



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N°. 1401 – 2015
SAN MARTÍN**

Sumilla: Malversación de Fondos.

Se evidencia que en la estructura del delito, no concurren diversos elementos objetivos para darle tipicidad, en consecuencia el delito no se configura y deviene de atípico. Con lo cual únicamente resta absolver la acusación imputada. Tanto más si el extremo de la sentencia absolutoria por el delito de malversación de fondos, impugnado por la Parte Civil, no fue de recibo por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; con lo cual también resulta aplicar el Principio de Oficialidad y Acusatorio, el citado recurso de nulidad no puede prosperar, debiendo ratificarse la sentencia absolutoria.

Lima, dos de junio de dos mil diecisiete.-

VISTOS: El recurso de nulidad interpuesto por la PARTE CIVIL -Procurador Público Adjunto del Ministerio de Desarrollo e inclusión Social, Jorge Enrique Orlando Portilla-, contra la sentencia conformada de folios mil trescientos sesenta y dos, de trece de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Sala Mixta y Liquidadora Penal de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín, en el extremo que absolvió a Santos Alejandro Cueva Carranza de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública-malversación de fondos agravado, en agravio del Estado-Foncodes. De conformidad, con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo VENTURA CUEVA.

CONSIDERANDO:

§. IMPUTACIÓN FISCAL.-

PRIMERO: Según la acusación fiscal -folios quinientos ochenta y uno-, los hechos materia de juzgamiento, imputado al acusado Santos Cueva Carranza, se tiene que el veintidós de febrero de dos mil, la institución

Fondo de Cooperación para el Desarrollo Social [en adelante, FONCODES], suscribió un convenio de financiación N°. 07990141, bajo la modalidad de donación con cargo con el núcleo ejecutor del proyecto Agua Potable y Letrinas Jorge Chávez, del cual formaba parte el acusado y sus coprocesados Miguel Ángel Bartra Ruiz (sentenciado) y Gloria Cubas Díaz (reservada), a quienes se les desembolsó para administración y gastos en obras exclusivas del referido proyecto la suma total de S/. 70,775.00 soles en armadas periódicas, a tenor de lo que se informaba respecto del avance de las mismas. El dinero recibido fue manejado irregularmente habiendo sobrevaluado adquisiciones, desmejorando materiales y manipulando especies para su uso personal en forma definitiva, detectándose el pago de mano de obra no calificada, habiendo registrado en planillas a personas que no han trabajado, incurriendo en perjuicio económico por la suma de S/. 2,240.00 soles; en cuanto a la adquisición de madera, utilizaron madera distinta a la aprobada en el expediente técnico alcanzando un perjuicio económico de S/. 2,900.00 soles. Del mismo modo, se detectó exceso de pago en mano de obra no calificada y calificada, habiendo sobrepasado el cien por ciento del presupuesto, alcanzando un perjuicio económico de S/. 3,801.79 soles, además existió un total de perjuicio económico de S/. 2,995.23 soles que no cumplieron en rendir cuentas; de tal manera que presentaron comprobantes de pago por un monto de S/. 60,774.79 soles de los cuales resultan sin sustento la suma de S/. 44,054.34 soles (presunta adulteración). Todo este manejo irregular ascendió a la suma de S/. 8,942.07 soles faltando rendir cuenta de la suma de S/. 2,995.23 soles, en su conjunto el perjuicio económico total ocasionado al Estado fue de S/. 11,237.30 soles.

§. FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.-

SEGUNDO: La sentencia de mérito, en un extremo, declaró probada la responsabilidad penal del encausado Santos Alejandro Cueva Carranza, quien se acogió a la conclusión anticipada de juzgamiento; evitándose la continuación de juicio oral y por consiguiente la actuación probatoria encaminada a demostrar la realización del hecho imputado, por consiguiente emitió sentencia condenatoria como autor del delito contra la administración pública - peculado; no obstante, lo absolvió de la acusación fiscal por el delito de malversación de fondos, puesto que el hecho concreto no configura la tipicidad del delito mencionado, al no haberse verificado que se dio un destino diferente a los fondos públicos y por otro lado, la atribución o competencia para el cobro y administración del dinero que realizó conjuntamente con el ingeniero residente y/o tesorero del núcleo ejecutor, no se establece en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos de la institución pública; por consiguiente deviene en atípica.

§. EXPRESIÓN DE AGRAVIOS.-

TERCERO: La **PARTE CIVIL** -Procurador Público Adjunto del Ministerio de Desarrollo e inclusión Social, Jorge Enrique Orlando Portilla-, en su recurso de nulidad de folios mil trescientos noventa, objeta la sentencia en el extremo que absolvió a Santos Alejandro Cueva Carranza, de la acusación fiscal, por el delito de malversación de fondos, en agravio del Estado-FONCODES. Sostiene básicamente lo siguiente: **i)** El Colegiado Superior, no ha tomado en cuenta que el encausado en su condición de Presidente del Núcleo Ejecutor conjuntamente con sus coprocesados,

pagaron con dinero del financiamiento a personas que no trabajaron en la obra, con lo cual se constituye un elemento de malversación de fondos, al realizar dichos pagos, se desviaron fondos del financiamientos a actividades diferentes a la que estaban previstas en el proyecto; **ii]** Igualmente, debe considerarse como uso distinto al proyecto, el hecho de haberse pagado en exceso de mano de obra no calificada, lo que genera una erogación de los fondos de proyectos para actividades adicionales de los trabajadores no calificados; **iii]** Los montos porcentuales utilizados en aspectos distintos a los que estaban previstos son menores a los montos apropiados, no se consideró que era función de los agentes cautelar los recursos de los programas sociales; y, **iv]** Finalmente, el encausado reconoció su responsabilidad de los hechos ilícitos que se le imputan, por consiguiente existe una conformidad absoluta del juzgador, lo que le impide modificar los hechos ilícitos contenidos en la acusación; en conclusión el Tribunal Superior forzó la desvinculación del delito de malversación de fondos y emitió una decisión absolutoria.

§. ANÁLISIS DEL CASO.-

CUARTO: Previamente, al responder los agravios propuestos, se debe subrayar que el encausado Santos Alejandro Cueva Carranza en la misma sentencia impugnada fue condenado como autor del delito de peculado agravado en perjuicio del Estado Peruano - Foncodes, a cuatro años de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente en su ejecución por el periodo de prueba de un año, sujeta a reglas de conducta; extremo que fue consentido por el condenado y no fue materia de impugnación por la parte civil; por

consiguiente no se emitirá mayor pronunciamiento respecto a dicha decisión.

QUINTO: Ahora bien, resulta necesario realizar un análisis de los agravios planteados por la parte civil, no sin antes explicar la tipicidad objetiva del delito de malversación, para ello la doctrina especializada ha establecido que: “(...) Se configura cuando el agente siempre funcionario o servidor público, de modo definitivo, otorga o da al dinero o bienes del Estado que funcionalmente administra, **un destino diferente al previamente establecido**, lesionando o poniendo en peligro el servicio o función pública encomendada(...)”¹. En efecto existe la necesidad de la concurrencia de diversos elementos objetivos a fin de que se cumpla con la tipicidad; ante su inexistencia el delito no se configura. De esta manera, los elementos objetivos del tipo de dar destino definitivo diferente al establecido, reitera la doctrina especializada: “(...) El agente en lugar de aplicar o invertir **el dinero o bienes públicos que administra en las actividades del Estado, para las cuales fueron destinadas, los utiliza, aplica o invierte en actividades estatales diferentes a las establecidas (...)**”².

SEXTO: En el caso de autos, se advierte que el hecho imputado y cuestionado por la parte civil, referente al delito de malversación de fondos en el caso concreto no constituye delito, es decir es atípico, toda vez que de la imputación fáctica y de las descripciones planteadas por la parte civil no se desprende la constitución del delito imputado antes referido; asimismo, resulta posible que el juez al ejercer soberanamente su función, si bien está obligado a respetar la

[1] Salinas Siccha, Ramiro, Delitos contra la Administración Pública. Grijley. Lima 2014, pp. 390.

[2] Idem, pp. 392.

descripción del hecho glosado en la acusación escrita -vinculación absoluta con los hechos o inmodificabilidad del relato fáctico (*vinculatio facti*)-, por razones de legalidad y justicia, puede y debe realizar un control respecto de la tipicidad de los hechos, del título de imputación, [de conformidad con el fundamento dieciséis del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, asunto: Nuevos alcances de la conclusión anticipada, y el inciso 5) del artículo 372 del Código Procesal Penal]. En definitiva, la decisión adoptada por el Colegiado Superior se encuentra arreglada a derecho.

SÉPTIMO: Cabe precisar que se ha pronunciado el señor **FISCAL SUPREMO EN LO PENAL**; quien al absolver el grado, opinó porque se declare No Haber Nulidad en la sentencia que absolvió al encausado, de la acusación fiscal, como autor del delito de malversación de fondos, en agravio del Estado - FONCODES. Es decir, mostró su conformidad con el fallo de la Sala Penal Superior. El señor Fiscal Supremo sostiene: **a]** Se llegó a determinar que el dinero en mención tuvo un manejo irregular, donde se sobrevaloraron adquisición de materiales, habiéndose detectado planillas sobre personas que nunca trabajaron en dicho proyecto, lo cual ocasionó un grave perjuicio al proyecto por cuanto se sobrepasó el cien por ciento del presupuesto del proyecto; sin embargo, la situación descrita no se ajusta a los elementos constitutivos del delito de malversación de fondos, el cual para su configuración, requiere que el funcionario o servidor público a cargo de la administración de un bien del Estado, voluntariamente decida darle una aplicación diferente definitiva a la establecida, ocasionando con tal proceder una afectación al servicio o función encomendada; y, **b]** En efecto, se evidencia que no se cumple con la estructura típica del delito de malversación de fondos, puesto que no

concurren diversos elementos objetivos entre los cuales se encuentra la función de administrar y la afectación al servicio o función pública encomendada como resultado de la conducta del agente, y la acreditación del perjuicio y afectación, causado al destino específico; condición de tipicidad que en autos no es posible verificar, trayendo como resultado la atipicidad de la conducta, motivos por los cuales deberá confirmarse el extremo absolutorio de la sentencia impugnada.

OCTAVO: En un proceso penal constitucionalizado, donde rige el Principio Acusatorio, debe prevalecer la posición del señor Fiscal Supremo en lo Penal. El orden constitucional encomienda exclusivamente al Ministerio Público la persecución del delito. Desde esta perspectiva, es pertinente recordar que la intervención procesal de la PARTE CIVIL, si bien es coadyuvante en la acreditación del hecho histórico postulado por el Ministerio Público; empero, no es independiente a los lineamientos persecutores que éste imponga. A la parte civil, le está vedada la posibilidad jurídica de insertar alguna pretensión acusatoria, al margen de las disposiciones incriminatorias de la Fiscalía. Rige, en este extremo, el **PRINCIPIO DE OFICIALIDAD**; según el cual, el ejercicio de la acción penal y la formulación de una pretensión punitiva, son prerrogativas ejercidas a instancia del Ministerio Público, como órgano oficial especializado. Las atribuciones de éste último no pueden ser ejercidas por ningún otro órgano, aún cuando sea gubernamental; al no existir norma constitucional que habilite un supuesto de excepción. La PARTE CIVIL, posee limitaciones formales respecto al objeto penal. No le atañe requerir la sanción penal, formular solicitudes al margen de su derecho indemnizatorio, solicitar medidas limitativas de derechos e intervenir en el

procedimiento correspondiente; cuando no está referido al objeto civil [3]. Esto último, además, constituye una manifestación del **PRINCIPIO ACUSATORIO**; sobre el cual, este Tribunal Supremo mantiene una línea reiterada de respeto, como garantía inherente del debido proceso. Así lo ha establecido en importante jurisprudencia [4].

NOVENO: En consecuencia, el recurso de nulidad interpuesto por la PARTE CIVIL -Procurador Público Adjunto del Ministerio de Desarrollo e inclusión Social, Jorge Enrique Orlando Portilla- no puede prosperar, en aplicación del Principio Acusatorio y de Oficialidad en la persecución pública del delito. En otras palabras, el Tribunal solo puede investigar y juzgar un hecho punible cuando ha sido puesto en su conocimiento mediante una acusación. Donde no hay acusador, no hay juez. El juez nunca es inquisidor, es decir, juez y acusador al mismo tiempo [5]. Por lo tanto, con la finalidad de no afectar la autonomía del Ministerio Público, reconocida en el artículo ciento cincuenta y ocho, de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO: Aunado a lo antes referido, este Supremo Tribunal advierte que no convergen razones objetivas, para estimar que el Tribunal Superior haya incurrido en algún error en la apreciación de la valoración del examen de los elementos objetivos del tipo del delito de malversación de fondos; lo que trajo como consecuencia la absolución del encausado Santos Alejandro Cueva Carranza.

[3] San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (INPECCP). Fondo Editorial. Lima 2015, pp. 227.

[4] Por todas, Ejecutorias Supremas recaídas en los Recursos de Nulidad números 921 – 2015/HUÁNUCO, de fecha 13 de abril de 2016; 1922 – 2015/HUÁNUCO, de fecha 25 de abril de 2016; 2906 – 2015/LIMA, de fecha 10 de agosto de 2016; 3231 – 2015(CUSCO, de fecha 14 de setiembre de 2016; y, 1969 – 2016/LIMA NORTE, de fecha 01 de diciembre de 2016. Caso: Rony Luis García Guzmán; entre otras.

[5] Klaus, Volk. Curso fundamental de Derecho Procesal Penal. 1era Edición. Editorial Hammurabi S.R.L., Buenos Aires - Argentina, 2016, pág. 253.

Tampoco, se ha valido de argumentos tendenciosos o exentos de logicidad y razonabilidad. Solo de haberse verificado alguna de estas posibilidades, se justificaría la declaratoria de nulidad de la absolución, solicitada por la Parte Civil, en aplicación del artículo doscientos noventa y ocho, numeral uno, del Código de Procedimientos Penales. En consecuencia, el recurso de nulidad promovido por la PARTE CIVIL, no puede prosperar, debiendo confirmarse, en este extremo, la sentencia absolutoria.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia conformada de folios mil trescientos sesenta y dos, de trece de noviembre de dos mil catorce, emitida por la Sala Mixta y Liquidadora Penal de Moyobamba de la Corte Superior de Justicia de San Martín, en el extremo que absolvió a Santos Alejandro Cueva Carranza de la acusación fiscal por el delito contra la administración pública-malversación de fondos, en agravio del Estado-Foncodes, con lo demás que contiene; y, los devolvieron.-

S.S.

HINOSTROZA PARIACHI

VENTURA CUEVA

PACHECO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

VC/blv