

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 4721-2009

APURIMAC

Lima, nueve de noviembre de dos mil diez.-

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público contra la sentencia absolutoria de fecha diez de noviembre de dos mil nueve, de fojas ochocientos, 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 representante del Ministerio Público en su recurso de nulidad de fojas ochocientos dieciocho cuestiona la absolución de los encausados Leonidas Leguía Pacheco como autor del delito de peculado de uso, colusión y omisión de acto funcional y Elías Romero Lagos en calidad de cómplice del delito de colusión, alegando que el Colegiado Superior no ha valorado correctamente los medios de prueba que obran en autos, los que acreditan la comisión y responsabilidad los referidos encausados por los delitos materia de imputación. **Segundo:** Que, se atribuye al procesado Leguía Pacheco, que en su condición de Jefe del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural de Andahuaylas - PETT de Andahuaylas, haber concertado con su coprocesado Romero Lagos en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Talavera en Andahuaylas para defraudar al Estado; de igual forma, el encausado Romero Lagos solicitó mediante documento respectivo el préstamo entre otros del equipo de topografía para efectuar el Catastro Urbano en el distrito de Talavera a su coencausado Leguía Pacheco, quien en mérito a ello los días ocho, nueve y diez de agosto de dos mil cinco no solo le facilitó el equipo topográfico requerido, sino que dispuso que un servidor de su entidad preste apoyo para dicha labor pese a tener

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA.

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 4721-2009

APURIMAC

conocimiento de las disposiciones que prohíben el levantamiento catastral urbano (incluido la utilización de bienes) en dicha zona, salvo el pago correspondiente por este servicio conforme al TUPA, causando por un lado perjuicio a la institución PETT de Andahuaylas, toda vez que la labor de esta es la titulación de tierras y catastro rural; beneficiando de esta manera al encausado Romero Lagos con el uso del equipo topográfico para efectuar el catastro urbano, sin que éste último haya procedido a pagar las tasas a las que está obligado por ley. **Tercero:** Que, con relación al delito de omisión de acto funcional, tipificado en el artículo trescientos setenta y siete, se sanciona al funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo; que, en el presente caso si bien se le atribuye al encausado Leguía Pacheco, Presidente del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural de Andahuaylas, haber autorizado la salida de equipo de topografía, en calidad de préstamo, a su coprocesado el Alcalde del distrito de Talavera, Romero Lagos, en razón de que éste último mediante oficio número doscientos cuarenta y cuatro guión dos mil cinco guión ALC / MDT/A, de fecha once de julio de dos mil cinco, de fojas catorce solicitó el apoyo del equipo de topografía para efectuar el catastro urbano del distrito de Talavera, sin embargo, tal conducta no se subsume en este tipo penal, puesto que dicha conducta no refleja normativamente una omisión, rehusamiento o retardo ilegal, que por lo contrario, se advierte un accionar consistente en brindar apoyo con bienes de su institución a la Municipalidad de Andahuaylas, por tanto, al no configurarse los elementos que exige este tipo penal, dicha conducta resulta ser atípica, consecuentemente, lo resuelto por el

16

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N. N° 4721-2009

APURIMAC

Colegiado Superior se encuentra conforme a ley. **Cuarto:** Que, respecto al delito de colusión desleal previsto en el artículo trescientos ochenta y cuatro del Código Penal, se tipifica cuando, "El funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros". Que, antes de pasar a resolver la controversia, es necesario delimitar la estructura-normativa de este delito; que, este tipo penal es un delito de infracción de deber, integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurra en responsabilidad penal de corte institucional (JAKOBS Günther. *Derecho Penal / Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes); asimismo, esta exigencia formal -de "funcionario o servidor público"- debe de haber intervenido en la operación defraudatoria en razón de su cargo o de su comisión especial, (Vid. GARCÍA CAVERO, *Aspectos Dogmáticos Esenciales del Delito de Colusión Desleal*, en: Percy García Caveró y José Luis Castillo Alva "El delito de Colusión", editorial Griley, Lima, dos mil ocho, página treinta y dos) toda vez que su sustento está en el "deber atribuido a un funcionario público de resguardar los intereses estatales en la contratación o adquisición de bienes o servicios para el Estado", por lo que para el presente caso habrá que determinarse si estos funcionarios

18

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 4721-2009
APURIMAC

tuvieron en su ámbito institucional "funcional" la decisión sobre la suscripción o la determinación de los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros; que, en el presente caso, los hechos que se les atribuyen a estos procesados no configuran el delito de colusión desleal al no haberse acreditado los elementos objetivos de este tipo penal; si bien la conducta atribuida a los procesados Leguía Pacheco, (autor) como Presidente del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural de Andahuaylas, está en haber autorizado la salida del equipo de topografía, en calidad de préstamo a su coprocesado el Alcalde Romero Lagos, (cómplice primario) en razón a la solicitud que éste último efectuara mediante oficio número doscientos cuarenta y cuatro guión dos mil cinco guión ALC / MDT/A, de fecha once de julio de dos mil cinco, de fojas catorce. sin embargo, tal conducta no se adecua a este tipo penal, pues, en autos no se advierte la celebración de un contrato o negociación que implique que ambos procesados se pusieron de acuerdo para defraudar al Estado; que, por el contrario en autos obra la pericia contable de fojas seiscientos noventa y nueve, ratificada en sesión de audiencia de fojas setecientos diecisiete, que concluye, "no se evidencia cobros indebidos en beneficio propio o de terceros. No se pagó por concepto de derecho de frámite administrativo al Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro de Andahuaylas", en este sentido, tal accionar de estos procesados resulta ser atípico con relación a este tipo penal.

Quinto: Que, el delito de peculado de uso, tipificado en el artículo trescientos ochenta y ocho, sanciona al funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. Nº 4721-2009
APURIMAC

administración pública o que se hallan bajo su guarda; que, este tipo penal es "un delito de infracción de deber integrado por un deber positivo o deber institucional específico que delimita el ámbito de competencia del actuante, circunscribiéndolo al rol especial de funcionario o servidor público, quedando así obligado a ejercerlo correctamente, de tal manera que cuando defraude las expectativas normativas, referidas a su rol especial, incurra en una responsabilidad penal de corte institucional" (JAKOBS Günther. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación*, segunda edición, Madrid, mil novecientos noventa y siete, página mil seis y siguientes); Que, de la revisión de autos no se encuentra acreditada la responsabilidad penal del procesado Leguía Pacheco en la comisión de este tipo penal, puesto que sólo autorizó la salida del equipo de topografía, así como el personal en calidad préstamo a su coprocesado Romero Lagos, Alcalde de la Municipalidad Distrital de Talavera, con la finalidad de apoyar el desarrollo de una obra de interés social, la misma que fue aprobada por sesión ordinaria del Consejo de la Municipalidad Distrital de Talavera, conforme se advierte a fojas seiscientos ocho, no advirtiéndose en autos otros elementos probatorios que acrediten que el encausado Leguía Pacheco haya efectuado un mal uso o un uso indebido de los materiales que se encontraban bajo su disponibilidad funcional, que por el contrario, obra la Hoja Informativa número cero veinticuatro guión dos mil seis guión AG guión PETT guión OCI, de fojas doscientos cincuenta y uno, emitida por el Órgano de Control Institucional del PETT, donde recomienda archivar la denuncia en el procedimiento administrativo seguido contra este encausado por el uso

19

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 4721-2009
APURIMAC

indebido de equipos topográficos y otros, por tanto, no habiendo enervado la presunción de inocencia que le asiste a todo justiciable lo resuelto por el Colegiado Superior se encuentra conforme a ley. Por estos fundamentos. **declararon: NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha diez de noviembre de dos mil nueve, de fojas ochocientos, que absuelve a Leonidas Leguía Pacheco, como autor del delito contra la Administración Pública en las modalidades de omisión de actos de función, colusión desleal y peculado de uso, en agravio del Estado – Ministerio de Vivienda, Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI - Andahuaylas); y a Elías Romero Lagos en calidad de cómplice por el delito contra la Administración Pública en la modalidad de colusión desleal, en agravio del Estado – Ministerio de Vivienda, Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI - Andahuaylas); con lo demás que al respecto contiene, y los devolvieron.-

SS.

RODRÍGUEZ TINEO

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES

SANTA MARÍA MORILLO

RT/rble

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

EXPEDIENTE N° 65-2008
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE APURIMAC
C.S. N° 4721-2009
DICTAMEN N° 2029 -2010-MP-FN-1°FSP

SEÑOR PRESIDENTE DE LA SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:

La Sala Mixta Descentralizada e Itinerante de Andahuaylas y Chincheros de la Corte Superior de Justicia de Apurimac, por Sentencia de fs. 800/808, su fecha 10 de noviembre del 2009, falla: **ABSOLVIENDO** a Leonidas Leguía Pacheco (autor) de la Acusación Fiscal por el delito contra la Administración Pública Colusión, Peculado de Uso y Omisión de Acto funcional, en agravio del Estado - Ministerio de Vivienda - Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI-Andahuaylas) y a Elías Romero Lagos (cómplice) por el delito contra la Administración Pública - Colusión, en agravio del Estado - Ministerio de Vivienda - Comisión de Formalización de la Propiedad Informal (COFOPRI-Andahuaylas).

I.- FUNDAMENTO DE LA IMPUGNACIÓN:

Contra esta Sentencia, el Superior Colegiado a fs. 821, concedió el Recurso de Nulidad interpuesto por el Representante del Ministerio Público a fs. 818/820, en el sostiene que, no se ha compulsado adecuadamente las pruebas actuadas en la secuela del proceso penal, que determinan la responsabilidad penal de los procesados.

