

ELEMENTOS TÍPICOS DEL DELITO DE PECULADO

1. El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, fundamento 7, ha establecido que el delito consiste básicamente en establecer la relación funcional del sujeto activo con los caudales del Estado, así como la percepción, administración o custodia, apropiación para sí o para otro.

2. Este Supremo Tribunal comparte el criterio asumido por el Tribunal de Mérito, que concluyó que el sentenciado, en su condición de ex alcalde de la Municipalidad Distrital de Caca, al tener una relación funcional de custodia y administración sobre los bienes de la citada comuna, quien en forma consciente y voluntaria se apropió de dicho dinero faltante, que le fue confiado en razón de su cargo. Y tal como lo sostuvo la sentencia impugnada, fue consciente que el dinero del préstamo y del alquiler lo manejaría en forma directa, por no existir ningún otro funcionario de la administración edil. Entonces, como se ha expuesto, al no haberse justificado el faltante de dinero, revela que pasó a su disposición y usado en su provecho, y con ello ha infringido su deber especial frente a la Administración pública, en relación al caudal que le fue confiado.

3. Y los encausados, en su condición de regidores efectivamente no han tenido la vinculación funcional con los caudales del Estado. Sin embargo, al tratarse de un delito de infracción de deber, tenían la obligación legal de controlar y fiscalizar y en este caso no lo hicieron. En conclusión, su conducta se limitó a contribuir en la comisión del delito, en su condición de complicidad primaria prevista en el artículo 25 del Código Penal.

Lima, catorce de julio de dos mil veintiuno

VISTO: se pronuncia este Supremo Tribunal sobre el recurso de nulidad interpuesto por los sentenciados **HERNÁN MOLLEDA HUAMÁN, VÍCTOR GREGORIO ROMÁN VALENTÍN, ADRIÁN NÉSTOR HUAMÁN ORDOÑEZ, MELÉNDEZ MELANTON TORALBA CHUPAYO, MEDALI ROSARIO CASTRO MOLLEDA y ORLANDO OPEINYMER SULCA MOLLEDA** contra la sentencia emitida por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cañete, del ocho de agosto de dos mil diecinueve, que condenó al primero de los nombrados, en su condición de exalcalde, como autor del delito de peculado doloso simple, y a los demás sentenciados, en su condición de exregidores, como cómplices primarios del delito de peculado doloso simple, en agravio de la Municipalidad Distrital de Caca de la Provincia de Yauyos de la Región Lima, imponiéndoles a cada uno de los nombrados cuatro años de pena

privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo reglas de conducta, inhabilitación, conforme al artículo 36 numerales 1 y 2 del Código Penal por el mismo tiempo de la pena principal; y fijó por concepto de reparación civil en la suma de S/ 12 000,00 (doce mil soles), que deberán pagar los sentenciados a favor del Estado, sin perjuicio de devolver el monto de dinero indebidamente apropiados que asciende a la suma de S/ 16 091,44 (dieciséis mil noventa y uno y 44/100 soles).

De conformidad en parte con lo opinado por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la jueza suprema **PACHECO HUANCAS**.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FISCAL:

1. En la acusación fiscal, se le atribuye al encausado Hernán Molleda Huamán –en su condición de exalcalde de la Municipalidad Distrital de Caca– y a sus coprocesados Víctor Gregorio Román Valentín, Adrián Néstor Huamán Ordoñez, Meléndez Melanton Toralba Chupayo, Medali Rosario Castro Molleda y Orlando Opeinymer Sulca Molleda –en su condición de exregidores de la citada Municipalidad–, en el periodo de gobierno municipal 2003 al 2006, haberse apropiado del dinero del Estado proveniente del alquiler de un tractor de orugas Cartepillar de dicha Municipalidad y de parte del dinero proveniente de un préstamo obtenido del Banco de la Nación ascendente a S/ 365 000,00.

En el mes de febrero de 2003 en sesión de Concejo, se acordó adquirir un tractor de orugas Caterpillar y con fecha 20 de marzo de 2003, se adquirió el tractor de 140 HP Caterpillar modelo D6MXL, con la finalidad de realizar trabajos en el distrito de Caca.

La referida maquinaria fue alquilada para que trabaje en la mina de Yanacocha, Cajamarca, por la suma de USD 38,10 la hora de trabajo, para lo cual se suscribió un contrato a favor de la empresa Constructores Mineros EIRL; sin embargo, no se ha rendido cuentas en que se habría utilizado el dinero recaudado, dado que dicha maquina se alquiló desde el 10 de mayo de al 30 de diciembre de 2004, habiendo precisado el inculpado Molleda Huamán que primero, los pagos fueron a los 60 días y luego en forma mensual y hasta el 12 de julio sumaron 492 horas maquina trabajadas.

