

3

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4212-2009
AMAZONAS

Lima, nueve de febrero de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuesto por el procesado José Luis Novoa Flores y por el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales de la Municipalidad Provincial de Utcubamba contra la sentencia de fecha dieciséis de setiembre de dos mil nueve, obrante a fojas dos mil setecientos cuarenta y siete; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; y con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y,

CONSIDERANDO: *Primero:* Que, el Procurador Público a cargo de los Asuntos Judiciales de la Municipalidad de Utcubamba en su escrito de fundamentación de agravios, obrante a fojas dos mil setecientos sesenta y nueve, cuestiona, por un lado, el extremo de la absolución de los procesados Luis Alfonso Tafur Gonzáles y Samuel Herrera Bustamante por cuanto la Sala Penal Superior no habría realizado un análisis correcto de la culpabilidad del delito de peculado imputado a estos procesados. Asimismo, por otro lado, el extremo del monto de la reparación civil impuesta al procesado José Luis Novoa Flores por no observar el principio de proporcionalidad respecto del daño patrimonial ocasionado al Estado; de otro lado, el procesado José Luis Novoa Flores en su escrito de fundamentación de agravios, obrante a fojas dos mil setecientos ochenta y dos mil ochocientos cuatro, cuestiona la sentencia mencionada en el extremo que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública —peculado— en agravio de la Municipalidad de Utcubamba y alega que la Sala Penal Superior no habría valorado suficientemente todos y cada uno de los medios de prueba actuados en el presente proceso penal.

Segundo: Que, de acuerdo con la acusación fiscal, se imputa al

sentenciado José Luis Novoa Flores que en su condición de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Utcubamba, recibió dinero de parte de la entidad agraviada por diversos conceptos en el período entre mil novecientos noventa y nueve a dos mil cuatro, del que no cumplió con rendir cuentas y a Alfonso Tafur Gonzáles en calidad de Director Municipal por no solicitar al área contable la información antes señalada, con lo cual se impidió realizar oportunamente el descuento respectivo de los haberes del sentenciado y Samuel Herrera Bustamante en su calidad de Jefe del Área Contable por no informar oportunamente sobre los funcionarios que no habían rendido cuentas.

Tercero: Que, del examen de autos se tiene que si bien en la formalización de la denuncia penal —de fojas trescientos ochenta y nueve—, en el auto de apertura de instrucción —de fojas trescientos noventa y dos— se imputa a los tres procesados mencionados la comisión del delito de peculado doloso, el representante del Ministerio Público en su dictamen —de fojas mil setecientos cincuenta— acusó al procesado José Luis Novoa Flores por la comisión del delito de peculado doloso y a los procesados Luis Alfonso Tafur Gonzáles y Samuel Herrera Bustamante la comisión del delito de peculado culposo, siendo que, posteriormente, la Sala Penal Superior sólo condenó al primero de ellos y absolvió a los demás; que, en ese sentido, de acuerdo con lo mencionado en el primer considerando, son objeto de absolución del grado: **i)** la participación y responsabilidad penal del procesado José Luis Novoa Flores respecto del delito de peculado doloso —primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal—, **ii)** la participación y responsabilidad penal de los procesados Luis Alfonso Tafur Gonzáles y Samuel Herrera Bustamante respecto del delito de peculado culposo —tercer párrafo del

artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal—, y **iii)** la observancia del principio de proporcionalidad respecto de la relación entre el monto de la reparación impuesta al procesado y el daño patrimonial ocasionado a la mencionada municipalidad. **Cuarto:** Que, la imputación atribuida al procesado José Luis Novoa Flores se puede dividir en dos rubros generales de cuentas por pagar; el rubro de préstamos (cinco mil novecientos cincuenta nuevos soles), deudas diversas (ciento veinticinco nuevos soles) y encargos (trece mil seiscientos nuevo soles y cincuenta y dos céntimos), y el rubro de viáticos por la suma de cuarenta y cuatro mil setecientos noventa y un nuevos soles; que, en ese sentido, el delito de peculado doloso, previsto en el artículo trescientos ochenta y siete, primer párrafo, del Código Penal, se configura cuando "*un funcionario o servidor público se apropi[a] o util[iza], de cualquier forma, para sí o para un tercero, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo*"; que, para emitir una sentencia condenatoria deberá estar acreditado en autos, entre otras cosas, que el agente: **a)** tuvo una competencia funcional específica sobre los bienes de la administración (relación funcional – poder de vigilancia y control sobre los bienes), **b)** tuvo la posibilidad de libre disposición de estos bienes que en mérito de sus atribuciones legales en tanto funcionario o servidor público (disponibilidad jurídica), **c)** que al momento de los hechos era funcionario o servidor público, **d)** se apropió para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración, entendiéndose por apropiación el apartamiento de dichos bienes de la esfera de la función de la Administración Pública, colocándolos en una situación tal que permita su disposición por parte del sujeto activo; que, además, para la configuración del delito de

5
peculado doloso —por lo menos en la modalidad de apropiación—, para poder trascender la infracción administrativa, debe acreditarse, a través de una pericia contable, un perjuicio patrimonial al Estado¹.

Quinto: Que, respecto a las cuentas por pagar que no son viáticos, se tiene que si bien existen el Informe número cero noventa y uno – dos mil cuatro – CTB – MPB, obrante a fojas trece, el Informe Pericial de Parte, obrante a fojas ciento ochenta y cinco, y la Pericia Contable, obrante a fojas dos mil sesenta y cinco, que señalan la existencia de un desbalance patrimonial respecto de los fondos de la Municipalidad de Utcubamba, este Supremo Tribunal considera que el procesado si bien tenía una competencia indirecta sobre los bienes estatales, ésta no se traducía en un poder de vigilancia y control sobre los mismos, por lo que, en virtud de ello, no tenía la posibilidad de su libre disposición (apropiación); por lo tanto, en el curso del proceso no se ha logrado acreditar la tipicidad del delito de peculado al no haberse acreditado, por el lado objetivo, la capacidad de disposición de los bienes estatales ni mucho menos su apropiación por parte del procesado, siendo fundamental la aplicación al caso concreto el filtro de la prohibición de regreso, todo lo cual impide imputar objetivamente la conducta típica de peculado doloso al procesado; consecuentemente, para este Supremo Tribunal la conducta desplegada por el procesado es atípica respecto del delito de peculado doloso, siendo que la mera ostentación de un cargo público no fundamenta la autoría, máxime si se toma en cuenta que el artículo sétimo del Título Preliminar del Código Penal prohíbe la responsabilidad jurídica-penal objetiva. Sexto: Que, respecto a las cuentas por rendir por concepto de viáticos, es palmaria la necesidad

ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Grijley: Lima, dos mil siete, segunda reimpresión de la cuarta edición, página quinientos.

de reformar el criterio jurisprudencial que hasta la fecha han venido expresando los suscritos en cuanto a considerar a los viáticos como caudales y efectos públicos; esto con el propósito de que la jurisprudencia responda de modo dinámico a las necesidades de cada tiempo y a nuevos criterios interpretativos, incluso, de la propia doctrina y, en virtud de ello, el Derecho no se petrifique, toda vez que lo expresado en anteriores pronunciamientos por los suscritos no contienen fundamentos sacrosantos, empero, el cambio de criterio demanda una especial justificación que se desarrollará en los siguientes párrafos; que, en ese sentido, en el caso de los viáticos, además de acreditarse la relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos del Estado, debemos entender por "percepción" la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita; por "administración" debemos deducir que corresponde a las funciones activas de manejo y conducción; y por "custodia", la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida de los caudales y efectos públicos². **Sétimo:** Que, el término "viáticos" constituye la asignación que se otorga al funcionario o servidor público, o personal comisionado, independiente de la fuente de financiamiento o su relación contractual, para cubrir gastos de alimentación, alojamiento, movilidad local (desplazamiento en el lugar donde se realiza la comisión) y movilidad de traslados (hacia y desde el lugar de embarque), es decir, en puridad, es un dinero que se facilita a un trabajador para cubrir los gastos en los que incurre por desplazamientos realizados en la consecución de un objetivo

² Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil cinco / CJ – ciento dieciséis – Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y transitoria de la Corte Suprema de Justicia, de fecha treinta de setiembre de dos mil cinco.

