

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL TRANSITORIA
R.N. N° 1313-2008
AYACUCHO**

Lima, catorce de enero de dos mil diez.

VISTOS; los recursos de nulidad interpuestos por el Fiscal Superior y por los procesados Percy Alexis Orellana Aylas y Máximo Quichca Vega contra la sentencia de fojas novecientos cincuenta y cuatro, de fecha treinta de enero de dos mil ocho; interviniendo como ponente la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado; con lo expuesto por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y, **CONSIDERANDO: Primero:** Que el Fiscal Superior, en su recurso fundamentado a fojas novecientos ochenta y dos, cuestiona el quantum de la pena impuesta -con carácter de suspendida- a los procesados Percy Alexis Orellana Aylas y Máximo Quichca Vega como autores de los delitos contra la Administración Pública, en la modalidad de peculado y malversación de fondos, alegando que ésta no es proporcional con los hechos imputados, considerando que debe ser incrementada hasta los ocho años de pena privativa de la libertad que solicitó en su acusación, al igual que el monto de reparación civil fijado. De otro lado, los procesados Percy Alexis Orellana Aylas y Máximo Quichca Vega, en sus recursos de nulidad fundamentados a fojas novecientos noventa y cuatro y mil diez, respectivamente, cuestionan su condena por los delitos de peculado y malversación de fondos, alegando que respecto a la imputación de haberse apropiado de doscientos ochenta y seis nuevos soles luego de adquirir juguetes para la navidad de la infancia del distrito de Quinua, éste monto fue sustentado mediante una declaración jurada, no evaluada por los peritos, al haber adquirido dichos bienes en el comercio ambulatorio y por tratarse de una adquisición de menor cuantía; que respecto a los bienes que se señala no han sido entregados, refiere que las frazadas y colchones adquiridos fueron trasladados en cesión de uso y posteriormente dados en donación a la Asociación de Padres de Familia de la comuna de Murucancha; que no se determinó que se utilizó caudales de la institución para la adquisición de la calculadora científica EX - cuatro mil quinientos; que respecto al estante y escritorio metálicos supuestamente sustraídos, no se ha establecido la final relación funcional con dicho bien, el que fue destinado al área de administración y planeamiento, no

acreditándose apropiación indebida por parte de los encausados, tanto más si los peritos no han llegado a verificar el acervo documentario de los bienes muebles que posee la entidad agraviada; en cuanto a la no existencia física del auto radio Pionner, eclímetro y grabadora, no se ha llegado a establecer que se hayan apropiado de dichos bienes, sino que éstos fueron extraviados por terceros; que respecto a la ausencia de madera tornillo adquirida por la entidad, refiere que se trata de bienes fundibles susceptibles de ser reemplazados y que se caracterizan por que se destruyen o perecen, no acreditándose su apropiación por parte de los encausados, y que por lo demás no se establece la relación funcional pues ello compete al jefe de almacén; que con relación al giro de fondos refieren que es meramente subjetivo el afirmar que el monto pagado es muy alto y que por ello el monto girado era para beneficio de los emisores, lo que no ha sido acreditado de modo alguno, por el contrario se demostró que sirvió para cancelar al proveedor Rubén Escalante Prado por los servicios prestados; que respecto a la adquisición de la cámara filmadora, indica que el valor de la misma no superó los tres mil nuevos soles por lo que por la cuantía se adquirió a través de una adjudicación directa, además el bien existe físicamente en el almacén; que los viáticos que se le entregaron fueron sustentados mediante declaraciones juradas, además que su no rendición o rendición parcial solo ameritan responsabilidad administrativa; que respecto a las irregularidades en la construcción del Centro Educativo de Chihuampampa no se ha demostrado que los procesados hayan utilizado los caudales en detrimento de la Municipalidad agraviada y que el deterioro en la construcción se debe a situaciones de fuerza mayor producto de la naturaleza, y respecto a ello debe responder el ingeniero residente; que la pericia judicial ampliatorio toma como base el informe de verificación situacional sin haber tenido acceso a los documentos fuentes originales, y se pronunció respecto a hechos que no fueron objeto de acusación, tratándose de un informe sin fundamento científico, no rubricado por dos especialistas como exige la norma procesal; finalmente, precisan que los hechos denunciados no constituyen delitos de peculado y malversación de fondos puesto que no existe una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales considerados sustraídos. **Segundo:** Que, fluye de la acusación fiscal obrante a fojas seiscientos cuarenta y nueve, que se imputa a Percy Alexis Orellana Aylas -en su calidad de Alcalde - y a Máximo Quichca Vega - administrador- que durante su gestión como funcionarios de la Municipalidad distrital de Quinua, entre los años mil novecientos noventa y nueve y dos mil dos, cometieron los siguientes hechos considerados

