho incumplimiento serán partícipes del mismo. Aquí no interesa que el delito especial sea propio o impropio; el partícipe *extraneus* siempre responderá por el mismo delito que el autor. El máximo exponente de esta teoría es Roxin, quien sostiene que cuando el *intraneus* solo coopera o induce al *extraneus* en la comisión de un delito especial (caso del “instrumento doloso no cualificado”), no habría mayor problema en sancionar como autor mediato al *intraneus* y al *extraneus* como simple partícipe del mismo. Aquí, aunque el *extraneus* sea la persona que tiene el “dominio del hecho”, el *intraneus* es el autor del delito especial, pues este es el que infringe su deber especial.

La teoría de la vulnerabilidad del bien jurídico:

Esta sostiene que el *extraneus* será sancionado como partícipe de un delito especial, en tanto que él llega a tomar parte en un hecho más grave que un delito común, con el conocimiento, además, de que al funcionario *intraneus* le resultará más accesible

el bien jurídico que se pretende vulnerar en esa estructura institucional. (RUEDA MARTIN, 2001)

Esta teoría respeta el principio básico de “accesoriedad limitada” de la participación criminal y no deja espacios de impunidad para la sanción del extraneus.

Además, en ella se interpreta correctamente el artículo 26° del Código Penal, toda vez que no utiliza este dispositivo para determinar el tipo penal por el cual responderá el extraneus, sino solo para determinar el marco penal abstracto (penalidad) por el que responderá el extraneus. Según esta teoría, el extraneus responderá penalmente como partícipe del delito especial, pero con una pena atenuada, dentro del marco penal abstracto del delito.

5.3.3.3. Las teorías mixtas

Ahora bien, una de las críticas que han recaído sobre la teoría de la unidad del título de la imputación es que la pena abstracta aplicable al *extraneus* sería desproporcional, por ser la misma que la del *intraneus* en los delitos especiales. Por ello, se ha formulado una teoría mixta que, siendo todavía una teoría de la unidad del título de la imputación, propone aplicar una ruptura en la penalidad (marco penal) del *extraneus* e *intraneus*.

CAPITULO IV

4. MARCO JURISPRUDENCIAL

4.1. Acuerdo Plenario 4-2005

Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mediante acuerdo plenario 4-2005, señalo que el artículo 387 de código penal, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para si o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

4.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

4.2.1. CASACIÓN N° 160-2014, DEL SANTA

La Corte Suprema consideró, en el marco del delito de **peculado por apropiación**, que el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente que la conducta sea **atípica**. Así, pues, la acreditación de la presencia o no de elementos del tipo penal, según la Corte, debe verse en el desarrollo del proceso, porque constituye un análisis sobre el fondo del asunto de manera que no le corresponde una excepción de improcedencia de acción.

4.2.2. CASACIÓN 102-2016, LIMA

La complicidad en el delito de peculado se da desde la etapa de preparación del hecho hasta antes de la consumación, siendo el cómplice primario (o necesario) aquel que desde dicha etapa aporta al hecho principal, una contribución sin la cual el delito no hubiera sido posible de cometer; estando compuesto por dos

elementos, a saber: i) La intensidad objetiva de su aporte al delito, vale decir que sin este el hecho no hubiera podido cometerse, y ii) El momento en que realiza su aporte, el mismo que debe ser anterior a la ejecución y en algunos casos hasta durante la ejecución del mismo, pero en este último caso se debe verificar que no tuvo dominio del hecho, en tal caso respondería como autor.

CAPITULO V

5. LEGISLACION COMPARADA

Las normas en el Derecho Comparado proponen similares conductas con algunas pequeñas diferencias, que, si bien excede su análisis en el presente trabajo, sólo a modo de ejemplo podemos mencionar algunas, a saber:

5.1. Chile

Art. 233. El empleado público que, teniendo a su cargo, caudales o efectos públicos o de particulares en depósito, consignación, los substraigiere o consintiere que otros los substraigan, será castigado:

- 1) Con la pena de presidio menor en su grado medio, si la substracción no excediere de cuatro sueldos vitales.
- 2) Con la de presidio menor en su grado máximo si excediere cuatro sueldos vitales y no pasare de cuarenta sueldos vitales.
- 3) Con la de presidio mayor en sus grados mínimo a medio, si excediere de cuarenta sueldos vitales

En todos los casos con la pena de inhabilitación absoluta temporal en su grado mínimo a inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos.

5.2. México

Art. 215. Cometén el delito de abuso de autoridad, los servidores públicos que incurran en algunas de las infracciones siguientes:

VIII. Cuando haga que se le entreguen fondos, valores u otra cosa que no se le haya confiado a él y se los apropie o disponga de ellos indebidamente.

5.3. Honduras

Art. 370. El funcionario público que se apropie de caudales o efectos cuya administración, percepción o custodia le haya sido confiada por razón de su cargo, y el funcionario público que, interviniendo en los actos de administración, percepción o custodia, aunque directamente no le hubiesen sido confiados, se apropiare de dichos efectos o caudales, incurrirá en reclusión de tres meses a tres años si lo malversado no excediere de 1.000 lempiras, y de tres a doce años si pasare dicha cantidad.

5.4. El Salvador

Art. 438. El funcionario o empleado público o el encargado de un servicio público que se apropiare, en beneficio propio o ajeno, de dinero, valores, especies fiscales o municipales u otra cosa mueble de cuya administración, recaudación, custodia o venta esté encargado en virtud de su función o empleo, será sancionado con prisión de uno a diez años.

Si el peculado se realizare aprovechándose del error de un tercero, la sanción aplicable será de uno a tres años de prisión.

5.5. Brasil

Art.312. Apropriarse o funcionario público de dinheiro, valorou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razao do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena- reclusao, de 2 a 12 anos, e multa.

1º Aplicase a mesma pena, se o funcionario público, embora ñao tendo a posse do dinheiro, valor ou bem, o subtrai, ou concorre para que seja subtraído, em proveito propio ou alheio, valendose de facilidade que lhe proporciona a qualidade de funcionario.

5.6. Colombia

Art. 133. El servidor público que se apropie en provecho suyo o de un tercero de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que este tenga parte, o de bienes o fondos parafiscales, o de bienes particulares cuya administración, tenencia o custodia se le haya confiado en razón o con ocasión de sus funciones, incurrirá en prisión de seis a

quince años, multa equivalente al valor de lo apropiado, e interdicción de derechos y funciones públicas de seis a quince años.

Si lo apropiado no supera un valor de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes, dicha pena se disminuirá de la mitad a las tres cuartas partes.

Si lo apropiado supera el valor de doscientos salarios mínimos, legales, mensuales, vigentes, dicha pena se aumentará hasta la mitad.

5.7. Bolivia

Art. 142. El funcionario público que aprovechando del cargo que desempeña, se apropiare de dinero, valores o bienes de cuya administración, cobro o custodia se hallare encargado, será sancionado con privación de libertad de tres a ocho años y multa de sesenta a doscientos días.

5.9 Uruguay

Art. 153 A El funcionario público que se apropiare el dinero o las cosas muebles, de que se estuviese en posesión por razón de su cargo pertenecientes al Estado, o a los particulares, en beneficio propio o ajeno, será castigado con un año de prisión a seis de penitenciaría y con inhabilitación especial de dos a seis años.

Art. 154. Constituye una circunstancia atenuante especial, el hecho de tratarse de dinero o cosas de poco valor, y la reparación del daño previamente a la acusación fiscal.

Art. 155. El funcionario público que en ejercicio de su cargo, aprovechándose del error de otro, recibiere o retuviere, indebidamente, en beneficio propio o ajeno, dinero u otra cosa mueble, será castigado con tres años de prisión y dos a cuatro de inhabilitación especial.

CONCLUSIONES:

- Consideramos que las prácticas de corrupción dentro de la Administración Pública no solo tienen un impacto perjudicial en el ámbito político, económico o social, sino que, sobre todo, incide en la calidad y cantidad de las prestaciones de los servicios públicos, en especial aquellos que se dirigen a satisfacer los diversos derechos fundamentales de los sectores con menos recursos económicos.
- Ergo, el Bien Jurídico de carácter general en los delitos contra la Administración Pública sería el correcto funcionamiento del aparato estatal, en tanto fin de éste es la satisfacción de Derechos Fundamentales del individuo dentro de la sociedad. Con lo cual denota la postura dogmática de nuestro derecho penal en donde se coloca al individuo como centro de atención por parte del Estado y por consiguiente deshecha posturas anteriores en la cuales se ponía el foco de atención en el aparato estatal, que eran características de gobiernos dictatoriales.
- La definición de Funcionario Público en nuestro código penal es más amplia que en Derecho Administrativo, ya que incluye otras categorías. Esto es así por razones fundadas en criterios de Política Criminal y en conformidad con los Tratados Internacionales
- Los Delitos contra la Administración Pública son considerados por la dogmática penal como delitos especiales debido a la posición o cualidad del sujeto activo (intraeus), dentro de la construcción típica de estos delitos, en el cual recaen deberes especiales en sentido positivo. Deberes que son de garantía, ayuda, cuidado, protección y fomento institucional.
- Debido a ello, el criterio para sancionar a estos delitos ya no se encuentra en el Dominio del Hecho del sujeto activo, como era el caso en los delitos comunes, sino en la infracción de ese deber especial al que se encuentra sometido por su especial relación con el aparato institucional.
- De igual forma, los sujetos intervinientes y/o participe llamados extraneus deberán ser criminalizados a través de la teoría de la unidad de título de imputación, según el criterio adoptado a través de Pleno Jurisdiccional y en concordancia con el art. 26 del código Penal en cuanto a la incomunicabilidad de circunstancias.
- Por último, si bien nuestra legislación en materia penal ha ido modificándose y para ello agregando algunos tipos penales con el fin de que no exista impunidad, esto debe realizarse

de una forma más integral y armoniosa entre todas las instituciones encargadas de luchar contra este flagelo, desde la procuraduría, Ministerio Público y Poder Judicial, con el fin de que los procesos no sólo sean céleres sino eficaces y ayuden a sancionar efectivamente a quienes con sus conductas deshonrosas han menoscabado las bases de nuestra democracia y nuestro derecho a una vivir en un país mejor.

- Para la norma penal peruana, ambas modalidades de peculado (apropiarse y utilizar) revisten igual contenido de ilicitud, pese a que son obvias las diferencias si las apreciamos desde una perspectiva patrimonialista o de salvaguarda del derecho de propiedad del ente público que, en la segunda hipótesis, no se haya vulnerado por los actos del sujeto activo; esto implica reconocer un exceso en la penalización de esta modalidad de peculado, afectándose el principio de proporcionalidad frente a la cantidad de injusto penal, motivo por el cual debería considerarse un tratamiento distinto en cuanto a penalidad.
- Por otro lado, la modificación del delito de peculado, al insertar el tipo omisivo, no era necesario por cuanto la omisión en este supuesto típico, así como en los otros tipos penales que protegen la Administración Pública y demás, son posibles de configurarse esta modalidad a través de una interpretación del artículo 13 del Código Penal, que regula la Omisión Impropia, en los supuestos en los que exista el “deber jurídico”; sin embargo, ahora que se encuentra regulada, creemos que, siguiendo su finalidad, debe sancionarse con una pena inferior a la prevista para el delito de peculado en la modalidad comisiva.

RECOMENDACIONES

Un aspecto que se puede dilucidar en nuestra realidad nacional es lo relacionado a los actos de corrupción que involucran a los cuatro últimos gobiernos ya denominados, por sus enormes proporciones, actos de Mega corrupción, por lo cual consideramos necesitamos urgentes reformas que plantear a nivel legislativo.

Somos conscientes que la corrupción es un problema que afecta gravemente la legitimidad de las democracias, distorsiona los sistemas económicos y constituye un factor de desintegración social. La lucha contra la corrupción es tal vez uno de los campos en los cuales la acción colectiva de los Estados es no sólo útil y conveniente, sino absolutamente necesaria.

Pese a que en nuestra legislación interna se han buscado tipificar las modalidades más saltantes de estos delitos, no se ha incorporado en la legislación interna, el delito de soborno transnacional o, por coherencia con nuestro código, “Cohecho Transnacional” pese a que nuestro país es suscriptor de la Convención de Caracas, denominada **“Convención Interamericana Contra La Corrupción”**, suscrito en la ciudad de Caracas - Venezuela, el día 29 de marzo de 1996. Así, el artículo VIII de la **“Convención Interamericana contra la Corrupción”**, recomienda a cada Estado Parte, incorporar en su legislación un acápite donde se prohíba y se sanciona el soborno transnacional, ya que la legislación penal vigente en nuestro país, no permite la aplicación de las normas jurídicas peruanas para el supuesto de soborno transnacional, en el caso de que dicho delito sea consumado fuera de nuestras fronteras.

Por lo cual, como principal recomendación, proponemos se incluya este delito dentro de nuestro código penal.

Cabe mencionar incluso que en la Legislación comparada ya se incorporó el delito de soborno transnacional en el reciente Código Penal de Colombia del 2000:

RESUMEN

El presente trabajo se ha desarrollado dentro del marco de la actividad de la función pública, es por ello que hemos querido abordar los delitos contra la Administración Pública, ya que estos son considerados por la dogmática penal como delitos especiales debido a la posición o cualidad del sujeto activo (intrañeus) dentro de la construcción típica de estos delitos, en el cual recaen deberes especiales en sentido positivo. Deberes que son de garantía, ayuda, cuidado, protección y fomento institucional.

Por lo cual, el criterio para sancionar a estos delitos ya no se encuentra en el Dominio del Hecho del sujeto activo, como era el caso en los delitos comunes, sino en la infracción de ese deber especial al que se encuentra sometido por su especial relación con el aparato institucional

Dentro de esta gama de delitos y su construcción dogmática hemos enfocado nuestra principal atención en el análisis del expediente 1469-2006, Caso: Peculado, el cual a través del método descriptivo explicativo y el diseño no experimental ex post facto se ha concluido en el acuerdo del Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, el cual, mediante acuerdo plenario 4-2005, señaló que el artículo 387 de código penal, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

Siendo la conclusión: Que, según los hechos que se han comprobado a través del abundante material probatorio, se ha determinado contundentemente la responsabilidad penal de los acusados.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- ABANTO VASQUEZ, M. (2003). *"Los Delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano"*. Lima: PALESTRA EDITORES.
- ABANTO VASQUEZ, M. (2004). "Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber". *Revista Penal*, 5.
- PARIONA ARANA, R. (2016). *participacion en delitos especiales*. Lima: Ara.
- PEREZ ALONSO, E. (2007). *La autoría y la participación en el Código Penal español de 1995 y en la reciente reforma penal*. Lima: IDEMSA.
- ROJAS VARGAS, F. (2002). *"Delitos contra la Administración Pública"*. Lima: GRIJLEY EIRL.
- SALAZAR SANCHEZ, N. (s.f.). Informe Práctico Penal. ¿Cuándo se configura el delito de Peculado? Bien Jurídico Protegido . *Revista Actualidad Jurídica* Nº 135, 82-84.

ANALISIS DEL EXPEDIENTE JUDICIAL

EXPEDIENTE: N° 1469-2006

DELITO: PECULADO

**AGRAVIADO: CONCEJO DISTRITAL DE SANTA MARIA
EL ESTADO**

**IMPUTADO: DIAZ MAURICIO HUGO ULISES
IRURETA GARCIA VICTOR**

ANALISIS DE LOS HECHOS:

Se trata del proceso penal, el cual trata la figura del Peculado por apropiación, cuya figura delictiva trataremos más adelante con mayor profundidad.

