



**Vinculación funcional y fundamentación fáctica del tipo penal de peculado**

**i)** El correcto ejercicio de la función pública implica: **a)** el cumplimiento del principio de legalidad administrativa y **b)** obrar con ética, lealtad y transparencia en la función que se desempeña.

**ii)** La vinculación funcional constituye la relación que tiene un servidor o funcionario público que cumple fines específicos en determinada entidad. Su naturaleza es la del desempeño de un servicio público, marcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el cumplimiento de los fines de la institución pública en la que labora. Todo funcionario o servidor público debe preferir el interés general por sobre el particular.

**iii)** En todo juzgamiento por delitos de infracción del deber, tanto el Ministerio Público como los jueces de instancia tendrán que diferenciar los deberes generales de los específicos que tiene cada funcionario o servidor público; y, a partir de ello, efectuar una evaluación del quebrantamiento del rol de garante.

**–SENTENCIA DE CASACIÓN–**

Lima, cinco de marzo de dos mil veinte

**VISTOS:** en audiencia pública, el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, por vulneración de garantía constitucional y errónea interpretación del precepto penal material, formulado por: **i)** Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, **ii)** Fausto Foraquita Mendoza, **iii)** Ángel Jesús Ayca Ale y **iv)** Sheillah María Milagros Miñano Bautista contra la sentencia de vista, emitida el nueve de agosto de dos mil dieciocho por los jueces de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que confirmó la decisión de primera instancia, pronunciada el veintisiete de febrero de dos mil diecisiete por el juez del Tercer Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial de Tacna, que condenó a Fausto Foraquita Mendoza como autor del delito de peculado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, a tres años de pena privativa de libertad

suspendida en su ejecución por dos años bajo reglas de conducta, y como cómplices primarios del citado delito, a Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheilla María Milagros Miñano Bautista, a quienes les impuso dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por un año bajo reglas de conducta; asimismo, inhabilitó para ejercer función o servicio público por el plazo de tres años al autor y por dos años a los partícipes, y fijó en S/ 80 000 (ochenta mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil a favor de la Municipalidad Distrital de Pocollay. Intervino como ponente el señor juez supremo Sequeiros Vargas.

### **FUNDAMENTOS DE HECHO**

#### **Primero. Fundamentos de la impugnación**

El auto de calificación emitido el veintidós de marzo de dos mil diecinueve –folios 125 a 135– declaró de interés casacional las siguientes materias:

- a)** Determinar la naturaleza de la vinculación funcional del cargo del funcionario público con el patrimonio indebidamente apropiado, exigida como elemento objetivo del delito de peculado. Esto debido a que, en la sentencia de vista, a los recurrentes se les atribuyó la condición de coautores sin distinción del cargo que desempeñaban, sobre la base de una presunta vulneración a los deberes generales de su función [sic].
- b)** Determinar si la autorización indebida del aumento de remuneraciones y la utilización irregular de determinados fondos para ello configura un supuesto del delito de peculado o de malversación de fondos; y si el quebrantamiento de una norma administrativa es suficiente para evidenciar el dolo en la conducta del agente [sic].

Los motivos por los que se admitió la casación son los previstos en los incisos 1 y 3 del artículo 429 del Nuevo Código Procesal Penal –en lo sucesivo, NCPP–, y los argumentaron en los siguientes términos:

**1.1. Sobre la casación constitucional –artículo 429.1 del NCPP–**

- a)** Afirman que fueron condenados en primera instancia como cómplices primarios y en la sentencia de vista como coautores, variación que vulnera el principio de congruencia procesal, ya que no existe correlación entre la calificación jurídica de la acusación fiscal y la sentencia de vista. Más aún si los jueces no se desvincularon de la acusación en el momento procesal oportuno, y la reforma sin consulta generó una reforma en su perjuicio.
- b)** Se vulneró el debido proceso porque el auditor que elaboró el informe que dio lugar a que se les instaurara el proceso penal en su contra se hallaba destituido e inhabilitado al momento de emitirlo, lo cual remite a un tema de legalidad de la prueba que afectaría la garantía de la presunción de inocencia y, por ende, el debido proceso.