tipificados en los delitos de peculado y malversación de fondos: **a)** El administrador Máximo Quichca Vega mediante el memorándum número setecientos ochenta y dos- cero MDQ-AA, autoriza a la Tesorera Zenobia Cuadros Ramos a girar un cheque, en calidad de anticipo, por la suma de quinientos nuevos soles a favor del procesado Percy Alexis Orellana Aylas, con la finalidad de que compre juguetes en la ciudad de Lima por las Fiestas Navideñas. Que de dicho monto únicamente gastó doscientos catorce nuevos soles, sin devolver el saldo de doscientos ochenta y seis nuevos soles a la municipalidad agraviada; **b)** Durante la gestión municipal de ambos funcionarios se adquirieron bienes consistentes en quince frazadas, diez colchones de una plaza, cinco colchones de plaza y media, una calculadora científica FX- cuatro mil quinientos PA, un staff metálico de acero, un escritorio metálico modelo gerente, un auto radio marca Pioner, modelo FEU, un eclímetro grande marca Porcent, una grabadora de serie setecientos treinta mil cinco, los que no fueron entregados en la transferencia de cargo de gestión municipal, no existiendo registro de su ubicación; **c)** adquirieron cartones y tablonos de madera tornillo, con dinero del Fondo de Compensación Municipal (en adelante FONCOMUN) para usar en diferentes obras a realizar por la Municipalidad de Quinua, a su vez adquirieron tablas de madera para encofrado, por la suma de mil doscientos nuevos soles, desconociendo que destino tenían las primeras adquisiciones de madera. Asimismo, para una obra pública determinada adquirió mayor cantidad de madera por la suma de mil doscientos ochenta y cuatro nuevos soles, y posteriormente, por el monto de doscientos nuevos soles; **d)** Los procesados giraron, sin la legalmente exigida participación de la tesorera de la entidad, el cheque número doce millones novecientos treinta y ocho mil setenta y cuatro, por la suma de mil nuevos soles; y para tratar de encubrir la sustracción de dicho monto, presentaron una boleta de venta, de fecha veintinueve de julio de dos mil uno, por gastos de alquiler de equipo de sonido y servicios musicales, sin embargo dicho servicio ya había sido cobrado con fecha veinte de junio de dos mil, esto es, antes que se realice el servicio, e incluso se tiene que en el documento que se paga al proveedor, se ha borrado con corrector líquido el nombre y la firma de cancelación; **e)** Adquirieron irregularmente una cámara filmadora por la suma de dos mil ochocientos cuarenta nuevos soles, sin cotización de precios o proceso de adjudicación, y para subsanar dichas irregularidades, los procesados falsificaron el comprobante de pago número ciento noventa y nueve, el memorando número doscientos noventa y cinco - cero uno-MDQ/AD, y la orden de compra y guía de internamiento

