



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N N° 3555- 2010
CUSCO

- 1 -

Lima, catorce de julio de dos mil once.-

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el Fiscal Superior Mixto y la PARTE CIVIL (Procurador Público Municipal Distrital de San Pedro), contra la sentencia de fojas cuatrocientos doce, del veintiséis de julio de dos mil diez, que absolvió al encausado JESÚS ELOY RODRÍGUEZ DURAND, por delito contra la Administración Pública –delitos cometidos por funcionarios públicos- en la modalidad de **peculado doloso agravado**, tipo específico **apropiación de caudales en administración confiados en razón de cargo destinado a Programas de Apoyo Social**; concusión, sub tipo **colusión desleal**; y en la modalidad de peculado, sub tipo **malversación de fondos**; todos en agravio de la Municipalidad Distrital de San Pedro y FONCODES; interviniendo como ponente la señorita Jueza Suprema Inés Villa Bonilla, de conformidad en parte con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO, Primero: AGRAVIOS.- I).** El Fiscal Superior, al fundamentar su recurso a fojas cuatrocientos treinta y dos, cuestiona que: **a).** el referido acusado en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de San Pedro, Provincia de Canchis, en el periodo comprendido entre los años dos mil tres al dos mil seis, celebró dos Convenios con FONCODES -Cusco, el primero en el año dos mil cinco; y, el segundo, en el dos mil seis, para realizar diversas obras. Con tal fin, recibió dinero en efectivo, para el Proyecto Pequeño Sistema de Riego de San Pedro, la cantidad de ciento sesenta y cuatro mil doscientos noventa y un nuevos soles; para la obra Agua Potable Cuchuma, ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles; y para Canal de Riego Paschacucho, ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles; **b).** en lo que se refiere al delito de peculado doloso agravado, existen pruebas de cargo como el Informe Pericial, que corre en autos a fojas doscientos veintidós, y

otros que demuestran la comisión del delito, desprendiéndose que el acusado de manera dolosa se ha apropiado para sí y otros, caudales cuya administración le fueron confiados, los mismos que estaban destinados a fines asistenciales y programas de apoyo social; **c).** sobre el ilícito de colusión desleal, en el proceso obran dos contratos de servicios personales a favor de Rubén Ángel Sierra Palomino, evidenciándose que en éstos hubo colusión, pues las sumas consignadas en éstos han sido cobradas, en su nombre, pero por terceras personas y no directamente por el antes mencionado; **d).** en lo que respecta al delito de malversación de fondos, se concluye que está probado que el Proyecto Agua Potable del distrito de San Pedro, no se llegó a ejecutar, ya que dichos fondos habían sido destinados a otros rubros, como es la ampliación del Canal de Riego Pachaccucho; **II).** En similar sentido, la PARTE CIVIL, a fojas cuatrocientos cuarenta, formula los agravios siguientes: **a).** que el Colegiado Superior no ha tomado en cuenta el Informe emitido por FONCODES – Cusco de fojas veintiséis, cuyas conclusiones y recomendaciones demuestran el mal uso o destino injustificado de los recursos económicos presupuestados e indebidamente utilizados en la apertura de tajo abierto, el que no reportó ningún beneficio, puesto que el mismo se realizó como un ensayo, quedando abandonado por haber cerrado el espacio para el paso del agua, muestra clara de la improvisación, sin ningún Expediente Técnico, Estudio de Suelos y Medio Ambiente; siendo que en ese Proyecto se han desviado los fondos de transferencia del programa financiado por FONCODES; **b).** que no se ha tomado en cuenta la ratificación del Informe Pericial Contable, así como la Evaluación Técnica emitida por Ingenieros Civiles en calidad de peritos oficiales, determinando que el costo real de la obra solamente es de cuatrocientos cuarenta y ocho mil

ochocientos sesenta y ocho nuevos soles con setenta y siete céntimos, en tanto que según la liquidación financiera el costo de la obra asciende a seiscientos veintinueve mil ochocientos veintiocho nuevos soles con noventa céntimos, más las deudas por pagar por el monto de ciento veinticinco mil veinticuatro nuevos soles con cuarenta y cuatro céntimos, lo que sumado, da un costo total de la obra ascendente a setecientos cincuenta mil ochocientos cincuenta y tres nuevos soles con treinta y cuatro céntimos, resultando una sobrevaloración de trescientos un mil novecientos ochenta y cuatro nuevos soles con cincuenta y siete céntimos, la misma que sustenta el peculado; **c).** que en la diligencia de inspección ocular se ha demostrado *in situ* la falta de disponibilidad del recurso hídrico; **Segundo: IMPUTACIÓN FISCAL. 1).** Según la denuncia de fojas cincuenta y cuatro, se atribuye al acusado JESÚS ELOY RODRÍGUEZ DURAND la comisión del delito de peculado doloso agravado, imputándosele que durante su ejercicio como Alcalde de la Municipalidad de San Pedro, gestión dos mil tres –dos mil seis, se realizaron dos obras (que en el fondo es una sola) de proyección social, consistentes en la ejecución de la Obra: "Pequeño Sistema de Riego San Pedro" y/o "Canal de Riego Pakchakucho", ejecutada en forma incompleta, con fondos transferidos por FONCODES, así como con los fondos económicos de la Municipalidad, provenientes del Foncomún, Canon, Sobrecanon y Recursos directamente recaudados; siendo que los técnicos mediante el Informe número cero ciento diecisiete –dos mil siete-FONCODES/EZ-CUSCO, del dieciséis de octubre de dicho año, al hacer una verificación *in situ* de la obra, han constatado que su construcción, tiene una serie de irregularidades; significando que el Pequeño Sistema de Riego San Pedro, priorizado en el Convenio del año dos mil cinco, es el mismo que el Canal de Riego Pakchakucho (ampliación)



- 4 -

priorizado en el Convenio dos mil seis; es decir, que es una misma obra, pero con diferentes nombres, hecho que no fue informado a FONCODES; puntualizando que el citado encausado, en su condición de funcionario público, se habría apropiado en forma dolosa de dineros pertenecientes a las obras que debían ejecutarse a favor de la comunidad, tal como el Pequeño Sistema de Canal de Riego de San Pedro o Pakchakchaca por el monto de quinientos cinco mil novecientos cincuenta y nueve nuevos soles con diecisiete céntimos, el mismo que es un monto controvertido y que no representa los gastos realizados en la ejecución de los proyectos; II). A fojas noventa y cinco, se amplía la denuncia por el delito de malversación de fondos, imputándosele al precitado acusado que en el año dos mil cinco FONCODES transfirió el monto de ciento sesenta y cuatro mil doscientos noventa y un nuevos soles, para financiar la ejecución de la Obra Pequeño Sistema de Riego de San Pedro, en el año dos mil seis, se transfirió la suma de doscientos veinticinco mil trescientos dieciséis nuevos soles para financiar la ejecución de las Obras: Canal de Riego de Pakchacucho (ampliación) –ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles- y Agua Potable de Ccuchuma –ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles- (obra no ejecutada), habiendo sido utilizado todo el dinero transferido en la primera obra, sin dar cuenta a FONCODES, transgrediendo el Convenio suscrito; III). Otra imputación en su contra es haber suscrito contrato de ejecución de Expediente Técnico y Obra de Riego Unukallana con el Ingeniero Civil Rubén Ángel Sierra Palomino, en el que habría existido colusión en la celebración de dicho contrato, dado que existen dos contratos diferentes y los cobros realizados son por personas distintas pero con el nombre del antes mencionado;

Tercero: ANÁLISIS EN LO RELATIVO A LA IMPUTACIÓN POR EL DELITO DE PECULADO DOLOSO

AGRAVADO.- I). De cara al presente examen, corresponde centrarnos en la conducta típica nuclear (pudiendo prescindirse en este análisis del objeto material que sustenta la agravante). Al respecto, cabe precisar que conforme al artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, la figura del peculado sanciona al 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. Tal apropiación supone que el sujeto activo del delito, lejos de observar los deberes positivos que le competen para preservar la integridad de los caudales que tiene confiados o sobre los que tiene facultades de disposición, quebranta el mandato prohibitivo de no apartarlos, en parte, o en su totalidad, de la esfera de dominio de la entidad pública agraviada, e, ilícitamente, los hace suyos, incorporándolos al ámbito de su patrimonio propio, o, eventualmente, de terceros. Así entonces, en el caso de recibirse fondos públicos para que sean destinados a la ejecución de una obra, tal situación irroga para el agente funcional deberes tales como: (i) la acreditación de haberse ejecutado - debidamente- dichos caudales, vía una sustentación confiable; y (ii) la ejecución de la obra en condiciones que no evidencien un nivel de deficiencias técnicas que desvirtúen la veracidad del monto supuestamente ejecutado en aquella, peor aún, si supera lo presupuestado para ésta. Lo contrario, conllevaría a concluir que los dineros públicos recibidos fueron objeto de aprovechamiento particular o de terceros; **II).** Del estudio y revisión de autos, se aprecia que el Tribunal Superior no ha efectuado un debido examen de los hechos imputados, ni tampoco una adecuada valoración de la prueba. En efecto, la recurrida establece que "*está probado con el Informe Pericial Contable oficial (...) que el Proyecto de Agua Potable*





- 6 -

Cuchuma, que tenía una asignación de ciento doce mil seiscientos cincuenta y ocho nuevos soles no se llegó a ejecutar" –véase fojas cuatrocientos dieciocho; sin embargo, al mismo tiempo, concluye que *"con relación al delito de peculado doloso agravado por apropiación, en el presente caso, no existe ni un solo elemento probatorio que de manera fehaciente e irrefutable pruebe que el acusado JESÚS ELOY RODRÍGUEZ DURAND, en su condición de Alcalde, se haya apropiado, apoderado, adueñado, o quedado, [con] los dineros que provenían de FONCODES para la ejecución de las obras públicas o de la Municipalidad Distrital de San Pedro..."* –véase fojas cuatrocientos diecinueve-; conclusión que luce incongruente con un pronunciamiento absolutorio, si se tiene en cuenta que la imputación fiscal toma como punto de partida, precisamente, la misma premisa que la recurrida, esto es, la inejecución de la obra en referencia, formulando como hipótesis que los dineros no gastados en aquella fueron objeto de apropiación ilícita, toda vez que habrían sido inconsultamente re-direccionados hacia otra obra cuyas deficiencias técnicas tornan en inverosímil el monto que se dice haber invertido en esta última; hechos éstos que no han sido suficientemente examinados, tanto más si ni siquiera ha explicado qué mérito probatorio tienen los dictámenes periciales actuados en el proceso –y admitidos conforme a los proveídos de fojas doscientos dieciséis y doscientos treinta-, ambos con conclusiones no exculpantes, a saber: **A).** El Peritaje Contable –que corre en Cuaderno Desagregado- suscrito por los contadores Hilda Josefina Vilchez Tito y Justino Escalante Puma –ratificado por ambos profesionales a fojas doscientos noventa y nueve- [cuyas conclusiones, entre otras, son: **I)** que el citado acusado, en el periodo de su gestión dos mil cinco y dos mil seis, firmó Convenio con FONCODES para ejecutar cuatro Proyectos por el importe de quinientos nueve mil seiscientos siete nuevos soles; ejecutando, sin embargo, solamente dos, no cumpliendo con lo relativo al Proyecto "Agua Potable de Cuchuma"; **II)** que los gastos realizados para la ejecución de la obra "Canal de



- 7 -

Riego Pacchacucho (ampliación)", del distrito de San Pedro, de acuerdo al resumen de gastos, asciende a seiscientos veinticinco mil ochocientos veintiocho nuevos soles con noventa céntimos; existiendo una deuda por pagar por ciento veinticinco mil veinticuatro nuevos soles con cuarenta y cuatro céntimos (véase fojas cuatro de dicho Cuaderno)]; y **B).** El Informe Pericial de fojas doscientos veintisiete, suscrito por los Ingenieros Civiles Eloy Velarde Velásquez y Manuel Hugo Gonzáles De La Vega –ratificado por ambos profesionales a fojas doscientos treinta y cinco- [una de cuyas conclusiones es no haberse demostrado que el costo total de la obra a ejecutarse por administración directa resulte igual o menor al Presupuesto Base, situación que reflejaría una malversación de fondos en la liquidación de la obra (véase fojas doscientos veintinueve)]; máxime si tampoco se ha valorado el que habiendo el encausado reconocido la no ejecución de la obra relativa al Agua Potable en Cuchuma –véase fojas trescientos ochenta y uno- al ser preguntado cómo es que tenía autorización para la variación de ejecución de la obra, y cómo es que FONCODES indica que no se le consultó, señala: "*no puedo contestar ...*" –véase fojas trescientos setenta y siete; **Quinto: RESPECTO A LOS DEMÁS ILÍCITOS PENALES IMPUTADOS-** No satisfecha una debida dilucidación de si existe o no un contexto de ilicitud en torno al viraje de los recursos recibidos para un Proyecto hacia otro, por ende, lo señalado precedentemente es de recibo para el otro delito incriminado de Malversación de Fondos. Por otra parte, en lo relativo a la imputación por el ilícito de Colusión Desleal, debe significarse que la recurrida –véase fojas cuatrocientos diecinueve- ha ingresado al *análisis de fondo*, sin que previamente haya dilucidado si, en el caso de autos, éste es posible; ello, a la luz de su carácter de delito de encuentro, que exige concertación entre un funcionario público y un *partícipe necesario*; **Sexto:** Que, por consiguiente, al no haberse examinado debidamente los cargos formulados por la Fiscalía, corresponde aplicar el artículo trescientos uno del Código de Procedimientos Penales; en



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL TRANSITORIA
R.N N° 3555- 2010
CUSCO

- 8 -

consecuencia, rescindir la sentencia impugnada y convocar a un nuevo juicio oral; debiendo disponerse, de considerarse pertinente, otras diligencias para el mejor del esclarecimiento del *thema probandum*; Por estos fundamentos, declararon **NULA** la sentencia de fojas cuatrocientos doce, del veintiséis de julio de dos mil diez, que absolvió al encausado JESÚS ELOY RODRÍGUEZ DURAND, por el delito contra la Administración Pública –delitos cometidos por funcionarios públicos– en la modalidad de **peculado doloso agravado**, tipo específico **apropiación de caudales en administración confiados en razón de cargo destinado a Programas de Apoyo Social**; en la modalidad de concusión, sub tipo **colusión desleal**; y en la modalidad de peculado, sub tipo **malversación de fondos**; todos en agravio de la Municipalidad Distrital de San Pedro y FONCODES; **MANDARON**: se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, teniendo en cuenta los fundamentos de la presente Ejecutoria; con lo demás que contiene; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRINCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

IVB/dlm

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANIEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

3 MAR 2012