II.- DELIMITACIÓN DE LOS HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN:

Se incrimina al procesado Leonidas Leguía Pacheco, en su condición de Jefe del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural de Andahuaylas - PETT de Andahuaylas (ahora COFOPRI), haber concertado con su co procesado Elías Romero Lagos, en su condición de Alcalde de la Municipalidad Distrital de Talavera en Andahuaylas para defraudar al

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal Supremo
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

Estado. Así, el encausado Romero Lagos solicitó mediante documento respectivo el préstamo de equipo de topografía para efectuar el catastro urbano en el distrito de Talavera a su co encausado Leguía Pacheco, quien en mérito a ello los días 8, 9 y 10 de agosto del 2005 no sólo le facilitó el equipo topográfico requerido sino dispuso que un servidor de su entidad preste apoyo para dicha labor, pese a tener conocimiento de las disposiciones que prohíben el levantamiento catastral urbano (incluido la utilización de bienes) en dicha zona, salvo el pago correspondiente conforme al TUPA, causando por un lado perjuicio a la institución PETT de Andahuaylas, ya que la labor de ésta es básicamente la titulación de tierras y catastro rural; y beneficio a su co encausado Elías Romero Lagos con el uso del equipo topográfico para efectuar el catastro urbano, sin que éste último haya procedido a pagar las tasas a la que está obligado por ley.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal Supremo
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

III.- EVALUACIÓN DEL MATERIAL PROBATORIO

A) Sobre el delito de Omisión de Acto Funcional atribuido al procesado Leonidas Leguía Pacheco

Del análisis y revisión de los actuados se advierte que la conducta del encausado Leonidas Leguía Pacheco no se encuadra en la descripción típica del delito de Omisión de Acto Funcional previsto en El artículo 377 del Código Penal el cual sanciona a *aquel funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo*. Entendiéndose por omitir un no hacer lo que se debe y puede hacer en un determinado tiempo o momento.

En efecto, si bien el citado procesado se desempeñaba como funcionario público ejerciendo el cargo de Jefe del Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro Rural de Andahuaylas - PETT de Andahuaylas (ahora COFOPRI), presupuesto legal que exige el tipo penal sub examine, no obstante en la Formalización de denuncia ni en la



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

Acusación Fiscal se ha determinado "el acto que estaba obligado por Ley y dejó de hacer dolosamente en forma no debida".

Así, el hecho que el procesado Leonidas Leguía Pacheco autorizara los días 8, 9, y 10 de agosto del 2005 prestar apoyo con equipos topográficos, así como la colaboración de un personal del PETT para el levantamiento de Catastro Urbano del distrito de Talavera, al alcalde de dicho distrito, su co procesado Elías Romero Lagos, quien lo requirió mediante Oficio N° 244-2005-ALC/MDT/A de fecha 11 de julio del 2005 (fs. 13); no constituye, de modo alguno, como bien lo señala el Colegiado, *una inercia o conducta pasiva u omisiva que vulnera un deber impuesto legalmente, al contrario es un comportamiento positivo o activo "un hacer" consistente en brindar apoyo con bienes y personal a una entidad del Estado, en este caso la Municipalidad de Talavera.*

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal Supremo
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal

De lo cual se advierte que no concurre en la conducta del procesado uno de los elementos objetivos para la configuración del delito de Omisión de acto funcional, esto es, *"ilegalmente omitir algún acto de su función"*, resultando de este modo atípica su conducta.

B) Sobre el delito de colusión desleal atribuido al procesado Leonidas Leguía Pacheco (autor) y Elías Romero Lagos (cómplice).

Este Despacho considera necesario precisar lo alcances del delito de Colusión Desleal, previsto en el artículo 384° del Código penal el cual sanciona al *"funcionario o servidor público que, en los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios, subastas o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo o comisión especial defrauda al Estado o entidad u organismo del Estado, según Ley, concertándose con los interesados en los convenios, ajustes, liquidaciones o suministros"*.



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

Al respecto, conforme a los hechos materia de investigación se ha establecido que la conducta de los encausados Leonidas Leguía Pacheco (autor) y Elías Romero Lagos (cómplice) no se adecúan a la descripción típica del delito de Colusión Desleal, por carecer de los elementos objetivos del tipo penal.

Así tenemos, que la norma penal señala que la concertación debe darse entre los funcionarios y servidores públicos con los interesados dentro de convenios, ajustes, liquidaciones o suministros, en su propósito de defraudar al Estado; para ello obviamente el sujeto activo por razón de su cargo debe encontrarse facultado para realizar tales contrataciones, negociaciones patrimoniales u operaciones contractuales, sin embargo, de los actuados no se ha determinado que el procesado Leonidas Leguía Pacheco ostentaba tal función.