**1.2. Sobre la casación por errónea interpretación de precepto penal material –artículo 429.3 del NCPP–**

Denuncian una errónea interpretación del artículo 387 del Código Penal, puesto que el aumento de las remuneraciones que no estaba previsto en el presupuesto anual institucional y con fondos no autorizados destinados a otros fines no constituye un supuesto de peculado. Por ello, reclaman que se evalúe su proceder conforme a los presupuestos típicos tanto objetivos como subjetivos que este delito prevé legal y jurisprudencialmente.



## **Segundo. Imputación fáctica**

Se imputó a Fausto Foraquita Mendoza que, en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Pocollay, emitió la Resolución de Alcaldía número 231-2007-A-MDP-T, del veintidós de junio de dos mil siete, en la que autorizó incrementos remunerativos no contemplados en el presupuesto institucional de apertura (PIA) del año dos mil siete, gestionados además a través de una negociación colectiva extemporánea, con lo cual contravino las normas expresas de austeridad que le fueron debidamente comunicadas. Para ello, utilizó como fuentes de financiamiento: **a)** recursos directamente recaudados –ingresos propios–, **b)** el fondo de compensación municipal –Foncomún–, **c)** las fuentes de canon y sobrecanon, y **d)** rentas de aduana –estas dos últimas fuentes no estaban autorizadas para el pago de remuneraciones–.

Con dicho proceder, el citado burgomaestre permitió la apropiación de estos recursos por parte de terceros y también para beneficio propio, ya que, al tener la calidad de técnico registral con licencia para asumir el cargo de alcalde, le iban a corresponder los incrementos una vez que cesara en el cargo –esto es, un beneficio en proyección–.

Con ese incremento de remuneraciones causó perjuicio económico al Estado, que se materializa en la pérdida de S/ 81 373.19 (ochenta y un mil trescientos setenta y tres soles con diecinueve céntimos).

A los funcionarios que lo acompañaron en su gestión y que intervinieron en la tramitación del incremento de remuneraciones se les imputaron las siguientes conductas:

- A Milber Emiliano Oroche Gutiérrez –exgerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización–, haber emitido opinión favorable al incremento de remuneraciones con las referidas fuentes de financiamiento a través de los Informes número 147-2007-GPPR/MDP-T y número 173-2007-GPPR/MDP-T.
- A Sheillah María Milagros Miñano Bautista –exgerente de Asesoría Jurídica–, haber emitido opinión favorable al incremento de remuneraciones con las referidas fuentes de financiamiento a través de los Informes Legales Circulares número 004-2007-GAJ-MDP-T y número 05-2007-GAJ-MDT.
- A Ángel Jesús Ayca Ale –gerente municipal–, que, junto con los ya mencionados Oroche Gutiérrez y Miñano Bautista, visaron la Resolución de Alcaldía número 231-2007-A-MDP-T, que autorizó los incrementos remunerativos.

### **Tercero. Itinerario del proceso**

- 3.1.** El diecinueve de noviembre de dos mil trece el señor fiscal del Tercer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna formuló acusación penal<sup>1</sup> contra Fausto Foraquita Mendoza (como autor), Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista (como cómplices primarios) por el delito de peculado.
- 3.2.** Ejecutado el control de acusación, el juez del Tercer Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Tacna, mediante la resolución del veintinueve de diciembre de dos mil catorce, declaró sobreseído el proceso<sup>2</sup>. Dicha resolución fue apelada por el señor fiscal del Tercer Despacho de Investigación de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Tacna y por la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios.
- 3.3.** La Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna se avocó al conocimiento de la causa. Luego de efectuada la vista de la causa, dicho Colegiado emitió el auto de vista del nueve de junio de dos mil quince<sup>3</sup>, que revocó el auto de sobreseimiento de primera instancia y, reformándolo, ordenó la continuación del proceso conforme a su estado.
- 3.4.** Se señaló fecha para la audiencia preliminar de control de acusación para el doce de agosto de dos mil quince, en que se declaró válida la relación jurídica procesal y saneado el proceso, por lo que se dictó el auto de enjuiciamiento contra los procesados. Superada la etapa intermedia, y luego del juicio oral de primera instancia, el juez del Tercer Juzgado Unipersonal de Tacna, el veintisiete de febrero de dos mil diecisiete, emitió sentencia en la que se condenó a Fausto Foraquita Mendoza como autor del delito contra la administración pública cometido por funcionario público en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por dos años, lo

---

<sup>1</sup> Folios 02 a 12.