En el presente expediente se verifica que el primero de los Imputados Sr. DIAZ MAURICIO HUGO ULISES es el alcalde elegido en el distrito de Santa María de la provincia de Huaura, para el periodo 1999 al 2002.

En diciembre del año 1999, este alcalde en calidad de Funcionario Público, suscribe contratos de cesión de uso de 3 maquinarias con la OFICINA NACIONAL DE COOPERACION POPULAR (COOPOP) destinados al mejoramiento y construcción de obras en el distrito de Santa María. Por medio del cual la COOPOP, le hace entrega de 3 unidades inoperativas con la condición de que la reparación, mantenimiento, custodia y administración se iba a dar por cuenta de la Municipalidad de Santa María.

Para llevar a cabo estas supuestas reparaciones el municipio desembolsa ingentes cantidades de dinero en sucesivos cheques, hasta por S/ 189,854 ns, a nombre de empresas con distintas razones sociales; sin embargo, la única persona que cobra estos cheques es la persona de VICTOR RAUL IRURETA GARCIA, denominándose el representante legal de estas.

No obstante, pese a los desembolsos de dinero, la maquinaria nunca se encontró operativa durante la gestión del ex alcalde.

LA ACUSACION FISCAL

Ante los hechos enunciados, la fiscalía atribuye a los acusados los delitos de Peculado y Malversación de fondos, tanto al alcalde Sr. Díaz Mauricio, en calidad de autor y al Sr. Irureta García como cómplice de este.

En cuanto al Peculado, refiere, a la utilización por cualquier forma, para sí o para otro de caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estaban confiados por razones del cargo, al haber custodiado pesimamente. En el concepto de la fiscalía, esta conducta se subsume en el tipo penal básico del primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, delito que entiende se ha cometido en autoría concluyente o accesoria por su coacusado Irureta García.

De otro lado, al haber tomado el dinero de la Municipalidad dándole un destino diferente a aquella a que estaba destinada, afectándose el servicio o la función a la que estaba encomendada, subsume los hechos en el tipo penal de malversación de Fondos previsto en el primer párrafo del artículo 389 del citado ordenamiento legal.

En ese sentido el representante del Ministerio Público, solicita se imponga a cada uno de los acusados ocho años de pena privativa de libertad y la inhabilitación de cada uno de ellos por tres años para ejercer función pública, así como 16 mil nuevos soles por concepto de reparación civil a razón de 8 mil a favor de la Municipalidad y 8 mil a favor del Estado en forma solidaria, sin perjuicio de la devolución también solidaria de la suma de 108,942 nuevos soles.

LA DEFENSA DE LOS ACUSADOS

La defensa del acusado HUGO ULISES DIAZ MAURICIO ha solicitado la absolución de su patrocinado, ya que refiere que las maquinas se encuentran funcionando y por consiguiente no se ha demostrado que su defendido se ha apropiado de monto alguno que justifique enervar la Presunción de Inocencia, en tanto que la culpabilidad no ha sido probada.

La defensa del acusado VICTOR IRURETA GARCIA, ha solicitado el sobreseimiento del proceso alegando que el acusado no ha tenido participación en los hechos, los que además no se ajustan a los delitos invocados en tanto no ha existido relación laboral entre su defendido y la Municipalidad agraviada, por lo cual este no tiene condición de funcionario ni de servidor público, por consiguiente al resultar un extraneus, no confluye en los presupuestos legales para la configuración de los delitos enunciados.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La sentencia concluye que durante el debate se ha probado que el ex alcalde suscribió 2 contratos de cesión de uso con COOPOP, para la entrega de maquinarias destinadas al desarrollo de obras públicas. Asimismo, fue probado del texto de los convenios, que era la Municipalidad la responsable de la reparación, custodia, conservación y administración de las citadas maquinarias.

También fue probado que, con el aparente propósito de reparar la maquinaria dada en cesión de uso, se asignaron diversas sumas de dinero, mediante giros de cheques y que estos cheques fueron cobrados por el acusado VICTOR IRURETA GARCIA, a través de empresas con distintas razones sociales, pero de las cuales él alegó que era su representante legal. Asimismo, se constató que el acusado IRURETA GARCIA, habría participado en las gestiones de suscripción de convenios para la asignación de maquinarias, para lo cual se identificaba como Asesor Técnico y Supervisor de Mantenimiento de Municipalidad Distrital de Santa María.

De igual forma, se comprobó que las maquinas nunca estuvieron operativas, según los informes periciales que se realizaron.

En lo que atañe a la figura del peculado:

Se tiene que el bien jurídico protegido es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad.

El Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, mediante acuerdo plenario 4-2005, señalo que el artículo 387 de código penal, establece en primer lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que el funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para si o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo.

La norma al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración, estos son, los elementos materiales del tipo penal:

- a) **Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos:**
Es decir, el poder de vigilancia y control sobre el bien.
- b) **La percepción, administración y custodia**
 - **La percepción:** La acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa, pero licita.
 - **La administración:** Que implica las funciones activas de manejo y conducción.
 - **La custodia:** la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida.
- c) **La apropiación o utilización:** estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. El utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito de apoderarse de él.
- d) **El destinatario para sí.** El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose el mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros.
- e) **Los caudales:** son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. **Los efectos,** son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público.

En consecuencia, la sentencia determina que el acusado Hugo Ulises Diaz Mauricio, debido a su relación funcional con los caudales o efectos de la Municipalidad por su condición de alcalde, lejos de defender y cautelar los derechos e interés de Municipalidad ha dispuesto del dinero de la Municipalidad con el aparente propósito de reparar la maquinaria que le fue otorgada en cesión de uso, sin embargo, como se ha comprobado estas maquinarias nunca estuvieron operativas. Lo que verifica que el dinero extraído de las arcas municipales, no fue empleado para ese propósito, sino por el contrario ha existido un apoderamiento indebido del mismo.

Y en cuanto al acusado VICTOR IRURETA GARCIA, si bien su defensa niega su vínculo laboral con la Municipalidad y resulta incuestionable que intervino en las gestiones haciéndose pasar como asesor, ello no lo libera de la responsabilidad de tipo penal de Peculado, ya que la descripción admite la intervención de particulares (EXTRANEUS) el que tendría la condición de cómplice, al aplicarse la teoría de la Accesoriedad Limitada (el autor del delito transmite a cualquier persona la condición especial exigida por el injusto penal) y de la unidad de título de imputación (en tanto, todos los partícipes del evento delictivo deben ser responsabilizados bajo la misma figura delictiva).

Y respecto al delito de Malversación de Fondos regulado en el artículo 389 del Código penal, este se configura cuando un funcionario o servidor público da, el dinero o bienes que administra, una aplicación definitiva diferente de aquella a las que estaba destinada. El juez considera que no se encuentra acreditada la comisión de este delito, ya que sería incompatible con la solución arribada antes, al haberse concluido que existió apropiación de los caudales de la Municipalidad.

FALLO: Se absuelve del delito de Malversación de Fondos a los acusados, y de otro lado condenándolos por el delito contra la Administración Pública en su modalidad de Peculado e impone una pena de 3 años de pena privativa de libertad con ejecución suspendida por igual plazo, con las siguientes reglas de conducta: a) Comparecer al local de juzgado, b) No ausentarse del lugar del domicilio sin autorización del juez, c) reparar el daño causado; y pena INHABILITACION por el plazo de 3 años para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público. FIJÓ: como reparación civil la suma de 4 mil nuevos soles, en forma solidaria 2 mil a la Municipalidad y 2 mil a favor del Estado, sin perjuicio de devolver la suma apropiada.

LA APELACION DE SENTENCIA

- El abogado del sentenciado **VICTOR IRURETA GARCIA**, manifiesta que las pruebas no han sido valoradas de modo adecuado, volviendo a recalcar la falta de vínculo laboral con la Municipalidad de Santa María. Asimismo, cuestiona los peritajes por no haber podido dar una cifra exacta del dinero que se utilizó para repotenciar las maquinarias.

Y finalmente, refiere que se ha retrotraído el proceso a periodos ya precluidos, contraviniendo el debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva.

- De igual modo, la apelación del abogado del sentenciado **HUGO ULISES DIAZ MAURICIO**, aduce que se ha contravenido el principio constitucional del DEBIDO PROCESO PENAL, precisa que, habiéndose derivado de un proceso anterior conforme al Código de Procedimientos Penales, que no se ha debido adecuar su trámite al Código Procesal Penal, en estricta aplicación de VIGENCIA E INTERPRETACION DE LA LEY PROCESAL PENAL DEL CPP. Solicitando la NULIDAD DEL JUICIO ORAL.

Asimismo, asegura no se ha valorado debidamente los documentos y pruebas ofertadas en el proceso y que tampoco hubo un adecuado debate pericial, solicitando la absolución de toda responsabilidad.

- El Ministerio Público, fundamenta su apelación, en cuanto al delito de peculado, por cuanto la pena debe incrementarse por ser diminuta de 3 años a 8 años conforme lo solicitado, dado el bien jurídico afectado.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA:

La sentencia de Segunda Instancia, reconoce que el proceso se inició en octubre del año 2001, bajo el anterior modelo procesal; sin embargo, al año 2006, el proceso en curso fue adecuado a las normas del Nuevo Código Procesal Penal, eminentemente garantista, oral y contradictorio, el cual asegura a los justiciables un proceso revestido de todas las garantías donde cada sujeto procesal tiene su rol bien definido en igualdad de armas. Que los justiciado en ningún momento han cuestionado el juicio oral y recién cuando recae condena al emitirse una resolución desfavorable, piden que se declare la nulidad o revocatoria, habiendo convalidado con su accionar el ser sometido a las normas del NCPP.

Asimismo, convalida los argumentos de primera instancia en cuanto a la existencia de un concierto de voluntades para perjudicar a la agraviada, en calidad de autor y cómplice respectivamente e incide en el grado de participación de los procesados, dándole al Alcalde la calidad de autor, por lo cual aumenta la responsabilidad con respecto a la pena.

Por lo cual confirma la sentencia de primera instancia, al igual que la pena de 3 años suspendida para VICTOR IRURETA GARCIA y revoca la misma de 3 años para HUGO ULISES DIAZ MAURICIO, REFORMANDOLA le imponen cuatro años de Pena Privativa de Libertad con en carácter de suspendida.

PRETENSION CASATORIA:

Podemos determinar que los sentenciados HUGO DIAZ MAURICIO y VICTOR RAUL IRURETA GARCIA, presentaron recurso de Casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal, debido proceso, tutela jurisdiccional y juez legal; sin embargo el AUTO DE CALIFICACION DEL RECURSO DE CASACION, la **DECLARA INADMISIBLE** puesto que no consideran que los puntos consignados por los recurrentes no justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, más aun, cuando el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, es siempre que en el delito más grave, en su extremo mínimo, tenga señalado una pena privativa de libertad mayor de 6 años.

CONCLUSIONES

Concluimos que, en el presente caso, dado los hechos que se han comprobado a través del abundante material probatorio, se ha determinado contundentemente la responsabilidad penal de los acusados, el primero de los cuales en calidad de Funcionario Público mantenía un vínculo funcional con los caudales de la Municipalidad de Santa María, al haber trasladado estos de la esfera de dominio de la Administración Pública para otro, en este caso VICTOR IRURETA GARCIA, cumple con la construcción típica del delito Peculado doloso.

Asimismo, desde el punto de vista funcional sistémico, es decir desde el esquema de la Imputación Objetiva el alcalde debido a la atribución de roles, siendo su obligación la de defender y cautelar los derechos e intereses de la Municipalidad de acuerdo a la propia Ley Orgánica de Municipalidades (literal 9 del artículo 47 de la Ley 23853 vigente en la fecha), no obstante, por el contrario, esos roles jurídicos no fueron fielmente cumplidos produciendo un riesgo no permitido lesionando con esto, el bien jurídico protegido, que es el correcto funcionamiento de la administración pública y su patrimonio.

Asimismo, el acusado VICTOR IRURETA GARCIA, por tratarse de un particular (Extraneus) que ha colaborado en la consumación del delito, al haber recepcionado los caudales de la Municipalidad, responde en calidad de partícipe de este delito debido al principio de Accesoriedad Limitada y de la Unidad del Título de Imputación, en concordancia con el artículo 26 del Código Penal.

Por lo cual, coincidimos plenamente con la sentencia en análisis en cuanto a la imputación del tipo penal de PECULADO, pero no así con la pena, la cual ha nuestro modestísimo entender debió ser efectiva, por lo menos para el funcionario público, esto por la gravedad del delito que representa afectar los intereses públicos y segundo, que debiera tener una finalidad preventiva general a la misma, en tanto que tiene un carácter disuasivo en la sociedad en su conjunto sobre la perpetración de nuevos delitos.

Sin embargo, cabe precisar como un detalle con el discrepamos con la sentencia, el cual se refiere al desarrollo del proceso, y que implica concordancia con el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución Política del Perú, que declara ***“ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimientos distinto de los previamente establecidos (...)”*** garantía constitucional.

En ese sentido, el artículo 17° del D.L. 958, regula de manera expresa que los procesos recurridos en los Juzgados penales, Salas Penales Superiores y salas penales de la Corte Suprema continuaran sustanciándose por sus mismos trámites procesales iniciales – se refiere al Código de Procedimientos Penales.

Por lo cual, la adecuación del proceso que hace el juez al nuevo código Procesal Penal puede resultar lesivo por inobservancia de la garantía constitucional al debido proceso, el cual sin perjuicio de los argumentos que compartimos y celebramos con la sentencia, podría haber acarreado la nulidad del proceso en mención, de haberse enfatizado por parte de la defensa de los acusados.