número setenta y cinco, obteniendo fraudulentamente la boleta de venta número cero cero uno- cuatro mil novecientos cincuenta y siete, de fecha trece de junio de dos mil uno; **f)** El procesado Percy Alexis Orellana Aylas, con apoyo del procesado Máximo Quichca Vega, recibió diecisiete mil novecientos diecisiete nuevos soles, por viáticos a la ciudad de Lima (a parte de los viáticos que le asignaron por comisión de servicios a la ciudad de Ayacucho y otras provincias), dineros provenientes de la fuente de Financiamiento de Fondos de Inversión (FINVER), FONCOMUN y recursos directamente recaudados, caudales del Estado que no estaban destinados a viáticos del Alcalde, e incluso el mencionado procesado no ha presentado las rendiciones de cuenta de dichos viajes a la ciudad de Lima; **g)** El procesado Percy Alexis Orellana Aylas, con la colaboración de su co procesado Máximo Quichca Vega, disponía de fondos de recaudación de caja, antes de que estos sean depositados al Banco, como corresponde. Así sucedió con doscientos nuevos soles recaudados por el registrador civil Antonio Evendaño Nolasco, los que le fueron solicitados por el Alcalde Orellana Aylas. Que el Alcalde transfirió fondos de la cuenta corriente del programa del "Vaso de Leche" y FONCOMUN a la cuenta de la Caja Municipal de Ica número catorce mil doscientos ochenta y cinco, con una diferencia de mil nuevos soles, que luego de cuarenta y dos días, fueron depositados y completada la transferencia; **h)** que los encausados son responsables de que la obra del Centro Educativo número treinta y ocho mil cuarenta de Chihuampampa, no cuente con expediente técnico, transgrediendo la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, lo que generó que dicha obra sea mal ejecutada; en tanto, a los cuatro meses de concluida, la obra ya presentaba problemas en su estructura. **Tercero:** Que, la doctrina procesal precisa que "*el Juez Penal tiene un control de legalidad sobre el ejercicio de la Acción Penal, por cuanto el procesamiento de quien resulte emplazado por el Fiscal requiere autorización o decisión judicial, la que no es automática puesto que el Juez no actúa como simple receptor del procesamiento dispuesto por el Ministerio Público, pues lo que corresponde al Juez es evaluar si la promoción de la Acción Penal se amolda a los requisitos que establece la ley procesal...*"; que dicho deber de control se intensifica en la etapa intermedia, en tanto el señor Fiscal Superior plantea una "causa probable", correspondiendo al Tribunal de Instancia verificar que la atribución de hechos se encuentren debidamente delimitados, y ante una pluralidad de encausados a quienes se les atribuyó una pluralidad de delitos sostenidos en una diversidad fáctica, corresponde exigir que los hechos se atribuyan

individualizadamente (procesado por procesado), con detalle de la participación y conducta que desde la hipótesis fiscal considere probada; asimismo, que cada uno de los hechos se encuentre individualmente calificado en uno de los supuestos de la ley penal (calificación jurídica); que dicha obligación del órgano jurisdiccional tiene su correlato en el deber del órgano persecutor, a quien el numeral cuatro del artículo noventa y dos de su Ley Orgánica —Decreto Legislativo número cero cincuenta y dos— demanda que de decidir formular acusación sustancial esta "contendrá la apreciación de las pruebas actuadas, la **relación ordenada de los hechos probados** y de aquellos que, a su juicio, no lo hayan sido; **la calificación del delito** y la pena y la reparación civil que propone", dispositivo vinculado al artículo doscientos veinticinco del Código de Procedimientos Penales, que establece que "El escrito de *acusación* que *formule el Fiscal (...)* debe contener además: 2.- La *acción u omisión* punible y las *circunstancias que determinen la responsabilidad*; 3.- *Los artículos pertinentes del Código Penal*"; lo que genera que normativamente está obligado a que la hipótesis que postula como cargo criminal debe "*contener el conjunto de elementos fácticos que dan vida al delito, a su grado de participación, al grado de desarrollo, a las circunstancias agravantes o cualificativas del tipo ya que son estos elementos de hecho de los que se deriva la concreta responsabilidad*", ello en consonancia con los principios constitucionales de legalidad y derecho de defensa, de ahí la exigencia que estos deban ser expuestos en forma explícita, delimitada, expresa e individualizada (propia), no implícita; de modo tal que permita al órgano jurisdiccional efectuar un control individualizado del hecho incriminado delictivo que se postula, y sobretodo que permita al imputado ejercitar de forma precisa y correcta su defensa; que, en ese mismo sentido, la Jurisprudencia Constitucional ha señalado como: "... *ineludible exigencia que la acusación ha de ser cierta, no implícita, sino, precisa, clara y expresa; es decir, una descripción suficientemente detallada de los hechos considerados punibles que se imputan y del material probatorio en que se fundamenta...* " y agrega: "... *se lesiona el derecho de defensa de los justiciables, al no tener éstos la posibilidad de rebatir los elementos fácticos que configurarían la supuesta actuación delictiva que se les atribuye, en función del artículo ciento treinta y nueve, inciso cinco de la Constitución Política del Perú*"; **Cuarto:** Que, en el caso de autos, el señor Fiscal Superior en su dictamen acusatorio de fojas seiscientos cuarenta y nueve, al atribuir los delitos de peculado y malversación de fondos, no ha precisado individualizadamente en virtud de qué documento o instrumento