<sup>2</sup> Folios 209 a 218.

<sup>3</sup> Folios 383 a 386.

inhabilitó para ejercer cargo público alguno y se dispuso su incapacidad para obtener cargo o mandato público por el plazo de tres años computados una vez consentida o ejecutoriada la sentencia; también se condenó a Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista como cómplices primarios del delito contra la administración pública cometido por funcionario público en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, y se le impuso a cada uno la pena privativa de libertad de dos años suspendida en su ejecución por el término de un año e inhabilitación para ejercer cargo público alguno y se dispuso su incapacidad para obtener cargo o mandato público por el plazo de dos años computados una vez consentida o ejecutoriada la sentencia; y, finalmente, fijó como reparación civil la suma de S/ 80 000 (ochenta mil soles) que deberán pagar los sentenciados en forma solidaria a favor de la Municipalidad Distrital de Pocollay.

- 3.5.** Contra tal decisión los sentenciados y el Ministerio Público interpusieron sendos recursos de apelación que determinaron que la Sala Superior Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Tacna se avocase al conocimiento del proceso. Luego de efectuada la vista de la causa, dicho Colegiado emitió sentencia el nueve de agosto de dos mil dieciocho, en la que confirmó la sentencia apelada y declaró a Fausto Foraquita Mendoza, Ángel Jesús Ayca Ale, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez y Sheillah María Milagros Miñano Bautista autores y responsables del delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay, y estableció las siguientes condenas: **i)** a Fausto Foraquita Mendoza, a tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por dos años bajo reglas de conducta, y **ii)** a Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheillah María Milagros Miñano Bautista a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por un año bajo reglas de conducta; asimismo, inhabilitó a todos los mencionados para ejercer cargo público, y fijó la reparación civil de S/ 80 000 (ochenta mil soles) que los sentenciados deberán abonar a favor de la Municipalidad Distrital de Pocollay.

- 3.6.** Disconformes con la sentencia, los procesados interpusieron recursos de casación excepcional, los cuales fueron admitidos por la resolución del cuatro de septiembre de dos mil dieciocho<sup>4</sup>; y, elevados los autos a la Corte Suprema, esta Sala se avocó al conocimiento de la causa y se emitió el auto de calificación del veintidós de marzo de dos mil diecinueve.
- 3.7.** En cumplimiento de lo establecido en el inciso 1 del artículo 431 del NCPP, se señaló fecha para la audiencia de casación el diecinueve de febrero del año en curso, la cual se llevó a cabo con la intervención de los abogados de los procesados Foraquita Mendoza, Miñano Bautista y Ayca Ale, y se dejó constancia de que no concurrió Oroche Gutiérrez ni su abogado defensor; momento en el que se declaró inadmisibles su pretensión por inconcurrencia a la audiencia, conforme al inciso 2 del artículo 431 del NCPP. Culminada esta, de inmediato se produjo la deliberación de la causa en sesión privada, en virtud de la cual, tras la votación respectiva y al obtener el número de votos necesarios, corresponde pronunciar la presente sentencia de casación, cuya lectura se dará en audiencia pública en la fecha.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero. Respecto a las materias de interés casacional**

#### **1.1. Respecto a la naturaleza de la vinculación funcional del cargo del funcionario público con el patrimonio indebidamente apropiado, exigida como elemento objetivo del delito de peculado**

El Estado es una entelequia y requiere de personas para poder ejecutar sus fines a través de una eficiente administración de sus recursos. Por ello, uno de los bienes jurídicos que protege el tipo penal de peculado es el ejercicio correcto de la función pública, que implica: **i)** el cumplimiento del principio de

---

<sup>4</sup> Folios 1048 a 1049.

legalidad administrativa y **ii)** obrar con ética, lealtad y transparencia en la función que se desempeña.

La naturaleza de la vinculación funcional determina el cumplimiento del servicio público marcado por el principio de eficiencia en la asignación de recursos y el cumplimiento de los fines de la institución pública en la que se labora.

De ahí que el fundamento de punición del delito de peculado es el quiebre de los deberes de garante<sup>5</sup> de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón del ejercicio de su función, en sus diversos grados y niveles, ejercicio que debe estar marcado por el cumplimiento y el respeto al dicho deber de garante.

Tal vinculación funcional del sujeto con los bienes del Estado se expresa normativamente en el ámbito penal en el término “por razón de su cargo”, esto es, que tiene contacto y capacidad de disposición jurídica en virtud de las normas administrativas que guían la entidad pública para poder disponer de bienes estatales.

Desde luego, los bienes públicos no son de libre disponibilidad ni para el beneficio personalísimo propio o de un tercero, de modo que la ley penal sancionará aquellos comportamientos en los que el funcionario o servidor público privilegie su satisfacción personal o la obtención de cualquier beneficio a costa del patrimonio del Estado.

En consonancia con el Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, emitido por las Salas

---

<sup>5</sup> Los deberes de garante surgen de determinadas normas que establecen las funciones específicas del funcionario o servidor público.



Penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, debe entenderse por relación funcional al poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, la competencia del cargo, la confianza en el funcionario en virtud del cargo y el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos, es decir, que los bienes públicos se hallen en posesión del sujeto activo en virtud de los deberes o atribuciones de su cargo.

Asimismo, al definir la disponibilidad jurídica, el citado acuerdo estableció que

es aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener por tanto competencia funcional específica. La disponibilidad a que se hace referencia se encuentra íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública.

Así, en todo juzgamiento por delitos de infracción del deber, tanto el Ministerio Público como los jueces de instancia tendrán que diferenciar los deberes generales de los específicos que tiene cada funcionario o servidor público; y, a partir de ello, efectuar una evaluación del quebrantamiento del rol de garante.

**1.2. Respecto a si la autorización indebida del aumento de remuneraciones y la utilización irregular de determinados fondos configura un supuesto del delito de peculado o de malversación de fondos, y si el quebrantamiento de una norma administrativa es suficiente para evidenciar el dolo en la conducta del agente**

Los delitos contra la administración pública generalmente se estructuran sobre la base de infracciones o inobservancias administrativas.

El solo quebrantamiento de una norma administrativa, tal como se postula en los recursos de casación materia de la presente, no constituiría un delito si se analizase de manera aislada o por sí sola la infracción administrativa.

La relevancia de las normas administrativas es la de guiar el funcionamiento de una institución y determinar los deberes y derechos de quienes laboran en ella.

La diferencia entre un injusto penal y uno administrativo radica en que en el primero, además del quebrantamiento de la norma administrativa, se toma en cuenta: **i)** el elemento subjetivo con la que obra el agente y **ii)** la lesión de un bien jurídico protegido por el Estado.

A partir de ello, tanto la fiscalía como la judicatura deben efectuar un análisis integrado de la teoría del delito con base en la actividad probatoria realizada, la que, finalmente, en aplicación del principio de *ultima ratio*, definirá si una conducta es delito o si posee menor relevancia.

Superada la primera parte, corresponde evaluar si el ordenar un incremento de remuneraciones en cuya ejecución se utilizaron, además, fondos no destinados para tal fin constituye un supuesto de peculado. Para ello, se evaluará lo siguiente:

- El tipo penal de peculado, previsto en el artículo 387 del Código Penal, sanciona a quien se apropia o utiliza bienes públicos para su beneficio o el de un tercero.
- La conducta que se prohíbe es que algún funcionario o servidor extraiga de la esfera de la administración pública bienes o dinero para luego ingresarlos a su dominio privado y disponer de

ellos como si fuesen bienes propios –esto último es un hecho *post delictivo*–.

- El análisis estructurado del tipo penal de peculado, a partir de sus verbos rectores y sus elementos descriptivos y normativos, permite aseverar que disponer el pago de remuneraciones o su incremento a trabajadores con vínculo laboral con la entidad agraviada y que prestaron de manera efectiva el servicio, incluyendo a todos y no solo a algunos, y que, además, se produjo en el marco de una negociación colectiva en que hubo tratativas, no se subsume en ninguno de los verbos rectores que contempla el delito de peculado – apropiación o uso–.
- Se debe considerar que la remuneración o su incremento es la contraprestación a un servicio que proporciona el trabajador a la entidad, y ello se encuentra dentro de la esfera de la administración pública.
- Quebrar las reglas presupuestarias de prohibición es una falta muy grave y, aunada a otros elementos de prueba que evidencien dolo en la conducta de los imputados, puede ser subsumible en otros tipos penales que es preciso determinar; pero dicha conducta, en sí misma, por las razones expresadas, no constituye una apropiación.
- Distinto será el supuesto de aquel funcionario o servidor público que disponga el pago de la remuneración de una persona que no laboró o lo hizo parcialmente; en este caso, sí constituiría peculado. Nótese que esta conducta dista mucho de la ahora juzgada, por lo que este supuesto no se condice en lo mínimo con el que ahora es materia de juzgamiento.

- Resulta necesario precisar que la configuración del delito de peculado no depende del empleo de dinero de una fuente no autorizada o proscrita por la norma administrativa; pues, independientemente del origen, se sanciona la apropiación o el uso de los bienes o caudales públicos.
- En cuanto al planteamiento de la subsunción típica de la conducta juzgada en el delito de malversación de fondos, se debe evaluar que este último sanciona a quien asigna al dinero o los bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a la que están destinados, con lo que se afecta el servicio o la función encomendada. Jurisprudencialmente se han establecidos diversos requisitos para su configuración, entre los que se hallan: **i)** la afectación al servicio público y **ii)** la disposición definitiva de bienes en fines diferentes. Estos últimos no han sido postulados como supuesto de hecho en la acusación fiscal ni han sido materia de juzgamiento.
- Resulta necesario precisar que entre peculado y malversación de fondos se producen las siguientes diferencias:

N.º	Peculado	Malversación de fondos
1	No exige que el bien o efecto apropiado tenga un fin específico.	El bien o dinero empleado tiene una finalidad específica y distinta.
2	El caudal o efecto sale de la esfera pública e ingresa a dominio privado.	El dinero o los bienes se mantienen en la esfera de la administración pública.
3	Sus verbos rectores son <i>apropiarse</i> o <i>utilizar</i> .	Su verbo rector se expresa en <i>asignar una aplicación definitiva diferente</i> .
4	Los bienes jurídicos, además del patrimonio, son el correcto desarrollo de la función pública y el ejercicio debido	Asignación eficiente de fondos públicos.

	del funcionario o servidor público.	
5	No aplican los bienes a favor de la administración pública.	Sí aplica los bienes a favor de la administración pública, pero para fines distintos.
6	El perjuicio patrimonial que genere la apropiación o uso de los bienes es intrascendente a efectos de su configuración; será una agravante.	Si la aplicación definitiva diferente del dinero no afecta el servicio o la función encomendada, no se configuraría el delito.

- Si una de las irregularidades imputadas, además del aumento indebido de las remuneraciones y de la conflagración de los partícipes para aparentar formalidad de acuerdo a ley invocando hechos ambiguos –simular la existencia de fondos a partir de proyecciones que pueden darse o no en el futuro y realizar interpretaciones de la ley omitiendo pronunciarse de manera deliberada sobre la ley especial aplicable–, es la utilización de fondos no asignados para ello, eventualmente podría configurarse un concurso delictivo con el tipo penal de malversación de fondos –si se cumpliesen los otros elementos configurativos de dicho delito–; empero, de ninguna manera puede considerarse que aquella solamente se subsume en el delito de malversación.

## **Segundo. Análisis de la configuración de los motivos casacionales**

### **2.1. Respecto a la errónea interpretación de precepto penal material**

A partir de lo expresado en el apartado precedente, resulta necesario evaluar la interpretación del delito de peculado que formularon los órganos jurisdiccionales de origen. Así:

- El Tercer Juzgado Unipersonal Supraprovincial de Tacna condenó a Fausto Foraquita Mendoza como autor y a los demás acusados como cómplices primarios, tras establecer:

- a)** Que el perito Luis Enrique Fernández Sosa, autor del Informe Especial número 001-2009-02-2637 explicó que se trató de un irregular aumento de remuneraciones en el ejercicio dos mil siete, con negociación colectiva extemporánea y sin garantizar su financiamiento con la previsión y disponibilidad presupuestal. Los pagos se efectuaron y los suscribieron.
- b)** Que en el PIA de la Municipalidad Distrital de Pocollay para el ejercicio dos mil siete, aprobado en la Resolución número 530, no estaba previsto el incremento de remuneraciones para dicho ejercicio, y que este presupuesto no contemplaba la disponibilidad de recursos económicos para el incremento de las remuneraciones.
- c)** Que esta irregularidad administrativa es trascendente para verificar el dolo; al no estar previsto, los acusados se vieron en la necesidad de habilitar mayores recursos económicos en las específicas de gastos, por lo que se recurrió a otras fuentes para modificarlas a fin de atender este incremento (fuentes que estaban prohibidas).
- d)** Que condenó a Foraquita Mendoza por haber firmado la Resolución de Alcaldía número 231-2007-A-MDP-T, con la cual contravino normas expresas de austeridad que le fueron debidamente comunicadas.
- e)** Que los incrementos remunerativos estaban gestionados a través de una negociación colectiva extemporánea que él mismo autorizó y firmó, y estos incrementos beneficiaron a los trabajadores de la Municipalidad Distrital de Pocollay.
- f)** Que Milber Emiliano Oroche Gutiérrez (exgerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización) visó la resolución de alcaldía y emitió los Informes número 147-2007-GPPR/MDP-T y número 173-2007-GPPR/MDP-T favorables al incremento de remuneraciones.
- g)** Que Sheillah María Milagros Miñano Bautista (gerente de Asesoría Jurídica) visó la resolución de alcaldía y emitió el Informe Legal número 004-2007-GAJ-MDP-T, del quince de mayo de dos mil siete, y el Informe Legal Circular número 05-2007-GAJ-MDP-T, del primero de junio de dos mil siete, favorables al incremento de la remuneración.
- h)** Que Ángel Jesús Ayca Ale (gerente municipal) también participó, porque su labor era gestionar la administración de la municipalidad de manera eficiente (artículo 27 de la Ley Orgánica de Municipalidades – Ley número 27972–), y sin su autorización y visto bueno no sería eficaz la resolución de alcaldía.
- Por su parte la Sala Superior Penal de Apelaciones declaró como autores y responsables del delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso a todos los implicados, argumentando:

**a)** Que Foraquita Mendoza, como alcalde, tenía el deber de custodiar los caudales públicos de la Municipalidad Distrital de Pocollay. Al suscribir la Resolución de Alcaldía número 231-2007-A-MDP-T, permitió que se otorgara el incremento de remuneraciones en forma mensual y permanente, y con efecto retroactivo al mes de marzo de ese año. Dichos incrementos remunerativos no estaban contemplados en el PIA del año dos mil siete, y fueron realizados con base en un irregular proceso de negociación colectiva extemporánea. Que los gastos deben estar previamente presupuestados con partidas legalmente autorizadas por ley o norma expresa.

**b)** Este acusado, además, en audiencia de apelación, declaró que era trabajador de planta de la municipalidad e, incluso, ha sido dirigente sindical de ella. Desde el periodo anterior a que asumiera el cargo de alcalde, conocía que existían restricciones al aumento de remuneraciones que permanecieron en el dos mil siete, por lo que no puede escudarse en las “opiniones favorables”; además, existía una serie de documentos que le daban cuenta de la prohibición: el Oficio Circular número 013-2007-EF, del treinta de enero de dos mil siete, y el Oficio número 003-2007-OCI/MDP.T, del ocho de enero del mismo año.

**c)** Que los demás coacusados eran funcionarios con poder de decisión (gerente municipal, gerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización, y gerente de Asesoría Jurídica), por lo que también estaban en la obligación de cautelar los recursos; asimismo, fueron funcionarios públicos de confianza designados por el alcalde, además de miembros de la Comisión Paritaria, que participaron no solo en la emisión de los informes y la visación de la resolución de alcaldía cuestionada, sino también en el análisis de las propuestas y su debate en el interior de dicha comisión.

**d)** Que el procesado Oroche Gutiérrez no precisó en el Informe número 147-2007-GPPR/MDP-T con qué clase de “impuestos municipales” era posible ejecutar el incremento remunerativo, y se obtuvo como resultado final que se pagaran con el Foncomún, y con el canon y sobre canon, pese a que el Concejo Municipal no autorizó que los recursos del Foncomún fueran empleados para gastos corrientes; además, estaba la prohibición expresa de incremento de remuneraciones.

**e)** Que, de acuerdo con el Manual de Organización y Funciones de la Municipalidad Distrital de Pocollay, la Gerencia de Asesoría Jurídica se encarga de absolver consultas e interpretar las normas legales; sin embargo, la acusada Miñano Bautista –gerente de Asesoría Jurídica–, en sus informes, se remitió a la opinión de su coacusado Oroche Gutiérrez –gerente de Planeamiento de Presupuesto y Racionalización–, en lugar de cautelar los recursos de la entidad, sin mencionar la prohibición establecida por la Ley número 28927 –Ley del Presupuesto del Sector Público para el Año Fiscal 2007–. No puede efectuarse una interpretación aislada de las normas permisivas sin tener en cuenta las prohibitivas que establecían limitaciones a la disposición del patrimonio dinerario de la entidad municipal.

**f)** Que el peculado admite la coautoría siempre que concurra: **i)** la presencia de un acuerdo común para lesionar los bienes del Estado, **ii)** la división de funciones y **iii)** el aporte eficaz de cada uno de los agentes delictivos públicos para extraer los caudales del Estado fuera de la esfera de la administración.

**g)** Que no es malversación de fondos porque ese tipo penal exige un cambio de destino del patrimonio estatal y que este sea definitivo, y se exige que se afecte un servicio o función encomendado debidamente especificado para el cual estaba destinado el bien o dinero, situación que no ocurre en el presente caso, porque el dinero que se utilizó para el pago de remuneraciones no tenía una finalidad específica determinada. La sanción penal es independiente a la sanción administrativa.

**h)** Sobre la nulidad de la pericia por la inhabilitación del perito, se señaló que, según el NCPP, el cuestionamiento a un perito tiene una estación procesal y en la revisión o análisis de la sentencia impugnada no se advierte que la pericia en sí constituya el núcleo central de la decisión, ya que según el ordenamiento jurídico los fondos de canon y sobre canon, y el Foncomún no podían ser empleados para el incremento de remuneraciones.

Como se aprecia en los fundamentos descritos, tanto el juzgado de primera instancia como la Sala Superior concibieron erróneamente la aplicación del tipo penal de peculado, debido a que no hubo una evaluación adecuada del verbo rector *apropiar*.

En primera instancia, basaron la ilicitud penal del hecho en la infracción a la norma administrativa y en la prohibición de empleo de los fondos que se utilizaron –Foncomún, canon y sobre canon–. Mientras que los jueces de segunda instancia, si bien evidenciaron irregularidades en el proceder de los partícipes que daban cuenta de su intencionalidad y concierto para disponer indebidamente el pago de aumento de las remuneraciones con fondos no autorizados, a partir de ello consideraron configurado el delito de peculado, con lo cual incurrieron en un error de interpretación ontológica del verbo rector *apropiación*, conforme se expuso al desarrollar las



materias de interés casacional en el apartado 1.2. de los “Fundamentos de derecho” de la presente sentencia.

La consideración de que existen irregularidades que evidencian el actuar doloso de los imputados sobre conductas objetivas que dan cuenta del empleo de fondos públicos para realizar, como consecuencia de una negociación colectiva irregular, pagos que no estaban amparados en la ley presupuestal, simulando legalidad en el procedimiento a través de informes que por inexactos resultaban engañosos, podría constituir el supuesto fáctico para el encausamiento por otro tipo penal que el Ministerio Público debe calificar. Adicionalmente, conforme al artículo VII del título preliminar del Código Penal, corresponde efectuar un análisis a la intencionalidad de los ahora procesados durante su desempeño funcional respecto a las razones que los determinaron a efectuar pagos empleando fondos no autorizados.

En el caso juzgado, el pliego petitorio de la negociación colectiva del Sindicato de Trabajadores Municipales de Pocollay fue presentado a fines del año dos mil seis; y, mediante el oficio del ocho de enero de dos mil siete, el sindicato solicitó al alcalde Fausto Foraquita Mendoza la conformación de la Comisión Paritaria para la negociación colectiva, en virtud de lo cual se llegó al acuerdo del incremento de las remuneraciones, entre otros aspectos, el dieciséis de mayo de dos mil siete, con efecto retroactivo al mes de marzo de dicho año. Con esta descripción se puede colegir que el alcalde, al autorizar el incremento de remuneraciones, pretendió dar respuesta a un pedido sindical.

De ello se desprende que el fin no fue apropiarse, sino realizar pagos a sus trabajadores, independientemente de la legalidad o no de estos, elemento subjetivo que no se condice con el exigido para la configuración del delito de peculado.

## **2.2. Respecto a la configuración de la casación constitucional**

Los casacionistas denunciaron que en segunda instancia, en su perjuicio, se modificó el título de intervención que inicialmente les atribuyó el representante del Ministerio Público.

Aquel proceder, en efecto, poseería relevancia conforme a los términos descritos en la Sentencia de Casación número 173-2018/Puno, referida al momento procesal oportuno para efectuar la desvinculación procesal y la forma de su ejecución. Sin embargo, toda vez que se está declarando que el hecho imputado no se subsume en el injusto penal de peculado, y con ello la absolución de los recurrentes, este agravio no resulta subsistente y no corresponde efectuar una evaluación sustancial adicional.

Del mismo modo, queda insubsistente el agravio referido a la situación del perito que elaboró el informe que dio lugar a que se les instaurara el proceso penal, dado que esta cuestión probatoria incidiría en el fondo, el cual previamente ha sido resuelto.

### **Tercero. Consideración final**

Conforme se dio cuenta en la audiencia de casación programada para el diecinueve de febrero del año en curso, se declaró inadmisibles la casación propuesta por Milber Emiliano Oroche Gutiérrez por inconcurrencia de su defensa técnica.



Sin embargo, toda vez que en la presente sentencia se está definiendo una situación de derecho en la que este se halla implicado y cuyos efectos lo benefician, corresponde aplicar la extensión del recurso, conforme al inciso 1 del artículo 408 del NCPP.

### **DECISIÓN**

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON FUNDADO EL RECURSO DE CASACIÓN**, por errónea interpretación del artículo 387 del Código Penal, interpuesto por **Fausto Foraquita Mendoza, Ángel Jesús Ayca Ale, Sheillah María Milagros Miñano Bautista y Milber Emiliano Oroche Gutiérrez**, y en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista, emitida el nueve de agosto de dos mil dieciocho por los jueces de la Sala Penal de la Corte Superior de Justicia de Tacna, que confirmando la sentencia de primera instancia les impuso las siguientes penas: **i)** a Fausto Foraquita Mendoza, tres años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución; **ii)** a Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheillah María Milagros Miñano Bautista, dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución; **iii)** los inhabilitó para ejercer función o servicio público, y **iv)** fijó en S/ 80 000 (ochenta mil soles) el monto de pago por concepto de reparación civil a favor de la Municipalidad Distrital de Pocollay. Y, **SIN REENVÍO, ACTUANDO COMO SEDE DE INSTANCIA**, revocaron la sentencia emitida en primera instancia; y, **REFORMÁNDOLA**, absolvieron a Fausto Foraquita Mendoza, Milber Emiliano Oroche Gutiérrez, Ángel Jesús Ayca Ale y Sheillah María Milagros Miñano Bautista de la imputación por el delito contra la administración pública – peculado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Pocollay



materia de acusación, **ORDENARON** la anulación de los antecedentes policiales y judiciales generados con motivo de este proceso.

**II. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública; y, acto seguido, se notifique a todas las partes personadas en esta sede suprema.

**III. MANDARON** que, cumplidos estos trámites, se devuelva el proceso al órgano jurisdiccional de origen y se archive el cuadernillo de casación en la Corte Suprema.

Intervinieron los señores jueces supremos Castañeda Espinoza y Guerrero López por periodo vacacional de los señores jueces supremos Coaguila Chávez y Figueroa Navarro, respectivamente.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

**SEQUEIROS VARGAS**

GUERRERO LÓPEZ

IASV/mirr/whch