ANEXOS

PODER JUDICIAL
Corte Superior de Justicia de Huacho
Juzgado Penal Unipersonal

EXPEDIENTE : 1469-2006

SENTENCIA

RESOLUCION NUMERO : CATORCE
Huacho, veintinueve de enero del dos mil siete.-

VISTOS : -----

I. - PARTE EXPOSITIVA : -----

UNO .- mención del Juzgado Penal, nombre del Juez y de las partes, así como datos personales de los acusados. -----

Ante el Juzgado Penal Unipersonal de Huaura, que Despacha el señor Juez Edwin Luis Araujo Dulanto, se llevó a cabo la audiencia pública seguida contra HUGO ULISES DIAZ MAURICIO, con DNI 15687784, de sesenta y un años de edad, nacido el ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, natural de Santa María, grado de instrucción superior, hijo de Gaudencio y Teobaldina, docente Universitario, casado y domiciliado en Avenida Perú 1024 - Santa María y VICTOR RAUL IRURETA GARCIA, con DNI 06545838, nacido el veintiocho de marzo de mil novecientos cincuenta y tres, de cincuenta y tres años de edad, natural de Ancón, casado, grado de instrucción superior, operador logístico, hijo de Segundo y Eusebia, con domicilio en la Cooperativa Virgen del Rosario Calle 3, E 19 - Ancón - Lima, por el delito contra la Administración Pública, en su modalidad de PECULADO y MALVERSACION DE FONDOS, en agravio de la MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTA MARIA, ambos con medida de comparecencia restringida. -----

DOS .- Enunciación de los hechos y circunstancias objeto de la acusación. ---

Conforme al alegato preliminar del señor Fiscal, se atribuye a los acusados los delitos de peculado y malversación de fondos, en cuanto el procesado Hugo Ulises Díaz Mauricio, en su condición de Alcalde de la Municipalidad de Santa María realizó un convenio de sesión de uso de tres unidades móviles, mediante convenios suscritos con Cooperación Popular, específicamente el 008-99 y 0012-99, por el cual se transfería en sesión de uso tres maquinarias, para ser refaccionadas y destinadas en el mejoramiento y construcción de obras en el distrito de Santa María, es así que el ex Alcalde procedió a suscribir los convenios aludidos, para tratar de refaccionar estas maquinarias totalmente inoperativas, para ello dispuso de pagos mediante giros de cheque, en la suma de cientos ochenta y nueve mil ochocientos cincuenta y cuatro nuevos soles (S/. 189, 854 n.s), para efectuar supuestas compras de repuestos y gastos de reparación de las aludidas maquinas, que incluso a la fecha se encuentran inoperativas, dinero que fue sacado de la Municipalidad Distrital de Santa María, utilizándose la presencia del acusado Víctor Raúl Irureta García, en su condición de Asesor Técnico y Supervisor de Mantenimiento de maquinaria de la Municipalidad agraviada, quien en muchas ocasiones fue el que trato para que se hicieran realidad estos convenios, en tanto

42
7/99

Cooperación Popular para la entrega de maquinaria destinada al desarrollo de obras públicas del citado distrito.

b) - Esta probado que formaban parte de estas maquinarias una motoniveladora marca Mitsubishi, modelo MG400, un camión baranda marca IZUZU con serie TXD55-1693550 y un camión Volquete marca Nissan Diessel, con serie. 17511, todos inoperativos.

c) - Esta probado del texto de los convenios, que era la Municipalidad la responsable de la reparación custodia, conservación y administración de la citada maquinaria.

d) - También se encuentra probado, porque así lo ha reconocido el acusado Ulises Díaz Mauricio, que con el aparente propósito de reparar la maquinaria dada en cesión de uso, se asignaron diversas sumas de dinero de la Municipalidad agraviada, mediante giro de cheques.

e) - Esta probado, porque así lo ha reconocido igualmente el acusado Víctor Irureta García, que estos cheques fueron cobrados por su persona, a través de empresas con distintas razones sociales, pero de las cuales el alegó que era su representante legal.

f).- Esta probado que el acusado Víctor Irureta García, con el propósito de participar en las gestiones de suscripción de los convenios, para la asignación de la maquinaria, así como de equipos y repuestos se identificaba como Asesor Técnico y Supervisor de Mantenimiento de la Municipalidad Distrital de Santa María.

g) - Esta probado, porque también lo han aceptado los acusados que pese a la utilización de diversas sumas de dinero de la Municipalidad agraviada, con el aparente propósito de reparar la maquinaria otorgada en cesión de uso, por la Oficina Nacional de Cooperación Popular, esta (la maquinaria) nunca llegó a estar operativa durante la gestión del acusado ex alcalde.

.- Los acusados no han probado, que las maquinas en referencia fueron reparadas y repotenciadas, empleándose en las obras públicas, para cuyo propósito fueron solicitadas en cesión de uso.

SEIS .- En efecto, conforme a las copias de los documentos cero cero ocho guión noventa y nueve guión GG/COOPOP, del 23 de junio de 1999 obrante de fojas ocho al diez y cero cero doce guión noventa y nueve guión GG/COOPOP, de fecha 2 de agosto de 1999 obrante de fojas doce al catorce, el acusado Hugo Ulises Díaz Mauricio en su condición de Alcalde, en aquél entonces de la Municipalidad Distrital de Santa María, suscribió con la Oficina Nacional de Cooperación Popular, convenios de cesión en uso, con el propósito de que se le entregará a la referida Municipalidad una motoniveladora marca Mitsubishi, modelo MG400, serie 46000389, un camión Baranda marca Izuzu, con serie TXD55- 1693550 y un camión Volquete marca Nissan Diessel, con serie 17511, con número de motor NDG-9355, todos en condición de inoperativos y por consiguiente se hacía mención que la Municipalidad tenía conocimiento de ésta situación y era a partir de ese momento la responsable de la reparación, custodia, conservación y administración de la maquinaria. -----

SIETE .- Se tiene así, que de las copias de los comprobantes de pago que obran de fojas trescientos nueve al trescientos trece, se efectuaron por parte de la Municipalidad Distrital de Santa María, diversos desembolsos de dinero, por la reparación de la Maquinaria, que formaba parte de los convenios en referencia, los mismos pese a estar incluso girados a nombre de Taller de Mecánica "Tito" de Ernesto García Nole, eran cobrados por el acusado Víctor Irureta García, como él mismo lo ha reconocido durante el examen al que fue sometido por el señor Fiscal,

Dr. VALERIA ERIC...
Alcalde de la Municipalidad Distrital de Santa María

Dr. DUBO...
Fiscal

DA

Yacinto
Flores

expresando que los había efectivo al ser el Representante legal no solo de esa
razón social, sino de Mecánica Service.

OCHO .- No obstante, pese a los desembolsos que se encuentran verificados y
como lo han aceptado ambos justiciables, la maquinaria nunca se encontró
operativa durante la gestión del ex Alcalde Hugo Ulises Díaz Mauricio. - - - - -

NUEVE .- En efecto, como lo han expresado además los señores peritos al ser
sometidos al examen respectivo, conforme a lo ordenado por la ejecutoria
Suprema de fojas diecinueve al veinte del cuadernillo de debates, a mérito de las
pericias de fojas setecientos veintiocho al setecientos treinta y uno y peritaje de
fojas novecientos cincuenta y dos al novecientos cincuenta y cinco, ratificados a
fojas ochocientos tres, ochocientos catorce, así como en el juicio oral, todos
resultaron coincidentes en señalar que las maquinas materia de este proceso no se
encontraban operativas, incluso en detalle el perito Martín Gonzales Bustamante,
quien suscribe el peritaje de fojas novecientos cincuenta y dos, señaló
concretamente respecto a la maquinaria que evaluó como el camión cisterna marca
HINO, que su motor original se encontraba desmantelado en el taller de la
Municipalidad y la maquina no era operativa para trabajar, existiendo fallas en las
tapas de culata al tener repuestos reciclados, con relación al camión volquete
marca Nissan, estaba abandonado y era imposible que estuviera funcionando ya
que su motor no se podía arrancar, mientras que la motoniveladora no funcionaba
su sistema hidráulico y por consiguiente tampoco podía ser utilizado ya que no
había forma de pararla una vez arrancada, constituyendo por ello un peligro para
quien la empleara, siendo que aparentemente se había pagado en valores reales
unos ciento ocho mil nuevos soles (S/. 108,000 n.s), pero que ellos estimaban en la
suma de sesenta y siete mil nuevos soles (S/. 67,000 n.s). Por su parte, los peritos
Luis Martínez Flores y Segundo Sánchez Díaz, coincidentemente a lo señalado,
indicaron que las maquinas no estaban operativas. - - - - -

MAURICIO GARDENS ARIZABARTE
Perito Judicial
Calle de la Libertad
No. 1000
Pucallpa

MODULANTE
Perito Judicial
Calle de Húsira
No. 1000
Pucallpa

DIEZ .- Con relación al peritaje de fojas ochocientos cincuenta y tres al
ochocientos sesenta, si bien doña Martha Hajar Díaz y Héctor Mauricio Ramos,
han referido que ha existido errores al contener en el mismo otros rubros,
adicionales a los que están relacionados con la reparación de la maquinaria que es
objeto de este juicio, sin embargo también se ha señalado que para subsanar esta
situación no es necesario una nueva pericia, lo que resulta verosímil, en tanto
ciertamente ello resulta regularizable con una operación matemática por el que se
excluya los montos que no están vinculadas con las maquinas, más aún si como han
señalado la Municipalidad incluso no les brindó las facilidades para cumplir con su
obligación con el argumento que la documentación se encontraba en poder del
demandante; resultando que el monto de la apropiación ascendería en mérito a lo
señalado a la suma de ciento ocho mil novecientos cuarenta y dos nuevos soles.

ONCE .- Ahora bien, en lo que atañe a la figura del peculado, se tiene que el bien
jurídico protegido es el normal desarrollo de las actividades de la administración
pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de
dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el
funcionario o servidor público que quebranta los deberes de lealtad y probidad. - -

DOCE .- A su vez, cabe traer a colación, ya que ha sido citado por el señor Fiscal
que ciertamente el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y
Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante acuerdo
plenario 4-2005, señaló que el artículo 387 del Código Penal, establece en primer
lugar la acción dolosa en el delito de peculado, al señalar que el funcionario o
servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro,

EDA
CAL

la
pericia, los
Tito de
pericia, como el
señor Fiscal,

caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, en consecuencia, que es necesario tener en cuenta los comportamientos típicos que la norma en análisis nos señala a efectos de limitar o restringir la relevancia penal de los actos del delito de peculado. La norma, por consiguiente al describir la acción dolosa utiliza dos supuestos para definir los comportamientos típicos del sujeto activo: apropiar o utilizar, los mismos que deben contener ciertos elementos para su configuración, éstos son, en tal virtud los elementos materiales del tipo penal:

- a) - Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos. Se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos.
- b) - La percepción, no es más que la acción de captar o recepción caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos.
- c) - La apropiación o utilización. En cuyo primer caso estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso: el utilizar, se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto) sin tener el propósito de apoderarse para sí o para un tercero.
- d) - El destinatario para sí. El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. Para otro, se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero, y
- e) Los caudales y efectos. Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

TRECE.- En consecuencia, en lo que respecta al acusado Hugo Ulises Díaz Mauricio, su relación funcional con los caudales o efectos de la Municipalidad, se refleja sin cuestionamiento alguno en su condición de Alcalde, siendo por consiguiente su obligación la de defender y cautelar los derechos e intereses de la Municipalidad de acuerdo la propia Ley Orgánica de Municipalidades (literal 9 del artículo 47 de la Ley 23853, vigente en la fecha), no obstante por el contrario conforme se ha reseñado en los fundamentos precedentes, el citado funcionario lejos de cumplir con lo señalado en la propia ley, ha dispuesto del dinero de la Municipalidad, con el aparente propósito de reparar la maquinaria que le fue otorgada en cesión de uso por la COOPOP, sin embargo como lo han referido los peritos y ha reconocido el propio acusado, éstas maquinarias nunca estuvieron operativas durante la gestión de Hugo Ulises Díaz Mauricio, esto es entre 1999 al 2002, lo que verifica que el dinero extraído de las arcas Municipales, como se evidencia en los comprobantes de fojas trescientos nueve al trescientos trece, no fue empleado con este propósito, sino que ha existió un apoderamiento indebido del mismo, valiéndose este acusado precisamente del poder de vigilancia y control

SECRETARÍA DE FISCALÍA
MUNICIPALIDAD DE HUAYLA
CALLE HUAYLA Nº 200

...ada y al
... 200....

JA RUEDA
ACION FISCAL

BUVANTO
Hugo Ulises Díaz
Mauricio

que ejercía sobre los caudales del Municipio, se atribuyó esta conclusión en tanto no obstante referir que requirieron la maquinaria por ser necesaria para la ejecución de obras en el distrito, sin embargo en forma contradictoria a lo manifestado por él mismo, se comprueba que la maquinaria nunca estuvo operativa, resultando que incluso hasta fines de su gestión ninguna había llegado a Santa María, tratando de justificar esta situación en que no habían las piezas y en los sucesivos cambios de gobierno de las entidades del COPOOP, situación que no resiste a la lógica pues dada la urgencia en el empleo de las maquinarias, era evidente que su función en todo caso debió ser la de agotar las gestiones destinadas a su repotenciación o reparación, lo que por el contrario no se condice con el hecho de que como el refiere su reparación duró por espacio de tres años, además en cuanto a la solicitud de repuestos, ello no resultaba verosímil pues en los propios convenios se especificaba que la reparación, custodia, conservación y administración era por cuenta de la propia Municipalidad, sin existir obligación del COOPOP el asumir gastos operativos de reparación y mantenimiento de la maquinaria ni de redistribuirlos, por consiguiente queda desvirtuada la alegación de ambos en que incluso la demora le resultaba atribuible al Gobierno central, que no los reparó oportunamente, dicho que no resulta veraz. -----

CATORCE .- Ahora bien, en lo que atañe a la condición del acusado Víctor Irureta García, tanto aquél como el acusado Hugo Ulises Díaz Mauricio, han negado que este último fuera servidor de la Municipalidad agraviada, pese a que el primero de los nombrados ha reconocido haber empleado la credencial de fojas quince ante entidades como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la COOPOP, documento en el que se le consignaba como Asesor Técnico y Supervisor del Mantenimiento de la Municipalidad Distrital de Santa María, como coincidentemente figura en el acta de recepción de bienes de fojas once, sesenta y ocho al sesenta y nueve, no obstante no se ha aparejado documentos que evidencien con certeza que mantenía vínculo laboral o contractual, con la agraviada o que estuviera comprendido dentro de la carrera administrativa, o hubiese sido designado fehacientemente en cargo de confianza o se encontrase en todo caso comprendido en alguno de los supuestos previstos en el artículo 425 del Código Penal y si bien resulta incuestionable que intervino en la suscripción de los convenios, la recepción de la maquinaria, su reparación y las gestiones ante las instituciones del gobierno central, en las cuales se identificaba como Asesor Técnico y Supervisor de Mantenimiento, no puede otorgársele por esta situación la condición de servidor público que en esencia no se verifica. -----

QUINCE .- Sin embargo, ello no lo libera de responsabilidad en tanto de la descripción típica del delito de peculado regulado en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, se verifica que su descripción admite igualmente la intervención de particulares (**EXTRANEUS**) los que tendrían la condición de cómplices, al aplicarse la teoría de la accesoriedad ilimitada (esto es, que el autor del delito transmite a cualquier persona la condición especial exigida por el injusto penal) y de la unidad del título de imputación (en tanto, todos los partícipes del evento delictivo - autores y cómplices- deben ser responsabilizados bajo la misma figura delictiva). Ciertamente, como se tiene dicho el artículo 387 que sanciona el delito de peculado establece como modalidades típicas: la apropiación para sí y en segundo término la apropiación a favor de tercero, en cuyo caso conforme se ha discernido la consumación del delito por parte del acusado Víctor Raul Irureta García, se habría dado en el momento en que los caudales de la Municipalidad objeto de la apropiación, le fueron entregados por el ex alcalde acusado con el

aparente propósito de reparar las maquinarias, esto último que no aconteció
 abona a lo señalado que en jurisprudencias supremas como las recibidas en el
 expediente doscientos noventa y tres guión dos mil dos, de fecha quince de mayo
 del año en referencia, se precisó que: "teniendo en cuenta además que los delitos
 cometidos por funcionarios públicos, pueden ser perpetrados con el auxilio de
 particulares y en este caso lo es, no es dable excluir la conducta de éstos
 particulares del tipo especial, dado que solamente son incommunicables las
 calidades personales o materiales referidas a la culpabilidad o la punibilidad, es
 decir a las características personales o materiales referidas al hecho, siendo
 aplicable el principio de accesoriedad", en concordancia además con el artículo 26
 del Código Penal, en cuyo caso como se dijo, Víctor Irureta García ha tenido
 disposición respecto al dinero que se le entregaba para la reparación de la
 maquinaria comprendida en los convenios cero cero ocho y cero cero doce ambos
 de mil novecientos noventa y nueve y que sin embargo no llegaron a operar durante
 la gestión de su co-acusado, pese a los desembolsos dinerarios que con este
 aparente propósito fueron cobrados por aquél, es más la conducta dolosa de
 apropiarse de los caudales de la Municipalidad, se pone de manifiesto en el hecho
 de que la disposición de este dinero se realizaba mediante comprobantes de pago
 como los obrantes de fojas trescientos nueve al trescientos trece, que si bien
 eran girados a nombre de terceras personas en este caso a taller de mecánica
 "TITO" de Ernesto García Nole, sin embargo como lo ha reconocido el propio
 Irureta García, eran cobrados por él y no a quien figuraban destinados,
 señalándose en su descargo que él, era representante tanto de Mecánica Service
 como de la primera de las nombradas, razones por las que el pedido de
 sobreseimiento no se ajusta al mérito de los actuados y debe ser desestimado. --

Cruces

SECRETARÍA DE JUSTICIA
 DEPARTAMENTO DE FISCALÍA
 PUEBLO LIBRE - SAN CARLOS DE RÍO
 PUEBLO LIBRE - SAN CARLOS DE RÍO
 PUEBLO LIBRE - SAN CARLOS DE RÍO

DIECISEIS .- De otro lado, respecto al delito de Malversación de Fondos,
 regulado en el artículo 389 del Código Penal, aquél se configura cuando el
 funcionario o servidor público da al dinero o bienes que administra una aplicación
 definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o
 la función encomendada, que no obstante a mérito de lo discernido el suscrito
 considera que no se encuentra acreditada la comisión del delito ni la
 responsabilidad penal de los acusados, en tanto en el caso en concreto este delito
 resultaría incompatible con el hecho de haber quedado verificada la comisión del
 delito de peculado, pues de ser así no podía concluirse, como en efecto se ha
 hecho de que existió apropiación, si se asume que el dinero fue empleado en un fin
 distinto al que estaba destinado, afectándose el servicio o la función encomendada
 y por el contrario al haber arribado el suscrito en el hecho de que existió
 apropiación de los caudales de la Municipalidad por parte del ex Alcalde y su co-
 acusado con relación al dinero que había sido destinado para la reparación de las
 maquinarias, reparación que no se llegó a concretar, pues estas continuaron
 inoperativas, tal y como fueron recibidas, estimo que en este extremo es del caso
 absolverlos.