A mayor abundamiento, se debe considerar el hecho de que en la acusación fiscal no se le atribuye al procesado Leguía Pacheco la celebración de ningún contrato o negociación patrimonial, sino el haber autorizado el préstamo de equipos topográficos, así como el de un personal de su institución - PETT de Andahuaylas a favor de la Municipalidad Distrital de Talavera.

Con relación al encausado Elías Romero Lagos, es pertinente acotar que en su condición de Alcalde del Distrito de Talavera estaba en la obligación de realizar las gestiones posibles para obtener equipos topográficos, ello en mérito al Contrato de Locación de Servicios para la Implementación del Catastro N° 049-2005-MDT de fs. 606/607¹, siendo que mediante Oficio N° 244-2005-ALC/MDT/A (fs. 14) le requirió a su co procesado Leonidas Leguía Pacheco, Jefe OPER de Andahuaylas, tales implementos para

¹ Contrato de Locación de Servicios para la implementación de Catastro N° 049-2005-MDT de fecha 14 de Julio del 2005 suscrito entre la Municipalidad Distrital de Talavera con el Bachiller Ingeniero Luis Alfredo Lizarme Quispe, para la realización del Plan de Catastro Urbano de dicha localidad (fs. 606/607), aprobado en Sesión Ordinaria de Consejo del 21 de abril del 2005 (fs.608/620) en el Acuerdo N° 054-2005-CDI (fs. 616).



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

realizar el Catastro Urbano del distrito de Talavera. Evidenciándose que su conducta ha sido el de solicitar apoyo en beneficio de su Comuna, y no el de una colaboración para la celebración de un acto negocial o contrato defraudatorio a los intereses del Estado, tal como se le atribuye. Desvirtuándose con ello, la imputación a los encausados Leonidas Leguía Pacheco y Elías Romero Lagos referente a haber concertado dentro de una negociación contractual.

Finalmente, tampoco existió defraudación, toda vez que no se ha acreditado el elemento intrínseco, este es el perjuicio en detrimento de la entidad agraviada, PETT de Andahuaylas, ya que según la Pericia Contable de fs. 699/701 (ratificada en el Juicio Oral a fs. 717/719), los especialistas suscribientes afirman que: No se evidenció cobros indebidos en beneficio propio o de terceros. No se pagó por concepto de derecho de trámite administrativo al Proyecto Especial de Titulación de Tierras y Catastro (PETT de Andahuaylas), por la utilización del equipo de Estación Total, por no estar explícitamente detallado en el TUPA del PETT.

C) Sobre el delito de Peculado de Uso atribuido al procesado Leonidas Leguía Pacheco

En lo que respecta al delito de Peculado de Uso, cabe puntualizar que el artículo 388° del Código penal sanciona al "funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo perteneciente a la administración público que se hallan bajo su guarda..."

Ahora bien, en el presente caso, no se ha acreditado la comisión del delito atribuido al procesado Leonidas Leguía Pacheco, toda vez que el equipo topográfico: estación total y otros de propiedad del PETT, así como el personal asignado fueron concedidos en calidad de apoyo al Municipio Distrital de Talavera para ser destinados al desarrollo de una obra de interés social, esto es, el Catastro Urbano de dicha localidad, obra

JOSÉ ANTONIO PELÁEZ BARDALES

Fiscal Supremo

Primera Fiscalía Suprema en lo Penal



Ministerio Público
Primera Fiscalía Suprema Penal

que fue aprobado por Sesión Ordinaria del Consejo Municipal de fs. 608/620, y no para beneficio de terceros o de naturaleza particular.

Sustento de esta aseveración, se tiene la Hoja Informativa N° 024-2006-AG-PETT-OCI (fs. 251/254) emitida por el Órgano de Control Institucional del PETT en la cual recomendó el archivo de la denuncia en el procedimiento administrativo seguido contra el encausado Leonidas Leguía Pacheco por uso indebido de equipos topográficos y otros.

En este contexto resulta evidente, que el equipo topográfico y el personal facilitado en calidad de apoyo, se hallaba dentro del ámbito de los fines que cumple el Estado, es decir, el desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, pues la disponibilidad funcional de los bienes de naturaleza pública, no ha sido alterada por parte del imputado como funcionario público, tal y conforme lo detalla el Colegiado en la sentencia recurrida.

IV.- OPINIÓN FISCAL.

En consecuencia, esta Fiscalía Suprema en lo Penal, OPINA que la Sala de su Presidencia, declare **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida.

Lima, 11 de octubre de 2010.



JAPB/MSV/1008.

JOSE ANTONIO PELAEZ BARDALES
Fiscal Supremo
Primera Fiscalía Suprema en lo Penal