Excepcional; por lo tanto, los "viáticos" tienen naturaleza distinta a la administración, percepción y custodia, ya que en éste subsiste autorización al funcionario o servidor público para disponer del dinero otorgado, que puede ser parcial o el total de la suma asignada, incluso, en este último caso, el trabajador está autorizado a utilizar el íntegro del "viático" que se le asignó; aspecto diferente es que con posterioridad no haya rendido cuentas o los haya efectuado de manera fraudulenta, circunstancias que debe dilucidarse administrativamente, es decir, dentro del ámbito de control de la autoridad que otorgó dicho concepto, que a criterio de este Supremo Tribunal, podría requerir bajo apercibimiento de imponer medidas de carácter disciplinario, la corrección de la justificación efectuada indebidamente; aun más, de persistir las omisiones o deficiencias, debe agotarse la exigencia directa, posiblemente mediante un resarcimiento con descuentos o en la modalidad que lo considere pertinente la autoridad administrativa competente; consecuentemente, el rubro de viáticos no puede constituir objeto del delito de peculado. **Octavo:** Que, respecto al delito de peculado culposo imputado a los procesados Luis Alfonso Tafur Gonzáles y Samuel Herrera Bustamante, se tiene que para su configuración debe acreditarse: **i)** el agente tuvo una competencia funcional específica sobre los bienes de la administración (relación funcional - poder de vigilancia y control sobre los bienes); **ii)** el agente se comporta negligentemente respecto a su deber de vigilancia y control sobre los bienes estatales; y, **iii)** esta negligencia permite que un tercero se apropie para sí o para terceros de los caudales o efectos de la administración; que, respecto de las cuentas que no constituyen un supuesto de viáticos, se tiene que del examen del expediente no se

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 4212-2009

AMAZONAS

ha logrado acreditar la tipicidad del delito de peculado al no haberse acreditado, por el lado objetivo, la capacidad de disposición de los bienes estatales ni mucho menos su apropiación por parte de los procesados —Alfonso Tafur Gonzáles era Director Municipal y Samuel Herrera Bustamante era Jefe del Área Contable—, siendo fundamental la aplicación al caso concreto el filtro de la prohibición de regreso, todo lo cual impide imputarles objetivamente la conducta típica de peculado culposo; que, de otro lado, no se ha acreditado una infracción del deber, puesto que, en aplicación del principio de confianza, se tiene que estos procesados tenían a su cargo a personal, los cuales les proporcionaron información de la que ellos no podían desconfiar, siendo que tampoco se encontraban en la capacidad de advertir las omisiones por parte del personal subordinado, por lo que no se ha acreditado el comportamiento negligente imputado a los procesados Tafur Gonzáles y Herrera Bustamante; consecuentemente, para este Supremo Tribunal las conductas desplegadas por los mencionados procesados no se subsumen en el supuesto de hecho del delito de peculado culposo; que, respecto a las cuentas por viáticos, se tiene que al ser el objeto del delito (viáticos) un supuesto no típico, este Supremo Tribunal no puede realizar un análisis más profundo, puesto que la conducta imputada, incluso si es a título de imprudencia, es siempre atípica, tal como se desprende de lo señalado en el considerando sexto de la presente Ejecutoria Suprema, por lo que el accionar de los procesados resulta atípico, máxime si se toma en cuenta que el artículo séptimo del Título Preliminar del Código Penal prohíbe la responsabilidad jurídico-penal objetiva. Por estos fundamentos: declarar por mayoría **HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha dieciséis de setiembre de dos mil nueve, obrante a fojas dos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R. N. N° 4212-2009
AMAZONAS