DIECISIETE .- En cuanto a la determinación de la pena, debe tenerse en cuenta
 la exigencia que plantea la determinación de la pena regulada en los artículos 45
 y 46 del Código Penal, la que debe ser proporcional con el delito cometido y las
 circunstancias en que se perpetró, tomando en cuenta la trascendencia social de
 los hechos que se reprimen, en cuyo caso debe tomarse en cuenta que los acusados
 se han apropiado de diversas sumas de dinero perteneciente a la Municipalidad y
 por consiguiente a la ciudadanía de dicho distrito, aprovechándose en este caso de
 la condición de Alcalde que ostentaba el acusado Hugo Ulises Díaz Mauricio, con la

lica
da y al
200,...

JEDA
FISCAL

complejada además de un tercero en este caso de Víctor Raúl Irureta García, lo que resulta reprochable desde todo punto de vista, desde que incluso en lo que concierne a uno de ellos se trata de una autoridad elegida por el pueblo para velar por sus intereses y no para aprovecharse de aquél.

DIECIOCHO - Tratándose de un delito contra la administración pública, corresponde imponerse la pena de inhabilitación para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, conforme al inciso 2.º del artículo 36 concordante con el artículo 39 del citado Ordenamiento Legal.

DIECINUEVE - Por último, la reparación civil debe ser fijada teniendo en cuenta el daño causado y las posibilidades económicas de los obligados tomando en consideración lo señalado en el artículo 93 del Código Sustantivo, siendo que en este caso cabe valor que los acusados son profesionales y realizan labores de docencia y de servicios con los que obtienen ingresos económicos, con los que pueden cumplir con el resarcimiento del daño causado a la comuna. Por estas consideraciones el señor Juez del Juzgado Unipersonal de Huaura, cumpliendo con los requisitos que señalan los artículos 398 y 394 del Código Procesal Penal, administrando Justicia a nombre de la Nación.

III. - PARTE RESOLUTIVA

FALLO : declarando **INFUNDADO** el sobreseimiento invocado por la defensa del acusado **VICTOR RAUL IRURETA GARCIA**, así como absolviendo a **HUGO ULISES DIAZ MAURICIO** y **VICTOR RAUL IRURETA GARCIA**, del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de **MALVERSACIÓN DE FONDOS**, en agravio de la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTA MARÍA Y EL ESTADO**; en consecuencia **DISONGO** el archivamiento definitivo de los actuados en este extremo, previa anulación de los antecedentes policiales que se hubiesen generado en su contra por el delito y agraviados señalados; de otra lado **CONDENANDO** a **HUGO ULISES DIAZ MAURICIO** y **VICTOR RAUL IRURETA GARCIA**, por el delito de **Contra La administración Pública**, en su modalidad de **PECULADO**, en agravio de la **MUNICIPALIDAD DISTRITAL DE SANTA MARÍA Y EL ESTADO**, a tres años de pena privativa de la libertad con ejecución suspendida por igual plazo para cada uno de los sentenciados, a condición de que cumplan con las siguientes reglas de conducta : a) - Comparecer al local del Juzgado respectivo las veces que fuera requerido con el propósito de justificar sus actividades, b) - No ausentarse del lugar de su domicilio sin autorización del señor Juez, c) - Reparar el daño causado, d) - No incurrir en hechos análogos a los que han sido materia de este procesamiento, bajo apercibimiento de aplicarse lo dispuesto en los artículos 59 y 60 del Código Penal, **IMPONGO** a los acusados la pena accesoria de **INHABILITACION** por el plazo de tres años, para obtener mandato, cargo, empleo o comisión de carácter público, **FIJO** por concepto de reparación civil, la suma de **cuatro mil nuevos soles** que deberán pagar los sentenciados en forma solidaria a razón de dos mil nuevos soles a favor de la Municipalidad y dos mil nuevos soles a favor del Estado, sin perjuicio de devolver la suma apropiada que se señala en la parte considerativa de esta sentencia; **MANDO** que consentida y/o ejecutoriada que sea la presente sentencia se remita los autos al Juzgado de Investigación Preparatoria para su ejecución. **HAGASE SABER**.

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUaura

Dra. VALERIA ERNANDEZ CARRERA LEONARDO

Dr. EDWIN ARAUJO DULANTO
Juez del Juzgado Unipersonal de Huaura
Corte Superior de Justicia de Huaura
PODER JUDICIAL

PODER JUDICIAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
CENTRO DE DISTRIBUCION GENERAL
HUAURA
05 FEB. 2007
RECIBIDO

Sec.:
Exp.: 01469-06
Esc.:

SUMILLA: FUNDAMENTA RECURSO DE APELACION.-

SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO PENAL UNIPERSONAL DE HUAURA.

ANGEL ROBERTO NIEVES SOLF, abogado defensor de oficio de Víctor Raúl Irureta García, en los que se le sigue por el presunto delito de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Santa María, a usted respetuosamente digo:

Que, al amparo de lo dispuesto por el artículo 139 numeral 6to. de la Constitución Política que preve como principio y derecho de la función jurisdiccional la pluralidad de la instancia, y dentro del término de Ley fundamento el recurso apelación interpuesto contra la sentencia dictada en audiencia pública, esperando que al ser elevados los autos al Superior sea revocada en todo la recurrida, y por ende conseguir mi absolución en mérito a los siguientes argumentos:

1. Que, la presente sentencia colisiona los derechos de mi defendido, específicamente el derecho de toda persona a la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva también como principio y derecho de la función jurisdiccional previsto por el artículo 139 inciso 3ro. de la Constitución Política, ya que se está en clara contravención a lo dispuesto por el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal, como lo pasaré a continuación a detallar.

Que, por otro lado, la que es materia de impugnación no ha sido debidamente fundamentada ni se han valorado de modo adecuado las pruebas de descargo que con mucho abundamiento se presentaron oportunamente y que obran en el Expediente Judicial, a fin de que sean meritados con arreglo a Ley.

3. Que mi defendido ha demostrado fehacientemente que la única relación que lo unía a la Municipalidad de Santa María era de carácter contractual y de naturaleza civil, no estando sujeto a relación de dependencia, como lo estipulan los Contratos suscritos con ésta para la realización de sus labores de reparación mecánica, siendo una contratación de naturaleza estrictamente civil, incluso bajo la modalidad de locación de servicios.
4. Que es de resaltar en los mismos Contratos suscritos y en la Proforma o Presupuesto de Reparación correspondiente, hace

Abogado Víctor Raúl Irureta García

ABOGADO

R. U. C. N.º 4558

Defensor de Oficio

155
auto
Nieves

Handwritten notes:
L.S.
C. de la C. J.
1973
10
DNEZ

hincapié tanto en la Cláusula Décima del Contrato de reparación de la Motoniveladora Mitsubishi y en el ítem N° 1 correspondiente a la Cotización de Reparación del Camión Hino, la necesidad de contar con los repuestos necesarios a suministrar por las entidades correspondientes, llámese Ministerio de Transportes y Cooperación Popular, los mismos que no estaban comprendidos dentro de su presupuesto aprobado. En consecuencia la demora en su entrega incidiría vitalmente en la culminación de su trabajo de reparación. Por lo que mi defendido se preocupó personalmente en la recuperación de dichos repuestos faltantes, ya que su adquisición directa en el mercado local o internacional afectaría el presupuesto ya aprobado. Y desde ya él se encontraba sufriendo pérdidas económicas considerables, por tener las Unidades materia de este proceso en calidad de depósito en un Local alquilado, debiendo realizar labores de mantenimiento permanente para el cuidado de los trabajos en ellas realizadas. Lo que permitió que la nueva Administración Municipal del 2003-2006, pudieran hacer uso de las maquinarias materia de este proceso, según se pudo comprobar con el Acta de Entrega-Recepción suscrito en Febrero del 2003 entre el Teniente-Alcalde Carlos La Rosa Marcos por la Municipalidad de Santa María y mi defendido Víctor Raúl Irureta García en su calidad de Contratista.

Angel Roberto Nieves Solís

ABOGADO

Reg. C.A.C. N° 4558

Defensor 31 de Oficio

5. Los señores peritos mecánicos, que realizaron su labor en el año 2001, lo que hacen es constatar que las Unidades materia de este proceso se encontraban en proceso de reparación y su demora lo explica el ítem anterior, según consta en autos. Y los técnicos que realizaron su peritaje en Febrero del 2004, lo que hacen es corroborar el hecho de que estas Unidades ya se encontraban en posesión de la Municipalidad de Santa María, en proceso de Mantenimiento Mecánico un año después de haber sido entregados por mi defendido en su taller de Puente Piedra y que inclusive en ese momento, año 2004 estaban a su cargo por tener Contrato de mantenimiento mecánico con la administración de ese entonces, presidida por el ingeniero Carlos Estupiñán Demutti.

6. Ni el Juzgado, ni el Representante del Ministerio Público, ni los Peritos y por último la Salas Juzgadoras Mixta y el Juzgado Unipersonal, han podido dar una cifra exacta del dinero que se utilizó para repotenciar estas Unidades, cada uno en su momento señala cifras diferentes, lo que demuestra fuera de toda duda la falta de una buena investigación en el presente procesamiento judicial. Como lo manda la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, que declara NULA la sentencia, porque la comisión del delito no ha sido esclarecida debidamente y lamentablemente vuelve a

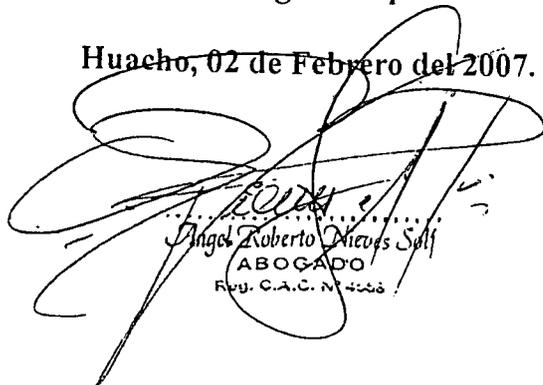
repetirse el mismo error por cuanto no hubo una adecuada apreciación de hechos y actuación de pruebas.

7. Es de señalar que además de conformidad con lo dispuesto por el Artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Penal la Ley Procesal Penal es de aplicación inmediata, debe tenerse cuenta que las actuaciones procesales y los plazos inmersos en ellas ya han precluido, habiendo incluso la Sala Penal Suprema ordenado que se y por mandato expreso del acotado dispositivo se tiene que deben prevalecer estos actos que han generado estado con la condición de firmes, lo que por el contrario viene generando un caos jurídico que contraviene el debido proceso como garantía y derecho de los justiciables previsto en la Carta Magna, toda vez que a mi patrocinado se le ha procesado dos veces por el mismo hecho lo que incluso colisiona con el principio del nem bis in idem (no dos veces por el mismo delito).
8. Ahora bien, lo expuesto precedentemente tiene su correlato si se analiza in extenso lo previsto por el artículo 153 inciso 2do. del mismo cuerpo normativo adjetivo en el sentido que se ha retrotraído el proceso a periodos ya precluidos, lo cual está sancionado por el texto acotado, ya que entendemos que ello genera inseguridad jurídica y además contraviene las normas elementales del debido proceso.
9. Que en el peor de los casos a mi defendido lo favorece el beneficio de la duda, pues es principio constitucional que la presunción de inocencia favorezca al procesado, más aún si en autos no se han acopiado elementos justiciables que califiquen de manera alguna su responsabilidad porque una sentencia condenatoria no se puede sostener en suposiciones o presunciones como efectivamente ha vuelto ocurrir en este proceso.

POR TANTO:

Tenga Ud., Señor Juez Unipersonal, por fundamentado el recurso impugnatorio de apelación, en los términos disgregados, esperando alcanzar la revocatoria de la recurrida elevados que sean los autos al Órgano Superior en un Acto de Justicia.

Huacho, 02 de Febrero del 2007.


Angel Roberto Nicols Salf
ABOGADO
R.P. C.A.C. N° 4566

Handwritten notes:
Cada caso
12
BOCE

EXPEDIENTE : 2006-01469-0-1308-JR-PE-1
DELITO : APROPIACION ILICITA
PECULADO
ESPECIALISTA : CARDENAS ARISTIZABAL, VALERIA
AGRAVIADO : CONCEJO DISTRITAL DE SANTA MARIA
ESTADO
IMPUTADO : DIAZ MAURICIO HUGO ULISES
IRURETA GARCIA VICTOR RAUL

Resolución Nro. 15
Huacho, seis de Marzo del
Año dos mil siete.-

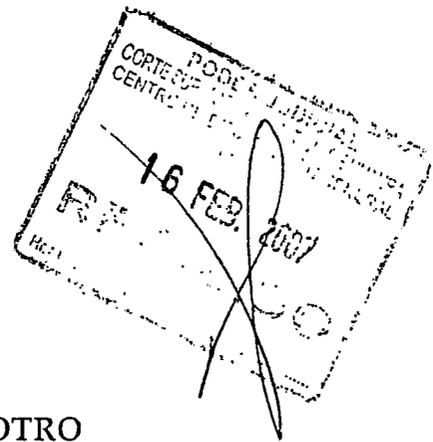
DADO CUENTA, recién en la fecha: Estando al recurso de apelación interpuesto por Ángel Roberto Nieves Solf, abogado defensor de oficio de Víctor Raúl Irureta García contra la sentencia dictada en audiencia pública de fecha veintinueve de enero del año dos mil siete, recurso que se encuentra dentro del plazo establecido en la ley, en consecuencia, **CONCÉDASE** el recurso de apelación interpuesto y **ELÉVESE** al Superior Jerárquico con la debida nota de estilo. Avocándose al conocimiento del presente proceso el Juez que suscribe por disposición superior y asistenta judicial que da cuenta al término del periodo vacacional.

