

Elementos típicos del delito de peculado

Sumilla. Uno de los comportamientos típicos del delito de peculado está constituido por el verbo rector *apropiar*. El que se configura cuando el agente hace suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la administración pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.

Lima, veinte de abril de dos mil dieciséis.

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el representante del Ministerio Público y el Procurador del Estado, contra la resolución de fecha diez de julio de dos mil quince, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción planteada por los encausados Mariano Eutropio Portugal Catacora y Efraín Choque Aroapaza; en el proceso que se les sigue por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso agravado por apropiación [previsto en el segundo párrafo, del artículo 387, del Código Penal], en perjuicio del Estado-Municipalidad Provincial de Puno; en consecuencia, declararon extinguida la acción penal seguida contra los referidos acusados, por el mencionado delito y agravado. Con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal. Interviene como ponente la señora jueza suprema Barrios Alvarado.

CONSIDERANDO

Primero. Agravios de su recurso de nulidad. El Fiscal Superior solicita, en su recurso impugnatorio, que se revoque la decisión que ampara la excepción de naturaleza de acción, planteados por los acusados Mariano Eutropio Portugal Catacora y Efraín Choque Aroapaza, y que se continúe con el proceso seguido contra estos. Como agravio sostiene que la Corte Suprema en su Ejecutoria de fecha 11 de mayo de 2011, solicitó la realización de algunas diligencias, las cuales no pudieron llevarse a cabo en el tiempo de la instrucción ampliada; no obstante, estas pueden efectuarse durante el desarrollo de un nuevo juicio oral. Refiere que la Sala Penal Superior efectuó

una errónea interpretación de los alcances de la referida Ejecutoria Suprema, pues en ninguno de sus fundamentos se estableció que el tipo penal de peculado, para el presente caso, no era el correcto, y que tan solo se hizo referencia a la falta de elementos para garantizar el debido proceso. Ratifica que la conducta de ambos procesados sí se encuentra subsumida dentro del delito de peculado doloso agravado por apropiación, pues refiere que Portugal Catacora, en su condición de alcalde, con el solo traslado de los caudales depositados en el Banco de la Nación hacia el Banco Continental, se apropió de tales para beneficio suyo, la que se concretó con el levantamiento de las deudas personales que mantuvo con la última entidad bancaria; y que Choque Aroapaza fue el encargado de realizar dicha transferencia. Finalmente, alega que resulta desproporcionado que se le exija a su ministerio que precise acciones detalladas sobre cómo, qué o cuándo lo hizo.

Por su lado, la Procuraduría del Estado, al igual que la Fiscalía, solicita la nulidad de la resolución cuestionada y la realización de un nuevo juicio oral. Como agravio refiere que no existe un pronunciamiento de fondo respecto de la atipicidad de los hechos. Agrega que la conducta desplegada por los encausados sí se encuentra subsumida dentro del tipo penal de peculado, puesto que se dispuso de los fondos de la municipalidad como si fueran propios, dado que sin justificación alguna se efectuó la transferencia de una entidad financiera a otra, operación bancaria que benefició al encausado Portugal Catacora frente a sus obligaciones personales con el Banco Continental, reflejándose en la condonación de deudas.

Segundo. Marco incriminatorio. Conforme con los términos de la acusación fiscal escrita y sus aclaratorios, se incrimina a **Mariano Eutropio Portugal Catacora**, en su condición de alcalde de la Municipalidad Provincial de Puno, que durante su gestión edil se habría apropiado de los fondos provenientes del Programa del Vaso de Leche y Fondos de Compensación Municipal

(FONCOMUN), los mismos que se encontraban depositados en el Banco de la Nación, para su beneficio personal. Esto quedó evidenciado al transferir estos fondos al Banco Continental BBVA-Sucursal Puno, con fechas 08 y 27 de agosto de 2003, 07 y 23 de octubre de 2003 y 24 de diciembre de 2003, operaciones financieras que lo favorecieron en sus obligaciones personales que mantenía con la última entidad bancaria en referencia, dado que consiguió la condonación de una deuda personal que mantenía, además de la suspensión del remate de un inmueble de su propiedad. Asimismo, **Efraín Choque Aroapaza**, en su calidad de gerente de Administración de la Municipalidad Provincial de Puno, efectuó los trámites correspondientes para que se proceda con la transferencia de los fondos antes señalados de la entidad edil, del Banco de la Nación al Banco Continental BBVA-sucursal Puno.

FUNDAMENTOS

Tercero. El artículo 5, del Código de Procedimientos Penales, prevé como uno de los medios de defensa técnico que puede utilizar el justiciable para impugnar el desarrollo de la relación procesal, la excepción de naturaleza de acción, la que se entiende doctrinariamente como el derecho del inculpado de solicitar que se archiven definitivamente los actuados porque considera que los hechos incriminados no tienen contenido penal, esto es que no concurren la tipicidad, antijuricidad o la culpabilidad; es decir, que un hecho no constituye delito cuando la conducta manifestada por el agente, con su acción u omisión, no se adecúa a un tipo penal previsto por la Ley Penal; o el hecho fáctico no es justiciable penalmente, esto es que puede estar tipificado como delito [hecho típico, jurídico y culpable], pero está rodeado de alguna circunstancia que lo exime de sanción penal, dado que la penalidad se encuentra excluida, por haberlo considerado así el legislador, en atención a causas de parentesco u otras circunstancias con fines de una mejor convivencia social, así se tienen las excusas absolutorias que contempla

nuestro Código Penal y, asimismo, son injustificables penalmente los comportamientos típicos que la doctrina jurídico-penal reconoce como adecuados socialmente y, por lo tanto, carecen de relevancia penal para la pretensión sancionadora del Estado.

Cuarto. El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116 desarrolla la definición y estructura típica del delito de peculado –doloso y culposo–, en el cual se señalaron los elementos que debe contener la institución del peculado doloso para su configuración: **a.** 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. **b.** La percepción, que no es más que la acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita. La administración, que implica las funciones activas de manejo y conducción. La custodia, que importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia indebida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. **c.** La **apropiación o utilización**. **En el primer caso, estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos.** En el segundo caso, utilizar se refiere al aprovecharse de las bondades que permite el bien (caudal o efecto), sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. **d.** El destinatario: "para sí". El sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros. "Para otro", se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero. **e.** Los caudales y efectos. Los primeros son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero. Los efectos son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

Quinto. Examinada la resolución recurrida se advierte que la Sala Penal Superior declaró fundada la excepción de naturaleza de acción a favor de los encausados Mariano Eutropio Portugal Catacora y Efraín Choque Aroapaza, pues consideró que dentro de la conducta desplegada por ambos no se presenta uno de los elementos materiales del tipo penal (atipicidad relativa), relacionada con la configuración del verbo rector de "apropiación" para sí o para otro, puesto que el hecho de transferir los fondos públicos del Banco de la Nación a una entidad bancaria privada, por sí solo, no puede constituir actos de apropiación, sino que se requiere que el agente tenga la posibilidad de disponer de ellos como si fueran propios, lo que no ha ocurrido en el presente caso. No obstante, el Fiscal Superior y el Procurador Público, en sus recursos impugnatorios, coinciden en sostener que la conducta atribuida a los encausados sí se subsume dentro del tipo penal de peculado; puesto que el elemento típico de "apropiar" queda en evidencia al momento de transferir los fondos de una entidad financiera a otra sin justificación alguna, operación financiera con la que obtuvo una ventaja patrimonial indebida.

Sexto. En ese sentido, para poder obtener un pronunciamiento final respecto del caso concreto deberá despejarse la incertidumbre sobre la concurrencia o no de la modalidad delictiva de "apropiación" en el delito de peculado doloso, como parte de los elementos objetivos del tipo penal. Así tenemos, según la hipótesis fiscal, que los acusados se aprovecharon del cargo público que ostentaban para transferir fondos propios de la Municipalidad al Banco Continental BBVA-Sucursal Puno; y como resultado de esta operación bancaria el encausado Mariano Eutropio Portugal Catacora se favoreció con la condonación de obligaciones que mantenía con dicha entidad bancaria desde antes de asumir el cargo de alcalde provincial de Puno. Según el acuerdo plenario la modalidad de "apropiación" se configura, además, cuando el agente hace suyos los caudales o efectos que pertenecen al Estado, para ello los aparta de la esfera de la función de la administración

pública y lo coloca en situación de disponer de los mismos. Como bien lo establece la resolución cuestionada, estas circunstancias descritas no se advierten concretamente en el presente caso, pues si bien los fondos de la municipalidad agraviada fueron trasladados del Banco de la Nación al Banco Continental BBVA, dicha transferencia por sí sola no acredita la "apropiación", dado que la entidad edil –como lo reconoce el Ministerio Público– no dejó de ser la titular de dichos fondos, conforme con el reporte emitido por el Banco Continental a folios 286, ni los dejó de administrar. Asimismo, conforme con la tesis fiscal no aparece que alguno de los acusados haya ingresado dichos fondos a formar parte de su caudal privado, y que con dicha acción hayan causado un perjuicio al erario nacional; pues cabe recordar que el bien debe separarse de la esfera estatal y disponerse indebidamente una aplicación privada de los mismos; aunado a que el delito de peculado es un delito de resultado, de lesión, por lo que debe producirse, en lo concreto, un perjuicio patrimonial que debe acreditarse con la respectiva pericia contable, lo que no ha ocurrido en el presente caso, puesto que no es suficiente que el agente realice un desplazamiento concreto de los caudales o efectos, sino que dicha separación conlleve a una disposición indebida.

Los recurrentes intentan acreditar la configuración del delito de peculado con el traslado del dinero a una entidad bancaria privada y la obtención de una ventaja económica que obtuvo con dicha operación el encausado Mariano Eutropio Portugal Catacora; sin embargo, como hemos señalado esa sola acción de transferencia bancaria, en este caso, no puede configurarse como la modalidad de "apropiación", más aún cuando conforme con la tesis fiscal la entidad edil agraviada siguió como titular de dichos fondos. De otro lado, la obtención de algún beneficio indebido debe estar vinculado estrechamente con un acto propio previo de apropiación o utilización. Para este caso, la obtención de un beneficio o ventaja patrimonial no forma parte de los elementos objetivos del tipo penal de peculado.

Séptimo. De lo expuesto, se colige que la imputación fáctica en el presente caso no configura los elementos objetivos del tipo penal de peculado doloso por apropiación; en consecuencia, debe confirmarse la decisión del Tribunal Superior.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la resolución de fecha diez de julio de dos mil quince, que declaró fundada la excepción de naturaleza de acción planteada por los encausados Mariano Eutropio Portugal Catacora y Efraín Choque Aroapaza, en el proceso que se les sigue por el delito contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado doloso agravado por apropiación [previsto en el segundo párrafo, del artículo 387, del Código Penal], en agravio del Estado-Municipalidad Provincial de Puno; en consecuencia, declararon extinguida la acción penal seguida contra los referidos acusados, por el mencionado delito y agraviado; con lo demás que contiene. Hágase saber y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

PRADO SALDARRIAGA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO
EBA/wcpm

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Diny Yuriana Chávez Veramendi
Secretaria (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

02 JUN. 2016