

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1500-2017/HUANCAVELICA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Delito de peculado. Intervención delictiva

Sumilla. 1. El delito de peculado por apropiación requiere: (i) que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público –no cabe duda de tal condición en el presente caso respecto de gerentes municipales en actividad–; (ii) que la conducta del agente público importe una apropiación –disponga de los bienes públicos como si fueran parte de su patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la Administración Pública–; y, (iii) que el agente público tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional –que es lo que se denomina disponibilidad o custodia jurídica–, a título de percepción, administración o custodia. 2. El delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber). Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. 3. A los efectos del juicio de imputación se necesita comprobar (i) que el agente público competente cumplió o no con su deber positivo, y (ii) que, además, materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. 4. Lo que determina el objeto penal del proceso penal es esencialmente el hecho punible cometido por un sujeto determinado: el imputado (identidad objetiva: hecho punible y homogeneidad de bien jurídica, así como identidad subjetiva: la persona del imputado). Además, entre título acusatorio y título condenatorio solo ha de existir, no una coincidencia absoluta, sino solo la identidad u homogeneidad del bien jurídico tutelado entre los tipos delictivos enunciados en la acusación y los precisados en la sentencia –el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista jurídicos posible–. 5. No porque la Fiscalía califique el título de intervención delictiva de una determinada manera, el órgano jurisdiccional obtendrá las consecuencias jurídicas necesarias sin realizar su propia evaluación jurídica, tanto más si el título de intervención delictiva, incluso el título acusatorio (delito acusado), es un elemento no esencial del objeto procesal.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, quince de mayo de dos mil diecinueve

VISTOS; el recurso de casación por infracción de precepto material interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUANCAVELICA contra el auto de vista de fojas seiscientos ochenta y tres, de veintinueve de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos ochenta y uno, de cinco de enero de dos mil diecisiete, sobreseyó la causa a favor del encausado Alvar Capcha Ortiz respecto de la acusación fiscal formulada en su contra como cómplice primario por delito de peculado doloso por apropiación agravado (artículo 387, segundo



párrafo, del Código Penal, según la Ley número 29758, de veintiuno de julio de dos mil once) en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Angaraes; con lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Huancavelica, culminada la etapa de investigación preparatoria, a fojas una formuló acusación contra Alvar Capcha Ortiz, entre otros (Milton Monges Donaires, Edverina Ana Suárez Loardo, Wilfredo Gutiérrez Altez y Paul Armando Laime Ancalle, todos funcionarios municipales), por la comisión del delito de peculado doloso por apropiación agravado en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Angaraes.

∞ Los hechos atribuidos son los siguientes: Alvar Capcha Ortiz, en su condición de gerente municipal de la Municipalidad Provincial de Angaraes, departamento de Huancavelica, en dos mil doce prestó auxilio al licenciado Milton Monge Donaires, gerente de servicios y administración tributaria de la referida municipalidad, a fin que se apropie de diez mil soles de los caudales de entidad edil. En ese sentido, realizó los siguientes actos:

1. Emitió la Resolución Gerencial número ciento ochenta y tres guion dos mil doce guion ACO guion GM oblicua MPAL, de cinco de setiembre de dos mil doce, por la cual aprobó el plan de trabajo del licenciado Milton Monges Donaires “Mantenimiento General de Parques, Jardines, Parque de la Identidad, Estadio Alberto Vargas, Losas y Complejos Deportivos de Lircay, Mercado Qatum Tambo Anqara”, por un monto de doscientos mil soles, pese a que el monto máximo a ser otorgado en cada encargo no debía exceder de diez unidades impositivas tributarias, de acuerdo a la Resolución Directoral número treinta y seis guion dos mil diez guion EF oblicua setenta y siete punto quince y la Directiva de Tesorería número cero cero uno guion dos mil siete guion EF oblicua setenta y siete punto quince.
2. Asimismo, mediante Memorándum número setecientos siete guion dos mil doce guion GM guion MPAL oblicua ACO, de cinco de setiembre de dos mil doce, el imputado Alvar Capcha Ortiz, pese a la prohibición normativa antes mencionada, ordenó al contador público colegiado Wilfredo Gutiérrez Altez, jefe de tesorería de la municipalidad, habilitar fondos a nombre del licenciado Milton Monge Donaires por la suma de cien mil soles. De esta manera, a través del comprobante de pago número cuatro mil cincuenta y seis, de diez de setiembre de dos mil doce, con el visto bueno del imputado Capcha Ortiz, se habilitaron fondos por encargo a nombre de Milton Monge Donaires y se giró el cheque número sesenta y ocho dieciocho ochenta y cuatro cero uno.

3. Con tal proceder, el encausado Capcha Ortiz infringió sus deberes establecidos en el Reglamento de Organización y Funciones, concretamente en el artículo 41, numerales 1, 5 y 6.

SEGUNDO. Que, por estos hechos, pese a la acusación fiscal, en la fase intermedia el encausado Capcha Ortiz fue sobreseído mediante auto de fojas doscientos ochenta y uno, de cinco de enero de dos mil diecisiete.

∞ El referido auto de primera instancia señaló que el imputado Capcha Ortiz no tuvo participación en la ejecución del delito, es decir, en la apropiación o utilización del dinero que cobró el coimputado Monge Donaires. Asimismo, los actos realizados por el encausado recurrido Capcha Ortiz constituirían actos propios de su función genérica como gerente municipal, por lo que, consecuentemente, tenía que habilitar fondos. Su participación no se encuadra dentro de los alcances de la complicidad primaria.

∞ Contra este auto interpuso recurso de apelación la Fiscalía [fojas trescientos cuarenta, del veintisiete de enero de dos mil diecisiete, concedido por auto de fojas trescientos setenta y siete, de seis de febrero de ese año].

TERCERO. Que, en segunda instancia, se confirmó el auto de primera instancia. El sustento de la resolución fue el siguiente:

- A. En los delitos de peculado solo existe autor único, no hay complicidad.
- B. Habría otro tipo de responsabilidad ajena al delito de peculado.
- C. El imputado Capcha Ortiz no tenía las condiciones de custodia, administración por un cargo en forma específica, detallada en el ROF y MOF; solo aprobó el Plan de Trabajo "Mantenimiento General de Parques, Jardines, Parque de la Identidad, Estadio Alberto Vargas, Losa y Complejos Deportivos de Liray, Mercado Qatum Tambo Anqara".
- D. Así no hubiese aprobado el Plan de Trabajo, el delito se habría cometido igual por terceros.

CUARTO. Que el señor Fiscal Superior en su recurso de casación de fojas setecientos dieciséis, de veintiséis de setiembre de dos mil diecisiete, invocó como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del Código Procesal Penal).

Argumentó, en lo específico, que se sobreseyó la causa porque en los delitos contra la Administración Pública no es posible el título de intervención delictiva de complicidad, pese a que ya la doctrina jurisprudencial decidió en sentido positivo (sentencia casatoria número doce – dos mil dieciséis/Lima); que no existe la debida motivación.



QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal Supremo, por Ejecutoria de fojas doscientos veinte, veintiocho de setiembre de dos mil dieciocho, del cuadernillo formado en esta sede, declaró bien concedido el citado recurso, por la causal de infracción de precepto material (artículo 429, numeral 3, del Código Procesal Penal). Se cuestiona un aspecto referido a la correcta interpretación de las instituciones de la complicidad y del delito de peculado en cuanto a delito de infracción de deber, al punto que el Tribunal Superior optó porque en este tipo de delitos no cabe la imputación por complicidad. Es un caso típico sujeto al análisis desde el motivo casacional de infracción de precepto material. Como es obvio, no es un tema de motivación defectuosa ni de vulneración del debido proceso, sino de determinación de los alcances de preceptos del Código Penal.

SEXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día ocho de mayo del presente año, ésta se realizó con la concurrencia del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Alcides Mario Chinchay Castillo, parte recurrente, y de la defensa del encausado Capcha Ortiz, doctor Genaro Vélez Castro, parte recurrida, conforme al acta precedente.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan y darle lectura en la audiencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que, como se estableció en la Ejecutoria Suprema número 2124-2018/Lima, de veintinueve de abril de dos mil diecinueve, el delito de peculado doloso por apropiación, según el artículo 387, primer párrafo, del Código Penal, según la Ley número 29758, de veintiuno de julio de dos mil once, se comete por *“El funcionario o servidor público que se apropia [...], en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo...”*.

∞ Este delito requiere: (i) que el sujeto activo sea un funcionario o servidor público –no cabe duda de tal condición en el presente caso respecto de gerentes municipales en actividad–; (ii) que la conducta del agente público importe una apropiación –disponga de los bienes públicos como si fueran parte de su patrimonio o, mejor dicho, aparte los bienes públicos del ámbito de custodia de la Administración Pública; y, (iii) que el agente público tenga la disponibilidad del bien dentro de la órbita funcional –que es lo que se denomina disponibilidad



o custodia jurídica-, a título de percepción, administración o custodia. Debe respetarse el nexo funcional que ha de mediar entre el sujeto activo y el bien público, de suerte que varios funcionarios o servidores públicos pueden tener disponibilidad jurídica de los mismos, siempre que hubieren tenido el deber de actuar en algún eslabón del acto complejo y que hubiesen sustituido por su conducta los postulados del reglamento que contemplan tal deber.

∞ El delito de peculado es uno de infracción de deber (más específicamente, un delito especial de deber). Se construye sobre la base de deberes que se imponen a determinadas personas que, por su vinculación institucional con ciertos bienes jurídicos, tienen una obligación específica de mantener una situación social determinada. Lo que se castiga es, en buena cuenta, la infracción de normas muy específicas -para la constitución del tipo penal es necesaria la presencia de un deber especial-.

∞ A los efectos del juicio de imputación se necesita comprobar (i) que el agente público competente cumplió o no con su deber positivo, y (ii) que, además, materialmente llevó a cabo la realización de la conducta exigida por el tipo delictivo. Cuando en el hecho típico han intervenido varios sujetos especiales, muy común en estructuras jerárquicas organizadas, cada uno será en principio autor -autoría paralela-; y, cuando uno o alguno de ellos realiza la conducta típica, los otros *intranei* pueden ser, eventualmente y según la conducta que lleven a cabo, partícipes -distinto es el caso, por cierto, de los *extranei*-.

SEGUNDO. Que, como consta en la acusación y los recaudos acompañados al efecto, el encausado Capcha Ortiz era gerente municipal de la Municipalidad Provincial de Angaraes. El gerente de Servicios Públicos y Administración Tributaria, encausado Monge Donaires, elaboró el Plan de Trabajo referido al mantenimiento de varios establecimientos deportivos de la municipalidad, y con fecha cuatro de septiembre de dos mil doce -mediante el Informe 0300-2012-MMD-GSPyAT/MPA- solicitó al primero la aprobación del mismo, que incluía un presupuesto de doscientos mil soles para ser utilizados mediante la modalidad de encargo -este Plan, según señaló en su declaración, fue coordinado previamente con el propio Capcha Ortiz y otros funcionarios municipales-.

∞ El encausado Capcha Ortiz, no obstante que el Plan incumplía el artículo 4 apartado 1 de la Resolución Directoral treinta y seis guion dos mil diez guion EF oblicua setenta y siete punto quince (el monto máximo por cada encargo no debía superar las diez Unidades Impositivas Tributarias) y que solo describía trabajos de manera general -imposible de aceptar-, el día cinco de septiembre de dos mil doce emitió la correspondiente Resolución General aprobatoria, que implicó una asignación de doscientos mil soles para su cumplimiento -del rubro presupuestal de Canon y Sobre canon minero-. Además, profirió el memorando respectivo para que las instancias administrativas bajo su mando habiliten cien



mil soles al gerente Monge Donaires, lo que en efecto hicieron –él incluso firmó el cheque de su propósito–.

∞ De otro lado, con motivo de la elevación del Informe número cuarenta y ocho guion dos mil trece guion MMD guion GSP y AT guion MPAL, de veintiséis de febrero de dos mil trece, por el imputado Monge Donaires al encausado Capcha Ortiz, adjuntando recibos por honorarios y boletas de venta, se estableció que estos documentos no tienen base material y, por tanto, que se apropió del dinero que se le entregó. No se comprobó que, en efecto, el servicio se prestó –en todo caso este punto, en lo esencial, ha de ser materia del enjuiciamiento, respecto del cual existe, por lo menos, sospecha suficiente–.

∞ Por tanto, el encausado Capcha Ortiz, siempre en clave de apreciación semiplena de los elementos de convicción, aprobó lo que no debió aprobar y no controló lo que debió controlar. Su conducta, entonces, acarreó la apropiación de cien mil soles de la Municipalidad Provincial de Angaraes –que estaban bajo su administración–, como consecuencia de la aprobación y entrega del dinero público a su subalterno, el encausado Monge Donaires. El encausado Capcha Ortiz ejecutó una conducta que generó un riesgo penalmente desaprobado. El Plan que autorizó, que según el imputado Monge Donaires previamente fue coordinado con él, por su generalidad –sin concretar los rubros respectivos y justificar las asignaciones y encargos precisos– y por su obvia vulneración de la legalidad presupuestal, lo permitía y anunciaba, como en efecto ocurrió.

TERCERO. Que la Fiscalía Provincial, en su acusación escrita de fojas una, de ocho de agosto de dos mil dieciséis, Tomo I, calificó la conducta de Capcha Ortiz, a nivel de título de participación, de complicidad primaria, al igual que la de los demás funcionarios municipales, excepto a Monge Donaires a quien tildó de autor.

∞ Sobre esta última base, de un lado, el Juez de la Investigación Preparatoria señaló que el imputado Capcha Ortiz no tuvo participación en la apropiación o utilización del dinero que cobró su coimputado Monge Donaires, y que lo que hizo fue llevar a cabo actos propios de su función genérica como gerente municipal; y, de otro lado, la Sala Penal Superior acotó que en los delitos de peculado solo existe autor único y no hay complicidad, que el encausado Capcha Ortiz no tenía las condiciones de custodia, administración por un cargo en forma específica detallada en el Reglamento de Organización y Funciones o en el Manual de Organización y Funciones, que él solo aprobó el Plan de Trabajo, el cual aun cuando no se hubiese aprobado el delito se habría cometido igual por terceros.

CUARTO. Que, ahora bien, desde lo estipulado en el fundamento jurídico primero, el tipo penal de peculado es un delito de infracción de deber –o, más específicamente, un delito especial de deber–, con todo lo que ello entraña,



cuyas lógicas son distintas de los delitos de dominio –que sería la equivocada línea seguida por el Juez de la Investigación Preparatoria–.

∞ Desde la prueba documental aportada y la declaración sumarial del encausado Monge Donaires –a partir de la cual se realizaba el examen del caso–, se tiene lo siguiente: que la aprobación del Plan cuestionado fue indebida –violaba la legalidad presupuestal–, en cuya confección intervino; que el encausado Capcha Ortiz, como Gerente Municipal, a quien se dirigió su coimputado Monge Donaires, tenía la administración de los dineros públicos municipales, y fue por ello que fijó la cuantía de los recursos asignados, ordenó el procedimiento de pago e, incluso, firmó el cheque por cien mil soles que cobró este último.

∞ El encausado Capcha Ortiz, por ello, (i) no cumplió con su deber positivo (véase artículo 41 del Reglamento de Organización y Funciones de la municipalidad agraviada) y, además, (ii) realizó parte de la conducta exigida por el tipo penal de peculado por apropiación: ordenó se entregue a su coimputado Monge Donaires el dinero municipal bajo su administración –lo apartó ilegalmente de la esfera de custodia de la administración municipal–, el cual luego fue desviado por este último. Su conducta, en este marco fáctico y cuando se trata de un delito cometido en el seno de una municipalidad provincial en el que intervienen varios funcionarios, que como toda organización compleja organizada se nutre de las reglas de jerarquía y de la división del trabajo, por su nivel jerárquico y rol funcional, no puede ser otra que la de autor. Recuérdese que lo que origina la competencia del autor en esta categoría no es un acto de organización, sino el incumplimiento de un deber especial derivado de una institución social específica; y como el incumplimiento de deberes institucionales no admiten graduaciones, no es posible una diferenciación cuantitativa de la competencia que permita distinguir entre autores y partícipes [GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General*, Segunda Edición, Jurista Editores, Lima, 2012, p. 697].

QUINTO. Que, desde otra perspectiva, es de señalar que lo que determina el objeto penal del proceso penal es esencialmente el hecho punible cometido por un sujeto determinado: el imputado (identidad objetiva: hecho punible y homogeneidad de bien jurídica, así como identidad subjetiva: la persona del imputado). Además, entre título acusatorio y título condenatorio solo ha de existir, no una coincidencia absoluta, sino la identidad u homogeneidad de bien jurídico tutelado entre los tipos delictivos enunciados en la acusación y los precisados en la sentencia –el proceso considera el hecho desde todos los puntos de vista jurídicos posible [GÓMEZ COLOMER, JUAN LUIS y otros: *Derecho Jurisdiccional – Proceso Penal, Volumen III*, Vigésimosegunda Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 115]–. Esta última vinculación es aún más relativa cuando la diferencia incide únicamente en el título de intervención delictiva –se presenta, en este caso, una relación de desnivel en el



injusto, concretamente al interior de un tipo penal en relación a la intervención delictiva: autoría y complicidad, por ejemplo [OTTO, HARRO: *Manual de Derecho Penal*, Séptima Edición, Ediciones Atelier, Barcelona, 2017, p. 530–, en cuyo caso corresponde aplicar la solución jurídica más apropiada –es de aclarar que no pertenece al ámbito de aplicación del *in dubio pro reo* las cuestiones jurídicas, las dudas acerca de la valoración jurídica de un suceso claramente constatado tienen que ser resueltas por el órgano jurisdiccional [WESSELS/BEULKE/SATZGER: *Derecho Penal – Parte General*, Ediciones Pacífico, Lima, 2018, p. 562].

SEXTO. Que, por tanto, la Sala Superior incurrió en un entendimiento incorrecto del tipo penal de peculado por apropiación y sus alcances. El relato acusatorio hacía referencia, en pureza, a un tipo de autoría, no a uno de complicidad.

∞ El *error iuris* de la Fiscalía –muy claro en este caso–, como se sabe, no vincula al órgano jurisdiccional, que incluso en un enjuiciamiento intermedio, como en este caso, por razones dogmáticas, (i) puede identificar cabalmente, sin mayores problemas, el objeto procesal –sus elementos esenciales– y (ii), desde el principio de *iura novia curia*, a partir de sus elementos no esenciales –dato variable y, por ende, opinable–, está autorizado a corregir o decidir conforme a lo que en Derecho corresponda.

∞ Queda claro, en consecuencia, que no porque la Fiscalía califique el título de intervención delictiva de una determinada manera, el órgano jurisdiccional obtendrá las consecuencias jurídicas necesarias sin realizar su propia evaluación jurídica, tanto más si el título de intervención delictiva, incluso el propio título acusatorio (delito acusado), es un elemento no esencial del objeto procesal.

∞ La errónea interpretación del tipo penal de peculado por apropiación, en cuanto delito de infracción de deber, en su relación con la autoría, ambas categorías propias del Derecho penal material, obliga a la estimación del recurso de casación por infracción de precepto material; y, como se trata de aspectos jurídicos, cuya decisión no requiere de un nuevo debate en audiencia, corresponde decidir por sí el caso. Es de aplicación el artículo 433, apartado 1, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

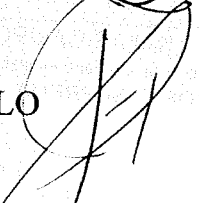
Por estas razones: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación por infracción de precepto material interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE HUANCAVELICA contra el auto de vista de fojas seiscientos ochenta y tres, de veintinueve de agosto de dos mil diecisiete, en cuanto confirmando el auto de primera instancia de fojas doscientos ochenta y uno, de cinco de enero de dos mil diecisiete, sobreseyó la causa a favor del encausado Alvar Capcha Ortiz respecto de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado



doloso por apropiación agravado (artículo 387, segundo párrafo, del Código Penal, según la Ley número 29758, de veintiuno de julio de dos mil once) en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Angaraes; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** el referido auto de vista. **II.** Actuando como instancia, **REVOCARON** el auto de primera instancia que sobreseyó la causa a favor del encausado Alvar Capcha Ortiz respecto de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso por apropiación agravado (artículo 387, segundo párrafo, del Código Penal, según la Ley número 29758, de veintiuno de julio de dos mil once) en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Angaraes; reformándolo: declararon **INFUNDADA** la solicitud de sobreseimiento planteada por la defensa del encausado Alvar Capcha Ortiz. Por tanto, **DISPUSIERON** que continúe la causa según su estado; sin costas. **III.** **MANDARON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Intervinieron los señores jueces supremos Castañeda Espinoza y Pacheco Huancas por licencia de los señores jueces supremos Figueroa Navarro y Sequeiros Vargas, respectivamente. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

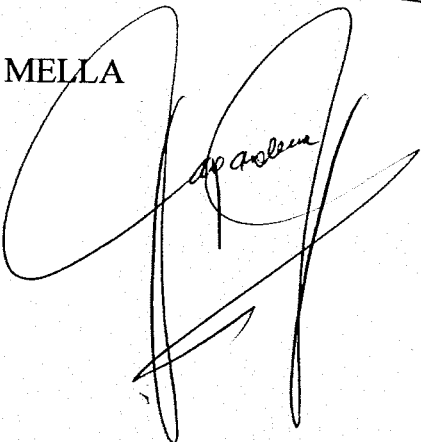
Ss.


SAN MARTÍN CASTRO


PRÍNCIPE TRUJILLO


CASTAÑEDA ESPINOZA


PACHECO HUANCAS


CHÁVEZ MELLA
CSM/abp


SE PUBLICÓ CONFORME A LEY
PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

15 MAY 2019