Handwritten signature
Dr. MIGUEL EDUARDO ALZAMORA ZEVALLOS
Juez del Juzgado Penal Unipersonal de Huaura
Corte Superior de Justicia de Huaura
PODER JUDICIAL

Handwritten signature
VALERIA CARDENAS ARIZTIZABAL
Asistente Jurisdiccional de Apoyo a Causas Jurisdiccionales
Sede de Huaura
Corte Superior de Justicia de Huaura
PODER JUDICIAL



1ª FISCALÍA PROVINCIAL PENAL
CORPORATIVA DE LIQUIDACIÓN Y
ADECUACIÓN HUAURA - HUACHO



20
Vente
Hugo
Abelardo

Expediente : 1469-2006
Delito : MALVERSACIÓN DE FONDOS
Imputado : HUGO ULISES DÍAZ MAURICIO Y OTRO
Agravado : MUNICIPALIDAD DE SANTA MARIA Y EL ESTADO
Secretario : MARCOS ANTONIO VELÁSQUEZ QUINECHE
Apelación :

SEÑOR JUEZ DEL JUZGADO UNIPERSONAL EN LO PENAL DE HUAURA:

OTTO SANTIAGO VERAPINTO MÁRQUEZ, Fiscal Provincial Titular de la Primera Fiscalía Penal Corporativa de Huaura Huacho, en el proceso penal que se le ha seguido contra HUGO ULISES DÍAZ MAURICIO y VICTOR RAÚL IRURETA GARCÍA, por el delito de PECULADO y MALVERSACIÓN DE FONDOS en agravio del ESTADO, ante Ud. con respeto digo:

Que estando a las atribuciones que confiere a este Ministerio artículo 159º de nuestra Constitución Política, en concordancia con lo establecido en los artículos 11º y 94º inciso segundo del Decreto Legislativo 052 (Ley Orgánica del Ministerio Público), concordante a los artículos 405 numeral 1, literal c), 413, 414 inciso b), 416 literal a), 419 inciso 2do. del nuevo CPP: vengo a formalizar nuestro RECURSO DE APELACIÓN ya interpuesto contra la SENTENCIA EN SU EXTREMO ABSOLUTORIO contenido en la resolución número catorce, de fecha diecinueve de enero del año en curso que ha emitido el Juzgado Colegiado, por el cual se ha DICTADO SENTENCIA ABSOLUTORIA a favor de los coacusados por el DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS, debiendo CONDENARSE solo a HUGO ULISES DÍAZ MAURICIO la pena privativa de libertad de 8 años; y también venimos a formalizar nuestro RECURSO DE APELACIÓN expresando que debe incrementarse la PENA DIMINUTA IMPUESTA DE 3 AÑOS SUSPENSIVA A LOS PROCESADOS e INCREMENTARSE a los 8 años solicitados; por los siguientes agravio; expresando los fundamentos que paso a exponer:

- 1) Que, es principio y derecho de la función jurisdiccional, el acceso a la "pluralidad de la instancia" así lo señala la Constitución en el Artículo 139 inciso 6to.
- 2) Que, la pluralidad de instancia genera una característica fundamental de los recursos y es la exigencia de "doble conformidad" que se identifica con el "derecho

OTTO SANTIAGO VERAPINTO MÁRQUEZ
 FISCAL PROVINCIAL PENAL
 CORPORATIVA DE HUAURA

22
Embudo
C. O. S.

REPARACIÓN DE MAQUINARIA PESADA que se iba a adquirir; tampoco consta que el CONCEJO haya aprobado la SUSCRIPCIÓN DEL CONTRATO o CONVENIO para adquirir maquinaria inútil e inoperativa; por tanto el CONCEJO no aprobó endeudamiento de su presupuesto en esa materia específica; NO HAY OTRA PRUEBA ACTUADA EN JUICIO DISTINTA AL QUE DECIMOS en el presente.

8) Que, el artículo 36 inciso 1ro de la LEY ORGÁNICA DE MUNICIPALIDADES LEY No 23853 - vigente para esos actos - precisa que el CONCEJO ejerce las atribuciones previstas en el artículo 10 y éste en su inciso 7mo dice LAS MUNICIPALIDADES SON COMPETENTES PARA CONTRATAR CON OTRAS ENTIDADES PÚBLICAS o no PÚBLICAS, sin embargo el Alcalde ABUSO DE SU PODER, pues sin contar con la AUTORIZACION DEL CONCEJO CONTRATO, decisión déspota, arbitraria y al margen de la ley; pero esa CONTRATACION no es graciosa, sino malévol, intencional y dolosa para justificar la utilización del PRESUPUESTO EN MATERIAS DISTINTAS A LOS RUBROS YA PRESUPUESTADOS.

9) Que, en efecto nuevamente se menciona en el inciso 4to del art. 36 de la Ley No 23853 - vigente para esos actos -, que el ALCALDE NO PUEDE MODIFICAR EL PRESUPUESTO aprobado por el CONCEJO, el dinero tiene que destinarse CONFORME A SU PARTIDA ESPECÍFICA; y sin embargo el ALCALDE destinó DINERO NO PRESUPUESTADO PARA REPARACIÓN DE MAQUINARIA ÚTIL e INSERVIBLE por consiguiente, nuevamente su decisión fue al margen de la ley, autoritaria y defraudadora del buen uso del erario municipal.

10) Que, en esas circunstancias el Juez no ha tomado en cuenta, las evidencias que se han mencionado como son los LIBROS DE SESIONES EXTRAORDINARIA y ORDINARIA, y si puede haber alguna autorización para la utilización de dinero, FUE DESPUÉS QUE SE FIRMARA LOS CONVENIOS, FUE DESPUÉS QUE SE RECIBIERA LA MAQUINARIA INÚTIL, ergo la CONDUCTA del acusado y ex alcalde HUGO ULISES DÍAZ MAURICIO se subsume perfectamente en el tipo penal de MALVERSACIÓN DE FONDOS previsto y penado en el artículo 389 del C.P., por ello que debe ser sentenciado.

11) Que, no está demás indicar que el Sr. Juez ha sostenido que el DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS es incompatible con el de PECULADO, pues si en el primero hay un uso ese uso se subsume en el de peculado por utilización indebida; creemos sinceramente que CUANDO EL EX ALCALDE USO DOLOSAMENTE EL DINERO PARA REPARAR MAQUINARIA DETERIORADA QUE SABÍA QUE ERA INSERVIBLE, NO SOLO CON SU ACCIONAR HABÍA INFRINGIDO EL TIPO PENAL DE PECULADO POR USO INDEBIDO, SINO QUE AL NO ESTAR PRESUPUESTADO DINERO ALGUNO A ESA REPARACIÓN, INFRINGIÓ OTRA NORMA COMO LO ES EL DE MALVERSACIÓN DE FONDOS CONTENIDO EN EL ART. 389 DEL C.P., ES DECIR, HUBO CONCURSO IDEAL DE DELITOS, PERO AMBOS EXISTEN, Y AUNQUE SE SANCIONA CON EL QUE TENGA LA PENA MAS SEVERA, HAY EL DELITO DE MALVERSACIÓN DE FONDOS, del cual indebidamente ha sido absuelto el mal ex alcalde.

Dr. OTTO SANTIAGO VERAPINJO MARQUEZ
JESUS ALFONSO VINCIGUACI (T)
PRIMER ALCALDE (A) MUNICIPAL PERLA
CORTE ORDINARIA DE JUSTICIA



23
WintHrey
Yo
Calle
Cura

OTROSÍ DIGO.- Que, finalmente debo mencionar que hay para el SUPERIOR, una **APELACIÓN CONCEDIDA CON EFECTO DIFERIDO**, en el sentido de que al no aceptar una PRUEBA totalmente extemporánea de los acusados y el señor Juez con buen criterio lo rechazó; **DECISIÓN** que fue apelado por los acusados; **NO DEBIÓ EL JUZGADOR CONCEDER APELACIÓN CON NINGÚN EFECTO, y por tanto debe DECLARARSE LA NULIDAD DEL CONCESORIO** atendiendo a los siguientes fundamentos que expongo:

- El art. 139 inciso 6. señala que es derecho de la función jurisdiccional el acceso a la PLURALIDAD DE INSTANCIA.
- El art. 404 del nuevo CPP, señala que las RESOLUCIONES JUDICIALES son impugnables sólo por los medios y en los casos expresamente establecidos por la LEY.
- El art. 362 del nuevo CPP, las resoluciones que recaen sobre estos incidentes SON RECURRIBLES sólo en los casos expresamente previstos en éste Código; y
- El Art: 373 inciso 3ro del nuevo CPP, señala que la resolución que resuelve el incidente sobre NUEVA PRUEBA es irrecurrible; máxime que ella no fue actuada en juicio oral.
- En el caso sub materia, los ACUSADOS dicen que la maquinaria chatarra entregaron al finalizar su Gobierno edil en buen estado, operativo, y funcionando - mentira más grande - y hacen aparecer un DOCUMENTO PASADO DE UN OFICIO REMITIDO AL NUEVO ALCALDE DE SANTA MARÍA, pero esto es un hecho ANTERIOR al juicio oral, que debieron ofrecerlo oportunamente y no lo hicieron; de otro lado esa misma prueba recién en pleno juicio lo ofrecieron Y NO PRESENTARON EL ORIGINAL O COPIA AUTENTICADA para su ACTUACIÓN e INCORPORACIÓN, motivo por el cual el Juez lo rechazó, pero luego al ser apelado, el señor juez ha introducido una actuación peligrosa de conceder apelación en decisiones contenidas en resoluciones INAPELABLES QUE NO TIENEN NADA QUE VER CON EL DERECHO A LA INSTANCIA PLURAL, en todo caso todo sería apelable bajo ese sustento, lo que es absurdo; por consiguiente el COLEGIADO debe declarar LA NULIDAD DEL CONCESORIO.

PORTANTO:

Sr. Juez sírvase conceder la alzada a la Sala Penal; y realizando una nueva valoración y argumentación adecuada, se CONDENE al acusado a la pena ya aplicada. Será Justicia.

Huacho, 15 de enero del 2007


OTTO SANTIAGO VERAPINTO MARQUEZ
FISCAL PROVINCIAL (T)
MINISTERIO FISCALIA PROVINCIAL PENAL
CORPORATIVA DE HUAURA

24
Veracruz
Zuk

EXPEDIENTE : 2006-01469-0-1308-JR-PE-1
DELITO : PECULADO
AGRAVIADO : CONCEJO DISTRITAL DE SANTA MARIA
ESTADO
IMPUTADO : DIAZ MAURICIO HUGO ULISES
IRURETA GARCIA VICTOR RAUL

Resolución Nro. 17
Huacho, seis de marzo del
Año dos mil siete.-

DADO CUENTA: Estando al recurso de apelación interpuesto por Otto Santiago Verapinto Marquez, Fiscal provincial Titular de la Primera Fiscalía Penal Corporativa de Huaura, y,

CONSIDERANDO: -----

PRIMERO: El recurrente, formula apelación contra la sentencia en su extremo absolutorio a favor de los acusados, su fecha veintinueve de enero del año dos mil seis, en los términos que en ella se exponen;-----

SEGUNDO: El plazo para interponer recurso de apelación contra la sentencia es cinco día, a tenor de lo dispuesto en el artículo 414.a del Código Procesal Penal;-----

TERCERO: El recurso de apelación interpuesto por el recurrente, deviene en extemporáneo al haberse interpuesto el mismo fuera del plazo establecido en la ley; -----

Por lo expuesto, se declara **IMPROCEDENTE** el recurso de apelación que antecede, por extemporáneo. Notificándose.

Dr. MIGUEL EDUARDO ALZAMORA ZEVALLOS
Juez del Juzgado Penal Unipersonal de Huaura
Corte Superior de Justicia de Huaura
PODER JUDICIAL

VALERIA Cárdenas ARIZTIZABAL
Asistente Jurisdiccional de Apoyo a Causas Jurisdiccionales
Sede de Huaura
Corte Superior de Justicia de Huaura
PODER JUDICIAL

Handwritten notes:
Yus.
25
Veinticinco

CUADERNO DE QUEJA : 2007-00046-0-1308-SP-PE-1
DELITO : PECULADO
ESPECIALISTA : ARANCIAGA CARRILLO TONY DAVID
ACUSADO : JUZGADO UNIPERSONAL DE HUAURA
AGRAVIADO : ESTADO
IMPUTADO : DIAZ MAURICIO HUGO
IRURETA GARCIA VICTOR RAUL

Resolución Nro. 01
Huacho, marzo veinte
Del año dos mil siete.-

VISTOS; El presente recurso de queja de derecho interpuesto en esta instancia por el Fiscal Provincial, interviniendo como Vocal Ponente el Señor Víctor Raúl Reyes Alvarado; y, **CONSIDERANDO:**-----

PRIMERO.- Que de los antecedentes se aprecia que el Juez del Juzgado Unipersonal de Huaura y Oyon, con fecha 06 de Marzo del año 2007, declaró improcedente por extemporaneo el recurso de apelación interpuesto por el Fiscal Provincial en el extremo de la sentencia absolutoria; así como en cuanto al quantum de la pena impuesta.-----

SEGUNDO.- El Fiscal Provincial recurrente ante esta instancia, interpone recurso de queja, que conforme al artículo 437.1 del Código Procesal Penal, procede contra la resolución del Juez que declara inadmisibile el recurso de apelación, y aunque la apelación fue declarado improcedente y no inadmisibile, sin embargo al resolver el Juez de una u otra forma, lo que hace es desestimar o denegar dicho medio impugnatorio, habiendo otorgado el código la facultad a la instancia superior, para revisar si la denegatoria al recurso de apelación, que realiza el Juez es equivocada como lo señala el recurrente.-----

TERCERO.- En el presente caso el Fiscal Provincial señala que apelo la sentencia en la misma fecha que se dio lectura a la sentencia, donde el Juez ha incumplido con hacer entrega copia de la sentencia, que según dice no le ha sido notificado en ningún momento, lo que no explica el Fiscal como es que entonces pudo adjuntar a su recurso de queja copia de la sentencia sino se le notifico en ningún momento.-----

CUARTO: Revisado el cuaderno principal que se encuentra en esta Sala por apelación de otra parte, que se tiene a la vista, se aprecia que según el índice de registro de continuación de juicio oral que mas exactamente debería llamarse registro de "lectura de sentencia", realizado con fecha 29 de Enero del año 2007, se aprecia que el Juez ha incumplido con lo dispuesto en el artículo 396.3 del NCPP, que establece expresamente que una vez leída la sentencia, las partes inmediatamente recibirán copia de ella, lo que no ha ocurrido en el presente caso, no existe cargo de notificación en el que conste la

"A" "V" /
Vemtsel

fecha en que el Fiscal recibió copia de la sentencia, para que pueda formalizar la apelación que había interpuesto oralmente en la fecha de la lectura de sentencia, no pudiendo computarse entonces el plazo estipulado para dicho fin en el artículo 405.2 del código acotado, por tanto se debe amparar el recurso interpuesto por el Fiscal.-----

Por dichos fundamentos, y a lo establecido en el artículo 438 del Código Procesal Penal, la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura **RESUELVE:**

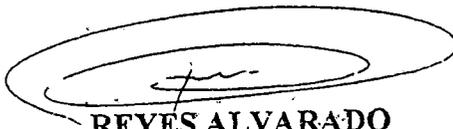
01.- DECLARANDO FUNDADO el recurso de queja interpuesto por el Fiscal Provincial, por denegatoria de apelación a la sentencia emitido por el Juez Unipersonal de Huaura de fecha 29 de Enero del año 2007, en el extremo que absuelve a Hugo Ulises Díaz Mauricio y Víctor Raúl Irureta García del delito de Malversación de fondos, y en cuanto al quantum de la pena impuesto a dichos encausados por el delito de peculado, en consecuencia **SE CONCEDE** el citado recurso de apelación, careciendo de objeto ordenar al Juez de la causa envíe el cuaderno, por cuanto este se encuentra en esta Sala por haber sido también apelado la sentencia por otra de las partes, debiendo tramitarse la apelación del Fiscal Provincial conjuntamente con la apelación realizado por las otras partes en el cuaderno principal que tiene el Nro. 1469-2006 (secuencial de Sala 109-2007) Asistente Judicial: Onasis Bedia Alvarez.