mil setecientos cuarenta y siete, que condenó al procesado José Luis Novoa Flores por la comisión del delito de peculado doloso en agravio de la Municipalidad Provincial de Utcubamba a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución por el período de tres años y le impusieron treinta mil nuevos soles como concepto de reparación civil que deberá abonar a la parte agraviada, con lo demás que al respecto contiene; y **REFORMÁNDOLA**, lo absolvieron de la acusación fiscal por el mencionado delito; **ORDENARON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales que se hayan generado con el presente proceso, así como el archivo definitivo del mismo; y por unanimidad **NO HABER NULIDAD** en el extremo que absolvió a los procesados Luis Alfonso Tafur Gonzáles y Samuel Herrera Bustamante de la acusación fiscal por la comisión del delito de peculado culposo en agravio de la Municipalidad Provincial de Utcubamba, con lo demás que contiene; y los devolvieron; interviene el señor Juez Supremo Santa María Morillo por el ejercicio del período vacacional del señor Juez Supremo Neyra Flores.-

S. S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINCO

PARIONA PASTRANA

CALDERÓN CASTILLO

SANTA MARÍA MORILLO

RT/hapf

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. Lucio Jorge Córdova Barazorda
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 4212-2009

AMAZONAS

- 1 -

LA SECRETARIA DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA QUE EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO JORGE CALDERÓN CASTILLO, RESPECTO A LA SITUACIÓN JURÍDICA DEL ENCAUSADO JOSÉ LUIS NOVOA FLORES, ES COMO SIGUE:

Lima, nueve de febrero de dos mil once.-

VISTOS; de conformidad con el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que conforme a la acusación escrita de fojas mil setecientos cincuenta se atribuye al encausado José Luis Novoa Flores, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Utcubamba, haber recibido dinero de fondos de la entidad agraviada por diversos conceptos, de los cuales no ha rendido cuentas, ni ha restituido el dinero de los saldos al respecto; que durante el periodo comprendido entre mil novecientos noventa y nueve y dos mil cuatro por conceptos de cuentas por rendir recibió la suma de trescientos treinta y tres mil trescientos sesenta y siete nuevos soles con veinticuatro céntimos de los cuales adeuda: **a)** por concepto de cargos otorgados por rendir la suma de trece mil seiscientos nuevos soles; **b)** por concepto de otras cargas diversas la suma de ciento veinticinco nuevos soles; **c)** por préstamo concedido la suma de cinco mil novecientos cincuenta nuevos soles; Que, además, dicho imputado entre el periodo de noviembre de dos mil a enero de dos mil cuatro recibió la suma de ciento setenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y siete nuevos soles por concepto de viáticos y otras comisiones de los cuales adeuda la suma de cuarenta y cuatro mil setecientos noventa y un nuevos soles que no ha sido rendido ni restituido. **Segundo:** Que el primer punto a dilucidar es determinar si los "viáticos" otorgados a los funcionarios públicos en comisión de servicios constituyen o no fondos de administración, percepción y/o custodia que exige el delito de peculado previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 4212-2009

AMAZONAS

- 2 -

Penal. **Tercero:** Que el Acuerdo Plenario número cuatro – dos mil cinco/CJ – ciento dieciséis, del treinta de septiembre de dos mil cinco estableció como doctrina legal los supuestos del delito de peculado, previsto en el artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal "(...) es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella disponibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la Administración Pública. Todo ello nos lleva a sostener que tratándose 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 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". Además describió los elementos del delito en mención de la siguiente forma "(...) **i)** 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, **ii)** la percepción, no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. (...) La Custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los causales y/o efectos públicos". **Cuarto:** Que, en tal sentido, el funcionario o servidor público se encuentra obligado y comprometido al