legal se confió a los encausados caudales del Estado, en buena cuenta la relación funcional que se exige desde el tipo penal, menos aún se ha determinado en qué consistió el comportamiento de cada uno de los procesados, pues la simple enunciación efectuada por el señor Fiscal Superior de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, no pueden ser asumidas como fundamento fáctico válido de cara a ingresar a la etapa de enjuiciamiento, pues los supuestos contenidos en la norma deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y delimitado respecto a cada uno de los encausados, tanto más cuanto se trata de delitos, de infracción de deber, donde las conductas están íntimamente vinculadas al cargo que desempeñan y la función que les es confiada. Que dicha imprecisión en la fijación de los hechos y diferenciación de la participación de los encausados – o se hallaban en cargos distintos- es reproducida por la Sala Penal Superior, en cuando señala que se configuró los tipos penales para ambos procesados sin distinguir en los cargos y responsabilidades funcionales, y únicamente basado en que las adquisiciones se efectuaron bajo la gestión de los procesados, lo que es insuficiente desde la propia descripción del tipo penal, la subsunción efectuada es genérica y deficiente de cara a respetar el derecho a un debido proceso. Por tanto, si bien es menester que a través de un pronunciamiento de fondo se satisfagan los intereses de los sujetos procesales que recurren al Poder Judicial en busca de tutela jurisdiccional efectiva, sin embargo, ello solo puede ser posible dentro del marco de legalidad y de los principios constitucionales que inspiran el ordenamiento jurídico. Que, en tal virtud, la sentencia materia de grado debe ser anulada, disponiéndose que previo a un nuevo juzgamiento el señor Fiscal Superior precise de manera concreta los hechos, la participación de cada uno de los encausados respecto a los mismos, y la calificación jurídica de cada uno de las atribuciones fácticas con distinción de las responsabilidades sustentadas en sus propias calidades funcionariales, con detalle de la satisfacción de todos los elementos de los tipos penales respectivos; luego de lo cual, las partes podrán hacer valer las alegaciones por deficiencia de la prueba pericial actuada, y de corresponder efectuarse una ampliación de la misma. Por estos fundamentos y en virtud del inciso uno del artículo doscientos noventa y ocho del Código de Procedimientos Penales: declararon **NULA** la sentencia condenatoria de fojas novecientos cincuenta y cuatro, de fecha treinta de enero de dos mil ocho: e **INSUBSISTENTE** la acusación de fojas seiscientos cuarenta y nueve, de fecha veinticinco de junio de dos mil siete, debiendo remitirse los actuados al Fiscal Superior para que se pronuncie de acuerdo a sus

atribuciones en función de las consideraciones anotadas por este Supremo Tribunal; exhortándose al nuevo Colegiado Superior que en el nuevo contradictorio, actúe con celo y celeridad; en el proceso que se sigue contra Percy Alexis Orellana Aylas y Máximo Quichca Vega, por delito contra la Administración Pública -peculado y malversación de fondos-, en agravio del Estado; y los devolvieron.-

S.S.

RODRÍGUEZ TINEO

BIAGGI GÓMEZ

BARRIOS ALVARADO

BARANDIARÁN DEMPWOLF

NEYRA FLORES