02.- Se ORDENA archivar el presente cuadernillo, agregándose copia certificada de la presente resolución en el cuaderno principal.

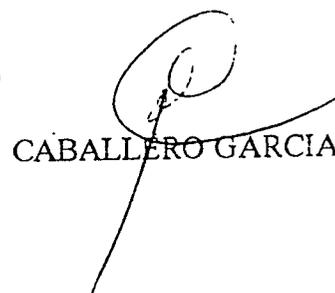
03.- Notifíquese el contenido de la presente resolución a las partes procesales



VASQUEZ SILVA



REYES ALVARADO



CABALLERO GARCIA

EXPEDIENTE : 2006-01469-0-1308-JR-PE-1
DELITO : APROPIACION ILICITA
PECULADO
ESPECIALISTA : BEDIA ALVAREZ ONASIS
AGRAVIADO : CONCEJO DISTRITAL DE SANTA MARIA
ESTADO
IMPUTADO : DIAZ MAURICIO HUGO ULISES
IRURETA GARCIA VICTOR RAUL

Handwritten notes:
CITE
y
27
Vemkwek

Resolución Nro. 18
Huacho, veintidós de marzo
Del año dos mil siete.-

DADO CUENTA: Por recibido la presente causa que viene en apelación de sentencia interpuesta por los imputados Víctor Raúl Irureta García y Hugo Ulises Díaz Mauricio en el extremo de la condena y apelado también por el Fiscal Provincial en el extremo absolutorio de la sentencia; y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 421 del Código Procesal Penal y del artículo 10 numerales 2, 3 y 4, del Capítulo I denominado de las Actuaciones en la Etapa Impugnatoria del Reglamento de Expedientes Judiciales aprobado mediante Resolución número 096-2006-CE-PJ, de fecha veintiocho de junio del dos mil seis, emitido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial; se dispone: **FORMAR** el Cuaderno de Impugnación de Apelación de Sentencia, conforme a lo antes señalado en la presente resolución **DISPONIENDO** que el Cuaderno para el Debate se forme oportunamente cuando corresponda; y **Córrase TRASLADO** a los demás sujetos procesales por el plazo de **CINCO DÍAS** para que procedan conforme al artículo 421.1 del NCPP, acompañese con copia de los recursos interpuestos contra la sentencia de primera instancia; **NOTIFICÁNDOSE.-**

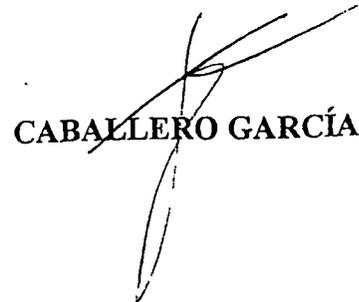
S.S.



VASQUEZ SILVA



REYES ALVARADO



CABALLERO GARCÍA

ONASIS BEDIA ALVAREZ
Asistente Jurisdiccional de Apoyo a Casdas Jurisdiccionales
Sede de Huaura
Corte Superior de Justicia de Huaura
PODER JUDICIAL

Y
Cabo de
13
Free

PODER JUDICIAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
CENTRO DE INVESTIGACIONES Y FISCALIA
05 FEB. 2007
RECEBIDO

Exp. No 1469-2006
Sumilla: Interpone y fundamenta
Apelación contra sentencia.

SEÑOR JUEZ PENAL UNIPERSONAL

Hugo Ulises Díaz Mauricio en la instrucción que se me sigue, por delito de Peculado y otro, en agravio del Estado y otro. a Ud., digo:

PETITORIO.-Que, recurro a su despacho, con la finalidad de INTERPONER RECURSO DE APELACIÓN, contra la sentencia expedida y leída en Audiencia Pública, en la fecha 29 de Enero del año en curso, notificada el 10 de febrero de este mismo año, en la cual se me condena a pena privativa de libertad, se me Inhabilita, y ordena el pago de una Reparación Civil, por no encontrarla arreglada a ley, en cuanto no se ha realizado una debida apreciación de los hechos, dando lugar a un incorrecto razonamiento, que ha dado lugar a un pronunciamiento errado, al haberse llegado a determinar mi responsabilidad en los hechos investigados, solicitando desde ya la NULIDAD DEL JUICIO ORAL O REVOCATORIA DE LA SENTENCIA, y se me ABSUELVÁ de toda responsabilidad, a mérito de los siguientes fundamentos:

PRIMERO.-Considero, que a pesar de HABERSE LLEVADO A CABO UN NUEVO JUICIO ORAL, DEBE DECLARARSE SU NULIDAD, por cuanto, DE UNA PARTE, teniéndose en cuenta el contenido de la Resolución, que ordena la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, que anula sentencia que se apelara, en forma textual se ordena: "MANDARON, SE REALICE NUEVO JUICIO ORAL POR OTRA SALA PENAL SUPERIOR..." lo cual, aparece, no haberse dado cumplimiento, de tal mandato superior, contraviniéndose de esta forma, en el presente caso, el Principio Constitucional del DEBIDO PROCESO PENAL; y, de OTRA PARTE, que conforme a lo normado en el nuevo C:P.P., que este proceso, en el estado que se encontraba, con sentencia ya dictada, con medio impugnatorio interpuesto, y plazos precluidos, que ya no ha podido adecuarse su trámite, al indicado Código Procesal Penal; de tal manera que, ha debido de aplicarse en forma correcta, normas de orden público, es decir del Código de Procedimientos Penales, en la parte DEL JUICIO (Audiencias), en estricta aplicación de la parte de VIGENCIA E INTERPRETACION DE LA LEY PROCESAL PENAL del C.P.P.;

Cuba
18
Quince

acordó en sesión de Concejo, la reparación de las maquinarias, así como también el destinarse dinero, para volverlas operativas, se cumplió con tal fin, es decir, hasta que quedaron operativas dos de las unidades, y que precisamente fue durante mi gestión, prueba de ello, es que al terminar mi periodo en el año 2002, que en el mes de diciembre del 2002, se oficiò al nuevo Alcalde electo, a efecto que recepcionara las maquinarias operativas (31 de diciembre, del 2002), pero que se efectivizo, mediante un ACTA de ENTREGA - RECEPCION, del 11 de febrero del 2003; así aparece en autos, PERO QUE NO SE HA APRECIADO, VERIFICADO, NI REFERENCIADO, TAL PRUEBA DE DESCARGO OBJETIVA QUE EXISTE, por lo que siendo así, no he podido en lo más mínimo, de haber aceptado mi responsabilidad.

QUINTO.-Que, también resulta ser cuestionable al extremo, la conclusión del punto h) de la misma parte de la sentencia analizada, al concluirse, que no he probado, que las maquinarias fueran reparadas y repotenciadas, nada más contradictorio a la verdad de los hechos, porque analizando inclusive el informe de las pericias mecánicas, y Acta de Entrega mencionado en el punto anterior, en un primer momento las maquinarias estaban en reparación (pericia de fecha 21-11-01), y luego, ya estuvieron operativas (pericia del 26-02-04), lo que se corrobora aún más, con el Acta Entrega, ya mencionada, por tal razón resulta ser refutable, la conclusión, a que se ha hecho referencia.

SEXTO.-Que, por los fundamentos que sustentó en los puntos CUARTO y QUINTO, también resultan ser objetado el punto OCHO de la sentencia apelada.

SETIMO.-Que a todas luces, RESULTA TAMBIEN SER CUESTIONABLE EL PUNTO 9 DE LA SENTENCIA APELADA, por cuanto del desarrollo DEL NUEVO JUICIO ORAL, aparte de considerar que es nulo su desarrollo, no se ha cumplido con lo sustancial ordenado por la Sala Penal Suprema al haber anulado la sentencia, es decir de haberse realizado un verdadero DEBATE PERICIAL, con la intervención directa de los peritos intervinientes en las pericias, que se ordena llevarse a cabo, y que aparece en la resolución expedida, porque de lo realizado, se trata de meras ampliaciones de preguntas a los peritos asistentes, no habiendo concurrido uno de ellos, por lo que habiéndose llevado a cabo en la forma mencionada, que no puede arribarse a la conclusión de que las maquinarias materia del proceso, no se encontraban operativas, de tal manera que, no resulta ser cierto, conforme se determina, que el perito MARTIN GONZALES BUSTAMANTE, que en su peritaje haya concluido, que respecto al camión "Hino", se encontraba

Handwritten signature and date:
24/11/01
Diaz

completamente desmantelado, y que no podía ser operativo para trabajar, porque el perito ha omitido dejar establecido, que desde que fue utilizado tal unidad, a la fecha que se realizó el peritaje, por el uso de la maquinaria, era lógico, que inclusive por su mal mantenimiento, que ha podido darse el caso que pudo haber presentado las características, que se constataron, al momento de realizarse la pericia, que fue un año después de materializarse la entrega material de las unidades reparadas y operativas, ante lo cual, no se hizo ninguna observación al momento, ni después de la recepción.; que asimismo, respecto al camión volquete "Nissan", no es cierto, que haya estado abandonado, apareciendo en el estado que se encontraba, porque había sido reparado en parte, y no se obtenían algunos repuestos, para su reparación total; y, con relación a la motoniveladora, que se afirma, que no funcionaba, y que no podía ser utilizada, tampoco resultaba ser así, por cuanto está verificado, que contaba con sus equipos completos, y estaba operativa, siendo cuestionable también, la apreciación; en el sentido que era aparente haberse pagado la suma de S/108,000 nuevos soles, de lo que se estimaba, que debería ser los gastos reales la suma de S/67,000 nuevos soles, porque tal estimación es meramente subjetivo, que no se haya invertido la primera cantidad, porque está probado, que fue así, con los documentos contables cancelados, tanto a "Mecánica Automotriz", y "Mecánica Tito", y porque así también se concluye en el punto DIEZ de la sentencia.; concluyendo, que resulta ser aceptable, lo relacionado a las pericias realizadas por los peritos Luis Martínez y Segundo Sánchez, porque por la fecha en que se realizó (noviembre del 2001), las maquinarias, se encontraban en reparación, desde que fueron recepcionados (agosto de 1999), para su reparación y repotenciación, que concluyeron a fines del Año 2002; dentro del plazo que aparece de los convenios; concluyendo en este punto cuestionado, que no puedo responder por las maquinarias, después de la fecha que fueron recepcionadas (febrero del 2003), completamente reparadas y operativas.

OCTAVO.- En el punto TRECE, dice "HA DISPUESTO DEL DINERO DE LA MUNICIPALIDAD, CON EL APARENTE PROPÓSITO DE REPARAR LA MAQUINARIA QUE LE FUE OTORGADA EN SESION DE USO POR LA COOPOP.....SIN EMBARGO ESTAS MAQUINARIAS NUNCA ESTUVIERON OPERATIVAS DURANTE LA GESTION DE HUGO ULISES DIAZ MAURICIO, ESTO ENTRE 1999 AL 2002.....SE COMPRUEBA QUE LA MAQUINARIA NUNCA ESTUVO OPERATIVA; RESALTANDOP QUE HASTA FINES DE SU GESTION NINGUNA HABIA LLEGADO A SANTA MARIA" ; lo que resulta ser

C. V. V. V.
y
Defensor

completamente FALSO, porque el dinero se destinó ÚNICA y EXCLUSIVAMENTE para REPOTENCIAR DE LAS MAQUINARIAS Y ESTUVIERON COMPLETAMENTE REPARADAS; la MOTONIVELADORA "MITSUBISHI Y EL CAMION HINO; ESTANDO HASTA LA FECHA OPERATIVAS AL SERVICIO DEL PUEBLO DE SANTA MARIA; reiterando que al 31 DE DICIEMBRE DE 2002; con OFICIO N° 098-2002/MDSM y el ACTA DE TRANSFERENCIA GESTION (1999-2002 a la del 2003 al 2006), en el que le SOLICITABA AL ALCALDE ENTRANTE, FIJE DIA Y HORA PARA HACERLE LA ENTREGA DE LAS MAQUINARIAS COMPLETAMENTE REPARADAS; hecho que se realizó el 11 DE FEBRERO DE 2003, mediante el ACTA DE ENTREGA-RECEPCION; documento que fue firmado por el entonces Tnte. Alcalde CARLOS LA ROSA MARCOS y mi coincepado VICTOR RAUL IRURETA GARCIA; Acta, que NO CUENTA CON NINGUNA OBSERVACION, RELACIONADA CON LA REPARACION; sin embargo, el CAMION NISSAN, estaba REPARADO EN PARTE, tal como también lo indican los Peritos Mecánicos; pero que por la FALTA DE REPUESTOS ofrecidas por COOPOP; porque para ser reparado debía COMPLEMENTARSE con la DONACION DE OTRO VOLQUETE NISSAN y DADO DE BAJA POR COOPOP; para así utilizar los REPUESTOS, tal como ocurrió con la DONACION DE OTRA MOTONIVELADORA QUE SUS REPUESTOS ORIGINALES, SE UTILIZARON PARA REPARAR LA MOTONIVELADORA DEL CONVENIO N° 008-99/COOPOP, tal como así consta en autos.

Igualmente, en el mismo numeral, se señala "QUEDA DESVIRTUADA LA ALEGACION DE AMBOS EN QUE INCLUSO LA DEMORA RESULTABA ATRIBUIBLE AL GOBIERNO CENTRAL, QUE NO LAS REPARÓ OPORTUNAMENTE"; afirmación totalmente FALSA; al respecto, NO ES UN SIMPLE ALEGATO que formulo; sino la VERDAD; ya que existe abundante documentación en autos; donde se COMPRUEBA las gestiones mediante sendos OFICIOS REITERATIVOS, dirigidos a los TRES (3) PRESIDENTES DE COOPOP (de los diferentes Gobiernos de Turno); porque desde los inicios de los Convenios, existían LOS COMPROMISOS DE ENTREGA DE ALGUNOS REPUESTOS; hecho que se corrobora y reitero, con la DONACION RECIEN EN EL AÑO 2002; DE OTRA MOTONIVELADORA MITSUBISHI DADA DE BAJA EN PIURA Y QUE SIRVIO DE REPUESTOS PARA LA REPARACION DE LA

10
2/10/07
Javier E. Barzola Farro

MOTIVELADORA DEL INDICADO CONVENIO; DEMUESTRO ASÍ QUE NO SE TRATABA DE DILATAR EL TIEMPO, SINO DE OBTENER LOS REPUESTOS ORIGINALES PARA LA MAQUINARIA EN REPARACION; tal como también lo indican los Peritos Mecánicos; demostrando también que se hacía un AHORRO A LA MUNICIPALIDAD.

FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

Artículo VII del T.P del C.P.

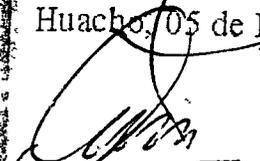
Artículo VII y VIII Punto 1º del T.P. del C.P.P.

Artículo 405 Puntos 1, 2 y 3, y Artículo 414 Punto 1 y 2 del C.P.P

POR TANTO:

Sírvase tener por interpuesta la APELACION y fundamentada la misma, respecto a la Sentencia expedida, disponiéndose el trámite que corresponde.

Huacho, 05 de Febrero de 2007.