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 4212-2009

AMAZONAS

- 3 -

buen manejo de los fondos de la institución donde labora, puesto que tiene el deber de custodiar, conservar y vigilar debidamente los caudales o efectos públicos. Que, por tanto, cuando se reciban "Viáticos" -fondos que provienen de la entidad pública- por alguna comisión en razón de su cargo, son entregados con la finalidad de cubrir la alimentación, estadía, movilidad, entre otros, estos gastos se encuentran vigilados o supervisados por la entidad que les entregó en razón de que: **i)** si no se llegara a gastar el total del dinero o caudal entregado se deberá, imperativamente, devolver el saldo; y **ii)** en caso que se gastara la totalidad de los "Viáticos" el funcionario o servidor se encuentra obligado a rendir cuentas con la documentación legal correspondiente, de lo que se sostiene que no se puede hacer uso indiscriminado o arbitrario, sino en forma adecuada o razonada. Por tanto, todo bien mueble o inmueble que pertenezca a la institución pública y es entregado al funcionario o servidor público para su uso, en puridad, pertenece al Estado y no puede ser considerado como fondo particular, además no puede sostenerse -como lo hace el voto en mayoría- *"si no se rinde cuentas o se haya hecho de manera defectuosa, deben dilucidarse en la vía administrativa"*, porque al vulnerarse un bien jurídico protegido penalmente, no puede ser la vía extrapenal la adecuada para solucionar estas controversias, sino debe ser el derecho punitivo.

Quinto: Que del estudio integral de autos se acredita que existió un manejo irregular de dinero por parte del encausado Novoa Flores quien no ha cumplido con entregar cuentas o devolver el dinero que le entregaron por concepto de viáticos ascendente a sesenta y seis mil cuatrocientos sesenta y seis nuevos soles conforme se indica en la Pericia Contable de fojas dos mil sesenta y cinco, ratificado a fojas dos mil ciento treinta y nueve; el mismo que se corrobora con el informe de fojas trece remitido por Samuel Herrera Bustamante, Jefe del Área Contable, al encausado Luis Alfonso Tafur Gonzáles, Director Municipal, así como por el Informe Pericial de Parte de fojas ciento sesenta y nueve, ampliada a fojas ciento setenta y nueve;

SALA PENAL PERMANENTE

R. N. N° 4212-2009

AMAZONAS

- 4 -

que, tal situación fue aceptado por el citado encausado quien afirmó que no rindió las cuentas respectivas debido a sus recargadas labores que tenía cuando se desempeñó como Alcalde de la Municipalidad agraviada – véase fojas ciento cincuenta y nueve, mil quinientos sesenta y ocho, continuada a fojas mil quinientos setenta y dos; sin embargo, dicha justificación no puede ser aceptado si se tiene en cuenta que como funcionario público tenía la función de velar por la buena administración pública de la entidad edilicia, tanto más si el Decreto Supremo número ciento ochenta y uno – ochenta y seis –EF establece que el funcionario público tiene ocho días para entregar la sustentación del dinero recibido por concepto de viáticos ante la autoridad competente –véase el artículo seis- . **Sexto:** Que, en tal sentido, la valoración integral de las pruebas permiten llegar a una convicción absoluta de la responsabilidad penal del encausado Novoa Flores en la comisión del delito de peculado doloso por lo que queda enervada de manera suficiente la presunción de inocencia que constitucionalmente los favorecía, estimándose por tanto que la sentencia venida en grado se sujeta al mérito de lo actuado. Por estos fundamentos: **MI VOTO** es porque se declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fojas dos mil setecientos cuarenta y siete, del dieciséis de septiembre de dos mil nueve en el extremo que condena a José Luis Novoa Flores como autor del delito contra la Administración Pública –peculado doloso en agravio de la Municipalidad Provincial de Utcubamba a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida su ejecución por el periodo de prueba de tres años, bajo reglas de conducta, e inhabilitación, así como fija en treinta mil nuevos soles el monto de reparación civil que deberá pagar a favor de la Municipalidad agraviada, sin perjuicio de devolver el monto indebidamente apropiado; y lo devuelvo.

S.

CALDERÓN CASTILLO

CC/wlv

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dr. Lurto Jorge Ojeda Barazorda
Secretario de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA