

12

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1605-2009
TACNA

/ Lima, trece de setiembre de dos mil diez.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por la Procuraduría Pública Anticorrupción descentralizada del Distrito Judicial de Tacna contra la sentencia absolutoria de fecha veintidós de enero de dos mil nueve, obrante a fojas trescientos setenta y cuatro; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo; y de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el Procurador Público recurrente en su recurso de fundamentación de agravios, obrante a fojas trescientos ochenta y nueve, cuestiona el extremo de la absolución, alegando que, respecto del delito de peculado, el procesado Mario Condori Tapia ha mantenido una conducta obstruccionista en el presente proceso, razón por la cual no se ha podido acreditar el perjuicio económico para el Estado; asimismo, respecto del delito de peculado de uso, su configuración se encontraría acreditada, toda vez que el mismo procesado manifestó que su hijo manejaba el camión adquirido por la comuna en beneficio personal. **Segundo:** Que, de acuerdo con la acusación fiscal, obrante a fojas ciento cuarenta y seis, se imputa al procesado Mario Condori Tapia, cuando se desempeñaba como alcalde de la Municipalidad Distrital de Estique Pampa, provincia de Tarata, departamento de Tacna, desde enero de mil novecientos noventa y seis hasta diciembre de mil novecientos noventa y ocho, haber ejecutado obras públicas y adquisiciones respecto de las cuales nunca rindió cuentas; asimismo con el programa del Vaso de Leche, el referido procesado no habría entregado la totalidad de las bolsas que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1605-2009
TACNA

fueron recibidas para ser destinadas a la población; finalmente, también permitió que su hijo utilizara un vehículo de propiedad de la mencionada municipalidad. **Tercero:** Que, el principio de lesividad —establecido en el artículo cuarto de Título Preliminar del Código Penal—, si bien establece que para la imposición de la pena se requiere la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, dicho principio, ante la proliferación legislativa de los tipos penales de delitos de peligro abstracto, adquiere una nueva interpretación: ya "no se trata de lesionar bienes jurídicos, sino de defraudar expectativas normativas esenciales (...)"¹, para lo cual es suficiente la peligrosidad de la conducta; que, ello encuentra su fundamento en que, de acuerdo con la actual ciencia del derecho penal, se tiende a considerar que, en general, el bien jurídico es "la firmeza de las expectativas normativas esenciales."² **Cuarto:** Que, en concordancia con lo anterior, se debe considerar el fundamento cuarto (fundamento vinculante) del recurso de nulidad número dos mil noventa, según el cual "el procedimiento administrativo sancionador busca garantizar solo el funcionamiento correcto de la Administración Pública, las sanciones disciplinarias tienen, en general, la finalidad de garantizar el respeto de las reglas de conducta establecidas para el buen orden y desempeño de las diversas instituciones colectivas y, como tal, suponen una relación jurídica específica y conciernen sólo a las personas implicadas en dicha relación y no a todas sin distinción, como acontece en general con las normas jurídicas penales; que las medidas

¹ GARCÍA CAVERO, Percy. Lecciones de derecho Penal – Parte General. Grijley: Lima, dos mil nueve.

² JAKOBS, Günther. Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación. Marcial Pons: mil novecientos noventa y siete. Segunda Edición corregida, página cuarenta y cinco.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1605-2009
TACNA

disciplinarias constituyen la contrapartida de los deberes especiales a que están sometidos sus miembros y el Derecho administrativo sancionador no se rige por el principio de lesividad sino por criterios de afectación general, de suerte que la sanción administrativa no requiere la verificación de lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos generalmente opera como respuesta ante conductas formales o de simple desobediencia o reglas de ordenación; que, en cambio, el delito debe encerrar siempre un mayor contenido de injusto y de culpabilidad; que la lesividad o peligrosidad de la conducta y el menoscabo al bien jurídico son siempre de mayor intensidad en el delito con relación a la infracción administrativa". **Quinto:** Que, el delito de peculado, previsto en el artículo trescientos ochenta y siete, primer párrafo, del Código Penal, se configura cuando un funcionario o servidor público "se apropia o utiliza, de cualquier forma, para sí o para otro, 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 procesado: **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

.17

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1605-2009
TACNA

Pública, colocándolos en una situación tal que permita su disposición por parte del sujeto activo; que, además, para la configuración del delito de 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 Estado³. **Sexto:** Que, de otro lado, el presente proceso penal se encuentra lleno de irregularidades desde la interposición de la denuncia penal; sin embargo, el propio representante del Ministerio Público en su acusación señaló que dichas irregularidades no importaban la declaratoria de nulidad de todo lo actuado hasta ese momento, puesto que primaba el interés del estado en esclarecer los hechos acaecidos, máxime si dichos vicios procesales se pudieron haber subsanado en el Juicio Oral; que, asimismo, de otro lado, si bien la pericia contable, obrante a fojas ochenta y uno, no pudo completarse porque el procesado no proporcionó la información contable completa, debe tenerse en cuenta que a fojas ciento treinta y seis, el juzgado señaló que el procesado posteriormente llegó a completar la documentación contable faltante, la misma que quedó expedita para ser sometida a la respectiva pericia contable; que, por lo tanto, el procesado cumplió, si bien tardíamente, con presentar la documentación correspondiente para la realización de la pericia contable; que, por lo tanto, no se ha logrado acreditar el resultado del delito de peculado, *id est*, de autos se advierte que no se ha podido llevar a cabo la pericia contable por motivos no imputables al procesado, por lo que su conducta diligente no ha entorpecido la labor de administración de justicia, máxime si de autos se tiene

b

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R. N. N° 1605-2009
TACNA

que el personal jurisdiccional negligentemente impidió dicha pericia, —fojas ciento veintinueve—, pues se deja constancia de la pérdida de los recaudos por parte del personal del juzgado; que, por lo tanto, el presente caso no observa el principio de lesividad.

Sétimo: Que, respecto del delito de peculado de uso, se tiene que sus elementos típicos son: **i)** usar o permitir el uso, **ii)** que los bienes sean pertenecientes a la administración pública y **iii)** los fines para los cuales estos bienes sean usados sean ajenos al servicio; que, los fines ajenos al servicio pueden ser diversos, entre ellos "*uso privado de familiares, amigos, empresas, de otras personas, etc., pero siempre con amenidad al servicio. (...) las formas del uso igualmente pueden ser numerosas, directas, indirectas, puede prestarlas, alquilarlas, empeñarlas, etc. El agente puede, incluso, combinar fines oficiales y particulares.*"⁴); que, en autos no se ha llegado a acreditar su comisión, toda vez que el único medio de prueba es la propia versión del procesado, la misma que ha sido aclarada por él mismo en el sentido de que su hijo manejaba de manera *ad honorem* el camión de propiedad de la municipalidad y que lo usaba para realizar las labores propias de la gestión municipal; que, aun en el supuesto de que se encontrara acreditado su uso, y que la conducta imputada al procesado fuera típica, no merecería la imposición de una pena, ya que, en la medida en que este tipo penal busca evitar el entorpecimiento o daño de los fines de la administración pública, la conducta del hijo del procesado —realizar las labores propias de la gestión municipal *ad honorem*— no observa el principio de lesividad antes señalado. Por estos fundamentos declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia

⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la Administración Pública*. Editorial Grijley: Lima, dos mil siete, segunda reimpresión de la cuarta edición, página quinientos.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R. N. N° 1605-2009

TACNA

de fecha veintidós de enero de dos mil nueve, obrante a fojas trescientos setenta y cuatro, que absolvió a Mario Eron Condori Tapia de la acusación fiscal por la comisión del delito contra la Administración Pública —peculado agravado y peculado de uso— en agravio de la Municipalidad de Estique Pampa, con lo demás que contiene y los devolvieron.-

S. S.

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIO ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

SANTA MARÍA MORILLO

SE PUBLICO CONFORME A LEY

MIGUEL ANGEL SOTELO TASAYCO
SECRETARIO (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

RT/hapf