Javier E. Barzola Farro
ABOGADO
Reg. CAL. 0388
C.A.H. 090

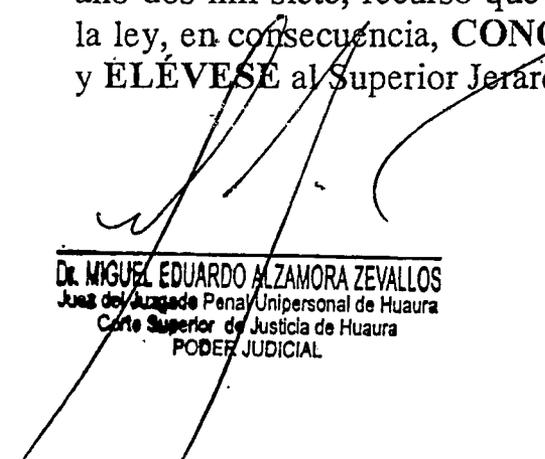


19
Diciembre
163
C. R. 2007-17
C. R.

EXPEDIENTE : 2006-01469-0-1308-JR-PE-1
DELITO : APROPIACION ILICITA
PECULADO
ESPECIALISTA : CARDENAS ARISTIZABAL, VALERIA
AGRAVIADO : CONCEJO DISTRITAL DE SANTA MARIA
ESTADO
IMPUTADO : DIAZ MAURICIO HUGO ULISES
IRURETA GARCIA VICTOR RAUL

Resolución Nro. 16
Huacho, seis de Marzo del
Año dos mil siete.-

DADO CUENTA, recién en la fecha: Estando al recurso de apelación interpuesto por Hugo Ulises Díaz Mauricio, contra la sentencia dictada en audiencia pública de fecha veintinueve de enero del año dos mil siete, recurso que se encuentra dentro del plazo establecido en la ley, en consecuencia, **CONCÉDASE** el recurso de apelación interpuesto y **ELÉVESE** al Superior Jerárquico con la debida nota de estilo.


Dr. MIGUEL EDUARDO ALZAMORA ZEVALLOS
Jefe del Juzgado Penal Unipersonal de Huaura
Corte Superior de Justicia de Huaura
PODER JUDICIAL


VALERIA CARDENAS ARIZTIZABAL
Asistente Jurisdiccional de Apoyo a Causas Jurisdiccionales
Sede de Huaura
Corte Superior de Justicia de Huaura
PODER JUDICIAL

Hugo Ulises

EXPEDIENTE: 109-2007

SEC. : O. Bedía

SUMILLA : Ofrecimiento de Medios Probatorios

COARTE
CENTRO DE JUSTICIA DE HUACHO
SEDE CENTRAL
DISTRIBUCION GENERAL
04 MAYO 2007
RECBIDO
HORA:

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL PERMANENTE:

HUGO ULISES DIAZ MAURICIO, en el proceso que se me sigue por delito de PECULADO y otros, en agravio del Consejo Distrital de Santa María y otro, a Ud. digo:

I. PETITORIO.

Conforme a la Ley Procesal Penal vigente por corresponder a mi derecho de Defensa, y conforme a la facultad de ofrecer medios probatorios, ofreció lo siguiente:

PRIMERO.- Las testimoniales de: HECTOR LUCAS MARZAL, ex Regidor del periodo 1999 – 2002 del Consejo Distrital de Santa María, cuyo testimonio es importante por haber verificado la entrega de cargo de recepción de las maquinarias materia del proceso; de REINALDA RAMÍREZ TREJO, también ex – regidora del periodo antes de señalado, quien era componente de la Comisión de gastos y a quien le consta sobre lo invertido en la reparación de las maquinarias; de ALEJANDRO OCROSPOMA CURI, quien desempeñándose como Contador le consta como los gastos de las maquinarias están contemplados en el Presupuesto del Municipio, de SEGUNDO RUMINA MONTALVO, quien como maquinista verificó la operatividad de las maquinarias que fueron entregadas; de LUIS MAURICIO RAMÍREZ, quien como chofer traslado las maquinarias operativas de Puente Piedra hasta la ciudad de Huacho, y de KARLA ROSA MARCOS, quien en su condición de Teniente Alcalde del periodo 2003 – 2006, le consta la entrega de las maquinarias operativas de la gestión del Alcalde Procesado HUGO DÍAZ MAURICIO a la nueva gestión edilicia.

Hago presente con respecto a las personas ofrecidas como testigos, no se ofreció su testimonial en primera instancia que apareciendo sus nombres en las diversas documentación actuadas y que obran en autos y que debió de ordenarse las testimoniales de cada uno de las mencionadas personas para un mejor esclarecimiento de los hechos, quienes residen en el Distrito de Santa María.

SEGUNDO.- El merito de los documentos originales que fueran presentados por mi parte en su debida oportunidad, en la Instancia Suprema, para que fueran merituados y determinen mi falta de responsabilidad en los delitos investigados, esto es referido a:

a) Recurso de fecha 8 de junio del 2006, que contiene el ACTA DE ENTREGA DE RECEPCIÓN de la Moto Niveladora "MITSUBISHI", y el camión "HINO";

b) Recurso de fecha 12 de junio del 2006, que contiene EL OFICIO DEL ALCALDE SALIENTE procesado HUGO DÍAZ MAURICIO, dirigido al Alcalde entrante CARLOS ESTUPIÑÁN DE MUTI, y que está referido a la reparación de las maquinarias y entrega de las mismas; así como también contiene el acta de transferencia de alcaldía de fecha 31 de diciembre del 2002 a la nueva autoridad edilicia, que contiene la documentación y el Convenio de las Maquinarias.

Hago presente que tales recursos con sus documentos fueron presentados en la Instancia Suprema y que no se les ha tenido a la vista para haberlos merituado conforme a ley, apareciendo la existencia de los mismos, de la parte denominado NOTA, y el Dictamen del Fiscal Supremo, agregando que indebidamente fueron denegados la regularización de los mismos solicitándose a la instancia suprema su remisión, pero que no se resolvió en tal sentido.

TERCERO.- La ampliación del debate judicial que fuera ordenado por la Sala Penal Suprema, porque la realizada que aparece en autos, solamente fue una ampliación de cada perito de la pericia que había realizado; mientras que la Instancia Suprema había ordenado se realizara teniéndose presente el documento de entrega de recepción de las maquinarias materia del proceso; considerando además

se
Tramite y de

que ante mandatos de la instancia suprema debe cumplirse a plenitud por la Instancia Superior, y de no haber sucedido en el debido caso debe subsanarse tal omisión con la diligencia que estoy solicitando.

CUARTO.- Se oficie al Consejo Distrital del Santa María, para que remita el acuerdo de Consejo de fecha 23 de enero de 1999, en donde se me autoriza como alcalde a efectuar gastos en la reparación de las maquinarias materia del proceso.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Art. 422, inc. 1 y 2 del Código Procesal Penal.

POR TANTO:

Sírvase resolver conforme a Ley.

Huacho, 04 de Mayo del 2007.



JAVIER E. BARZOLA FARRO
ABOGADO
C.A.L. N° 9894



34
2007/00

EXPEDIENTE : 2006-01469-0-1308-JR-PE-1
DELITO : APROPIACION ILICITA
PECULADO
ESPECIALISTA : BEDIA ALVAREZ ONASIS
AGRAVIADO : CONCEJO DISTRITAL DE SANTA MARIA
ESTADO
IMPUTADO : DIAZ MAURICIO HUGO ULISES
IRURETA GARCIA VICTOR RAUL

Resolución Nro. 01
Huacho, catorce de mayo
Del año dos mil siete.-

AUTOS: Estando al escrito presentado por el sentenciado Hugo Ulises Díaz Mauricio, mediante el cual ofrece como medios probatorios las testimoniales de: Héctor Lucas Marzal, Reinalda Ramírez Trejo, Alejandro Ocospoma Curi, Segundo Rumina Mentalvo, Luis Mauricio Ramírez, Karla Rosa Marcos y Hugo Díaz Mauricio, personas que como lo indica el propio imputado en el presente escrito sus nombres aparecen en diversas documentaciones y que debió ordenarse las testimoniales de éstos, dicho del cual emerge que el imputado pudo ofrecerlos como testigos en el estadio procesal de primera instancia conforme lo dispone el artículo 350 del Código Procesal Penal, ya que el nuevo modelo procesal establece que son las partes quienes deben ofrecer las pruebas que crean convenientes para el juicio; del mismo modo debe entenderse el pedido de la ampliación del debate judicial y el de oficiarse al Concejo Distrital de Santa María, para que remita el acuerdo de Consejo de fecha 23 de enero de 1999, quien también pudo ofrecerlos en la primera instancia, por tanto debe declararse la inadmisibilidad de dichos medios que contravienen lo dispuesto en el artículo 422.2.a) del cuerpo de leyes antes indicado. En cuanto al ofrecimiento de las siguientes pruebas documentarias: el Acta de Entrega de Recepción de la Moto Niveladora "Mitsubishi" y el Camión "Hino", el oficio del alcalde saliente Hugo Díaz Mauricio dirigido al alcalde entrante Carlos Estupiñán Demutti y el Acta de Transferencia de Alcaldía de fecha 31 de diciembre del 2002, se puede entender de lo indicando por el imputado y de la revisión de autos que efectivamente éste lo ha ofrecido en primera instancia antes de iniciarse el juicio oral e incluso en el transcurso del mismo, y que si bien estos medios probatorios fueron rechazados por el Juez, debe tenerse en cuenta que el sentenciado en todo momento ha insistido por la actuación de dichas

ONASIS BEDIA ALVAREZ
Asistente Jurisdiccional de Apoyo a Causas Jurisdiccionales
Sede de Huaura
Corte Superior de Justicia de Huaura
FODER JUDICIAL

1/2
Diciembre
57

procesados se tiene que Hugo Ulises Díaz Mauricio tiene relación funcional con los caudales de la Municipalidad; ya que se reflejan sin cuestionamientos en su condición de Alcalde, siendo por consiguiente su obligación la de defender y cautelar los derechos e intereses de la Municipalidad de acuerdo a la Ley Orgánica de Municipalidades, quien lejos de cumplir sus funciones con el aparente propósito de reparar la maquinaria que le fue otorgada en cesión de uso por la COOPOP como lo han referido los peritos durante la gestión del acusado, esto es entre los años 1999 al 2002, se verifica que el dinero extraído de las arcas Municipales conforme se evidencia de los comprobantes de fojas 309 al 313, no fue empleado con este propósito, sino que existió un apoderamiento indebido del mismo, valiéndose este acusado precisamente del poder de vigilancia y control que ejercía sobre los caudales del Municipio y en lo que atañe a Irureta García, precisa si bien ha negado ser servidor de la Municipalidad, pese a haber reconocido haber empleado dicha credencial de fojas quince en la que aparece como Asesor Técnico y Supervisor de Mantenimiento de la Municipalidad Distrital de Santa María, como coincidentemente figura en el acta de recepción de bienes de fojas 11, 68 al 69, sin embargo no tenía la condición de servidor Público, sin embargo no lo libera de responsabilidad en el delito de peculado, pues se verifica que su descripción admite en el tipo penal del 387 del Código Penal la participación de particulares (extraneus) los que tendrían la condición de cómplices y que los montos recaudados de la Municipalidad objeto de la apropiación le fueron entregados por el ex alcalde acusado con el aparente propósito de reparar las maquinarias, lo cual no aconteció, por lo que se ha determinado la responsabilidad de ambos acusados a la pena privativa de la libertad de tres años suspendida por el mismo plazo, inhabilitación y como reparación civil la suma de cuatro mil nuevos soles a favor de la Municipalidad Distrital de Santa María y El Estado.

TERCERO:

Fundamentos del Colegiado para confirmar la sentencia materia de alzada:

- 1.- Que, conforme lo señala La Constitución Política del Estado son principios y derechos fundamentales de la función jurisdiccional (art. 139.3), la pluralidad de la instancia (art. 139.6), la observancia del debido Proceso y la tutela jurisdiccional, así mismo el principio de no ser penado sin proceso judicial (art. 139.10).
- 2.- Que, así mismo el artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal precisa: "*Toda persona imputada de la comisión de un hecho punible es considerada inocente, y debe ser tratada como tal,*

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE HUAURA
SALA PENAL PERMANENTE

13
Trece
EJ
J. J. J.

mientras no se demuestre lo contrario y se haya declarado su responsabilidad mediante sentencia firme debidamente motivada, Para estos efectos se requiere de una suficiente actividad probatoria de cargo, obtenida y actuada con las debidas garantías procesales"; Por ello conforme lo prevé el artículo 1.3 del mismo Título Preliminar "toda persona tiene derecho a un juicio previo, oral y contradictorio".

3. Que, en este orden de ideas es preciso señalar antes de analizar el fondo del proceso, que el Nuevo Código Procesal Penal entro en vigencia en esta Corte Superior de Justicia de Huaura con fecha primero de Julio del año 2006, y el presente proceso se encontraba con sentencia recurrida ante la Corte Suprema, instancia que con fecha 26 de setiembre del año 2006 declarada nula la sentencia, a fin de que se efectuó un nuevo Juicio. Oral por otra Sala Superior; Que, cuando retorna el presente proceso fue **adecuado** a las normas del Nuevo Código Procesal Penal en mérito a la resolución número 01 de fecha 22 de Noviembre del año 2006, debiendo precisarse que si bien el Decreto Legislativo 958 denominado "Decreto Legislativo que regula el Proceso de Implementación y Transitoriedad del Nuevo Código Procesal Penal" en su artículo 17 señala que "los procesos que se encuentren con sentencia recurrida en los Juzgado penales, Sala Penal Superior y Sala Penal de la Corte Suprema, continuaran sustanciándose por sus mismos trámites procesales iniciales", no es menos cierto que al adecuarse este proceso la resolución de adecuación fue notificada a todos los sujetos procesales quienes no cuestionaron tal adecuación; Que el Nuevo Código Procesal Penal eminentemente garantista, oral y contradictorio, asegura a los justiciables un proceso revestido de todas las garantías donde cada sujeto procesal tiene su rol bien definido en igualdad de armas, así en el juicio oral de primera instancia, conforme se tiene incluso de lo visualizado, ambas partes tanto Ministerio Público y acusados han aportado las pruebas pertinentes para probar su teoría del caso, sin haber cuestionado en modo alguno el Juicio oral y recién cuando es condenado Hugo Ulises Díaz Mauricio al emitirse una resolución desfavorable, pide que se declare la nulidad o revocatoria de la sentencia, habiendo convalidado con su accionar el ser sometidos a las normas del Nuevo Modelo Procesal y conforme a lo dispuesto por el artículo 150.d) del C.P.P. no se ha inobservado el contenido esencial de los derechos y garantías previstos en la Constitución como para declarar la nulidad de un proceso, el mismo que se encuentra revestido de todas las garantías procesales, implícitos los principios de celeridad y económica procesal vinculados al debido proceso, por lo que mal podría declararse nulo el proceso, es más este proceso se inicio el 04 de Octubre del año 2001, asistiéndoles el derecho a la partes a una actuación adecuada y

olica
la y al
200...

A RUEDA
N FISCAL

temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales, cuidando el magistrado de que por el transcurso del tiempo sin emitir resolución definitiva el proceso de lugar a una posible prescripción de la acción penal.

4. Que, analizando el fondo del proceso se tiene que con fecha 16 de marzo del año 2001, fue interpuesta una denuncia contra el procesado Hugo Ulises Díaz Mauricio en su condición de Alcalde del Municipio Distrital de Santa María, así como también contra Víctor Raúl Irureta García, por lo que de la investigación efectuada se colige que con fecha 23 de junio del año 1999 el procesado Hugo Díaz Mauricio suscribe con la Oficina Nacional de Cooperación Popular el Convenio N° 008-99-GG/COOPOP, mediante la cual esta última da en CESIÓN DE USO a la Municipalidad de Santa María: a) Una motoniveladora marca Mitsubishi modelo MG400 serie 46000389 totalmente inoperativa, b) Un camión baranda IZUZU con serie N° TXD55 - 1693550 y registro N° 540 inoperativa, (véase fojas 11) convenio en el cual la Municipalidad se obliga a recibir los bienes cedidos durante la vigencia del Convenio y en el lugar en que se encuentren y cuyo estado inoperativo declara conocer, es responsable de su reparación, custodia, conservación y administración, habiendo sido entregado los bienes en Cesión de uso a Hugo Díaz Mauricio y Víctor Irureta García, el primero en su calidad de Alcalde y el segundo en su calidad de Asesor Técnico de la Dirección de Equipo Mecánico de la Municipalidad de Santa María, entregados en la misma fecha del convenio (véase fojas 11); posteriormente celebran el convenio N° 012-99-GG/COOPOP de fecha 02 de Agosto del año 1999, en el cual reciben: a) Un camión Volquete Nissan Diessel Inoperativo con N° de serie 17511 con N° motor NDG 9355, ubicado en los almacenes de COOPOP de la ciudad de Huancavelica, obrando el Acta de entrega de dicho bien (véase fojas 68) recepcionado con fecha 04 de Agosto del año mil 1999 por Hugo Ulises Díaz Mauricio y Víctor Irureta García éste último como Jefe de Mantenimiento de la Municipalidad de Santa María; Que conforme se tiene de autos se efectuaron una serie de pagos por concepto de reparación de las maquinarias (véase fojas 309 al 311 y 633 al 639), (véase fojas 128 al 129), recepcionados varios cheques por el procesado Irureta García por concepto de reparación por ser el representante de dichos talleres, así mismo corre a fojas dieciséis la certificación efectuada por la Policía de que los bienes dado en uso se encontraban inoperativos en el taller de propiedad de Rubén Laura García.

5. Que, estando a lo expuesto en el considerando precedente se tiene pues que el procesado Díaz Mauricio en su condición de Alcalde permitió la participación de su coprocesado Irureta García tanto en la entrega de bienes en cesión de uso, así mismo como lo ha referido también en este

15
Quenee
34

juicio de segunda instancia el procesado Irureta García tenía una credencial expedida por su coprocesado y alcalde Hugo Díaz Mauricio (véase fojas 15) y si bien es en copia simple, esto es irrelevante ante lo expuesto por dicho procesado al ser interrogado en este juicio de segunda quien precisa que tenía dicha credencial en la cual se indicaba que era Asesor técnico y supervisor de mantenimiento de la Municipalidad, credencial de fecha 06 de Enero del año 1999, precisamente el mes en que asume el cargo de alcalde su coprocesado, quien no tenía la condición de trabajador de la Municipalidad agraviada, por ende el procesado Díaz Mauricio sabía perfectamente esta situación y permitió que su coprocesado participara en diversas gestiones como si se tratara de un trabajador de la Municipalidad, incluso fue este quien emitía los informes sobre el estado de los bienes asignados en uso, incluso viajo con el alcalde a Huancavelica a recepcionar los bienes dados en cesión de uso a la Municipalidad agraviada (véase fojas 68), sino que fue éste -conforme lo ha admitido- quien recibió los cheques por la reparación de dichas maquinarias, hecho de lo cual tenía pleno conocimiento su coprocesado, es decir no solo actuó como si fuera trabajador de la Municipalidad sin serlo, sino que, actuó a nombre de particulares para cobrar cheques cuyo cobro autorizo Díaz Mauricio; De otra parte los peritos que efectuaron las pericias (véase fojas 728 a 731 y 952 a 955) y que concurren al Juicio oral de primera instancia concluyen que a noviembre del año 2001 en que se efectuó las pericias las maquinarias se encontraban inoperativas, por lo que no fue necesario el debate pericial, es decir se había entregado fuertes suma de dinero para la reparación de dichas maquinarias habiendo transcurrido más de 2 años sin que se haya cumplido con ponerlas operativas como estaba acordado, que la instrumental de fojas 121 del Cuaderno de Impugnación de fecha 31 de diciembre del 2002 supuestamente enviado por el procesado al nuevo alcalde, en modo alguno puede determinar que efectivamente al termino de su gestión estuvieron operativas dichas maquinarias, pues conforme se desprende de dicho documento continuaban en el taller donde se las dejo originariamente, no habiendo sido utilizadas por el procesado para obras públicas, existiendo pues entre ambos procesados un acuerdo de voluntades para perjudicar a la agraviada, configurándose de esta manera el delito de Peculado, conducta que crea un des balance patrimonial para la agraviada, pues el monto asignado para reparar las maquinarias no se ve reflejada en ella misma, trasladándose el patrimonio de la Municipalidad para beneficio particular de los procesados, quienes ni siquiera han justificado como se utilizo el dinero entregado.

6.- Que, en cuanto al procesado Víctor Raúl Irureta García en los delitos de peculado, el tema de participación de particulares en este tipo de delitos

H
Vargas

como lo ha señalado Fidel Rojas Vargas se tiene que los particulares auxiliares o colaboran con los funcionarios o servidores públicos vinculados funcionalmente, responden a título de complicidad en el delito de peculado conforme se advierte de autos si bien no era funcionario ni servidor de la entidad agraviada a participado en los hechos materia de investigación en lo que en doctrina se denomina extraneus.

7. Que debe precisarse conforme lo dispone el artículo 425.2 del Código Procesal Penal que: *"La Sala penal superior no puede otorgar diferente valor probatorio a la prueba personal que fue objeto de intermediación por el Juez de primera instancia, salvo que su valor probatorio sea cuestionado por una prueba actuado en segunda instancia"*, lo cual no ha ocurrido.

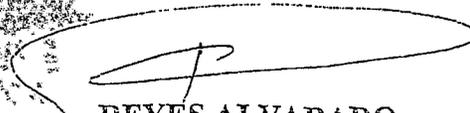
8. Que, para la imposición de la pena debe tenerse en cuenta el grado de participación de los procesados, así tenemos que el acusado Hugo Ulises Díaz Mauricio en su calidad de Alcalde de la entidad agraviada responde como autor del hecho delictuoso, así *"solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos) de los que se apropia o utiliza para sí o para otro"*² quien tenía la obligación de cautelar los intereses de la agraviada por lo que corresponde otorgarle una pena superior a la que se ha impuesto al imputado Víctor Raúl Irureta García en su calidad de cómplice.

Por dichos fundamentos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 425.3.b del Código Procesal Penal los integrantes de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Huaura, resuelven **EN MAYORIA: CONFIRMAR** la sentencia venida en grado, en el extremo que falla Condenando a **Hugo Ulises Díaz Mauricio y Víctor Raúl Irureta García** por el delito **Contra la Administración Pública** en su modalidad de **Peculado** en agravio de la **Municipalidad Distrital de Santa María y el Estado**; así mismo impone a Víctor Raúl Irureta García la pena de **TRES AÑOS SUSPENDIDA** por igual plazo con las reglas de conducta ahí establecidas; y **REVOCAR** la misma en cuanto impone a Hugo Ulises Díaz Mauricio tres años de pena privativa de la libertad, **REFORMANDOLA** le impusieron **CUATRO AÑOS DE PENA PRIVATIVA DE LA LIBERTAD CON EL CARÁCTER DE SUSPENDIDA** por el periodo de prueba de 3 años, confirmaron en lo

¹ Fidel Rojas Vargas, Delitos Contra la Administración Pública, editorial Grijley 2001 pag. 295
² Obra citada pag. 281.

demás que contiene.- **DISPUSIERON DEVOLVER** el expediente judicial al juzgado de origen para su anotación y remisión donde corresponda para la ejecución respectiva, consentida que se encuentre la presente resolución.- Vocal Ponente Mercedes Caballero García.-

S.S.


REYES ALVARADO


CABALLERO GARCÍA

VOTO DISCORDANTE DEL SEÑOR VOCAL LUIS ALBERTO VASQUEZ SILVA

Emito mi voto en discordia con lo resuelto por la Sala en mayoría, por los siguientes fundamentos:

PRIMERO: Que, constituye una garantía constitucional prevista en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución Política Nacional que *“ninguna persona pueda ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (...)”*, garantía constitucional que debe ser observada por los jueces a cargo de los procesos judiciales.-

SEGUNDO: Que, el legislador nacional cuando inició el proceso de implementación en este Distrito Judicial estableció determinadas y expresas normas de transición a efectos de regular el proceso de implementación de las causas penales en giro, toda vez que, el diseño legislativo en nuestra sede judicial ha sido de adecuación de los procesos penales en curso bajo la normatividad contenida en el Decreto Legislativo Nro. 958.-

TERCERO: Que, dentro de este contexto se tiene que, el artículo 17° del Decreto Legislativo Nro. 958 regula de manera expresa y clara respecto a que continúan sustanciándose por sus mismos trámites procesales iniciales -nos referimos a la normatividad del Código de Procedimientos Penales- los procesos penales que, se encuentren recurridos en los Juzgados Penales, Salas Penales Superiores y Salas Penales de La Corte Suprema al referir textualmente *“de igual manera se procederá en los procesos que se encuentran con sentencia recurrida en los Juzgados Penales, Salas Penales Superiores y Salas Penales Supremas”*.-

CUARTO: Que, en el presente caso se advierte que a fojas 21 del Cuaderno de Debates el Juez adecua indebidamente los presentes autos al

73
97

SALA PENAL PERMANENTE
CASACION N° 07-2007

HUAURA

-AUTO DE CALIFICACION DEL RECURSO DE CASACION-

Lima, catorce de septiembre de dos mil siete.-

AUTOS y VISTOS; interviniendo como ponente el señor San Martín Castro; el recurso de casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso, tutela jurisdiccional y juez legal interpuesto por los acusados HUGO ULISES DIAZ MAURICIO y VÍCTOR RAÚL IRURETA GARCÍA contra la sentencia de vista de fojas cincuenta y seis, del siete de junio de dos mil siete, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia de fojas ciento treinta y dos del cuaderno respectivo, del veintinueve de enero de dos mil siete, los condenó como autores del delito de peculado en agravio de la Municipalidad Distrital de Santa María y el Estado, e impuso a Hugo Ulises Díaz Mauricio cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, y a Víctor Raúl Irureta García tres años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente, así como inhabilitación por el plazo de tres años y el pago solidario de cuatro mil nuevos soles por concepto de reparación civil a favor del Estado y la Municipalidad Distrital de Santa María, a razón de dos mil nuevos soles a cada entidad, sin perjuicio de devolver la suma apropiada; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, conforme al estado de la causa y en aplicación a lo dispuesto en el apartado seis del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal, corresponde decidir si el recurso de casación está bien concedido -auto de fojas ochenta, del veintisiete de junio de dos mil siete- y si, en consecuencia, procede conocer del fondo del mismo; que se ha cumplido con el tramite de traslados respectivos; y se han apersonado a la instancia.

ambos recurrentes, sin que el Ministerio Público y la actora civil hayan acompañado sus alegatos escritos. **Segundo:** Que la inadmisibilidad del recurso de casación se rige por lo normado en el artículo cuatrocientos veintiocho y sus normas concordantes del citado Código, cuyos requisitos deben cumplirse acabadamente para que se declare bien concedido; que se ha recurrido una sentencia de vista, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia de primera instancia, condenó a los recurrentes como autores del delito de peculado. **Tercero:** Que, sin embargo, desde el presupuesto procesal objetivo del recurso de casación, se tiene que el apartado dos, literal b), del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal, dispone que las sentencias son recurribles en casación siempre que el delito más grave, en su extremo mínimo, tenga señalado en la Ley una pena privativa de libertad mayor de seis años; que el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, modificado por la Ley número veintiséis mil ciento noventa y ocho, establece para el peculado doloso pena privativa de libertad no menor de dos años ni mayor de ocho años, que, por consiguiente, como el extremo mínimo de dicho tipo legal no supera los seis años de pena privativa de libertad, dicha sentencia no es susceptible de recurso de casación, situación que impide apreciar los demás presupuestos de admisibilidad [cabe significar que si bien lo que se invoca es una presunta vulneración de preceptos constitucionales y se cita el supuesto de casación por infracción de norma procesal, que presupone normas de rango ordinario, se trata de un error obviamente superable en virtud de la doctrina, ya asumida por esta Sala de Casación, de la voluntad impugnativa]. **Cuarto:** Que si bien el apartado cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Nuevo Código Procesal Penal permite que, excepcionalmente, pueda aceptarse el recurso de

77
Impugnante
95
10/11

SALA PENAL PERMANENTE

CASACION N° 07-2007

HUAURA

casación fuera de las resoluciones que enumeran los apartados anteriores del citado artículo, ello está sujeto a que se estime imprescindible para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial, y que el recurrente consigne adicional y puntualmente las razones que justifican el desarrollo de la doctrina jurisprudencial que pretende, con arreglo al apartado tres del artículo cuatrocientos treinta del Nuevo Código Procesal Penal; que, en el presente caso, los impugnantes no han explicado acabadamente porqué estiman que el artículo diecisiete del Decreto Legislativo número novecientos cincuenta y ocho vulnera garantías constitucionales y por tanto que se debió inaplicar para proceder de ese modo con arreglo al antiguo Código de Procedimientos Penales, hecho por lo demás inaceptable en tanto se desconoce abiertamente los principios y reglas derivadas que informan las normas de transición o derecho procesal intertemporal, en cuya aplicación es plenamente lícito -sin perjuicio de otras opciones legislativas, como la que fue asumida por el legislador nacional al modificar el modelo de transición penal- disponer la adaptación a un nuevo sistema procesal determinadas etapas procesales, lo que en modo alguno vulnera los derechos a la tutela, defensa procesal y debido proceso; es -en virtud de la adecuación al nuevo sistema- ha merecido plenitud, se ha realizado íntegramente el juicio oral en el que se abrió una segunda instancia con arreglo al nuevo carácter amplio y con posibilidades más variadas para las partes. **Quinto:** Que si bien las costas serán a cargo del recurrente, quien interpuso un recurso sin éxito, no se advierte que exista dolo o mala fe, por lo que es de aplicación el apartado general a), del artículo quinientos uno del Nuevo Código Procesal Penal. Por estos fundamentos: **I. Declararon INADMISIBLE** el recurso de

84
noventa y
seis
28
JCS

SALA PENAL PERMANENTE
CASACION N° 07-2007
HUAURA

casación por inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal: debido proceso, tutela jurisdiccional y juez legal interpuesto por los acusados Hugo Ulises Díaz Mauricio y Víctor Raúl Irureta García contra la sentencia de vista de fojas cincuenta y seis, del siete de junio de dos mil siete. II. **EXONERARON** en el pago de las costas de la tramitación del recurso de casación a los acusados Hugo Ulises Díaz Mauricio y Víctor Raúl Irureta García. III. **DISPUSIERON** se devuelva los actuados al Tribunal de origen; hágase saber.-

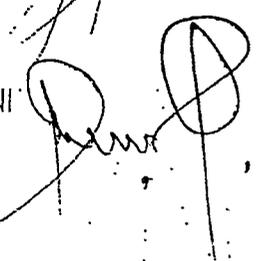
SS.

SALAS GAMBOA 

SAN MARTÍN CASTRO 

PRADO SALDARRIAGA 

PRÍNCIPE TRUJILLO 

URBINA GANVINI 

CSM / JSA

SE PUBLICO CONFORME A LEY


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