Asimismo se les atribuye haber solicitado un préstamo del Banco de la Nación en el año 2003, por la suma de S/350 000 00 para ejecutar obras en beneficio de la localidad de Caca; no obstante, solo se ejecutaron mejoras en centros educativos de dicha localidad y anexos por el valor de S/ 3000,00 se presupuestó el mejoramiento de la red de agua del anexo Villafranca por un

monto de S/ 28 690,50, empero solo se invirtió S/ 18 090,05. Además, se presupuestó la construcción de baños públicos por un monto de S/ 11 312 005 y solo se ejecutó por el monto de S/ 5 125 032; para la ampliación de la carretera se presupuestó el monto de S/ 192 813 092, utilizándose S/ 128 745 069 para el mejoramiento del hotel de Villafranca se presupuestó la suma de S/ 6000,00 y del Palacio Municipal de Caca, la suma de S/ 124 485,08; no obstante, solo se resanaron y pintaron las paredes; se presupuestó también la elaboración de proyectos que aparecen ejecutados, sin que existan comprobantes de pago de los gastos efectuados. Por lo que, se habrían apropiado de la suma total de S/ 106 128,12 que corresponde al préstamo del Banco del Nación y el alquiler del tractor de orugas Caterpillar.

FUNDAMENTOS DE LA SALA SUPERIOR

2. El Tribunal Superior emitió sentencia condenatoria –página 2441–, sobre la base de lo siguiente:

2.1. Los dos hechos atribuidos a los recurrentes, son los siguientes: el primero, por el préstamo de S/ 365 000,00 otorgado por el Banco de la Nación a favor de dicha comuna y el segundo, por el ingreso económico recaudado por el alquiler del tractor de orugas Caterpillar de los meses de mayo a diciembre de 2004, sin incluir el mes de octubre, porque en dicho mes estuvo en mantenimiento y no prestó servicios, generando un ingreso económico S/ 73 142,02.

2.2. En los tres peritajes contables y pericia de tasación directa de las obras ejecutadas, existe un faltante de dinero de S/ 1680,20 y por el préstamo S/ 14 411,70 por el alquiler del tractor, hace un total de S/ 16 091,90, monto que no ha sido justificado y estuvo en la administración directa del alcalde como lo ha admitido, con el consentimiento de los regidores acusados. En consecuencia, deviene en un dinero apropiado por el alcalde con evidente perjuicio para un distrito lejano.

2.3. Se acreditó la responsabilidad penal del encausado Hernán Molleda Huamán, quien en forma consciente y voluntaria se apropió de dicho dinero faltante, que le fue confiado en razón de su cargo. Fue consciente que el dinero del préstamo y del alquiler lo manejaría en forma directa, por no existir ningún otro funcionario de la administración edil, manejó el dinero que le fue confiado. Entonces, el hecho de no poder justificar el faltante de dinero, revela que pasó a su disposición y usado en su provecho.

2.4. También, se acreditó la responsabilidad penal de los acusados en su condición de regidores, quienes tenían la responsabilidad de aprobar, monitorear y controlar el plan de desarrollo interdistrital y el programa de inversiones. Es así que aprobaron en el ejercicio de sus funciones el

préstamo de S/ 365 000 y el alquiler del tractor de orugas Caterpillar que generó la suma de S/ 73 142 345 en sesión de Concejo que era un trámite previo necesario y legal para la obtención del dinero en cuestión.

De modo tal, que los acusados regidores favorecieron consciente y voluntariamente que el acusado alcalde disponga para su beneficio personal del dinero del préstamo y del alquiler por S/ 16 091,90 cuyo gasto en forma legal y legítima no se ha probado.

EXPRESIÓN DE AGRAVIOS

3. Los sentenciados recurrentes Hernán Molleda Huamán, Víctor Gregorio Román Valentín, Adrián Néstor Huamán Ordoñez, Medali Rosario Castro Molleda y Orlando Opeinymer Sulca Molleda, interpusieron recurso de nulidad y lo han fundamentado dentro del término de ley –páginas 2489 y 2491–, por infracción a la presunción de inocencia y motivación a las resoluciones judiciales, porque no existe prueba objetiva que vincule a los acusados con los hechos atribuidos. Solicitaron se les absuelva de la acusación fiscal. Alegaron los motivos siguientes:

3.1. En el fundamento 60 de la sentencia impugnada se ha señalado que se habría anexado el Acta de sesión de concejo del 25 de mayo de 2003, que modificó el presupuesto para la ejecución de más obras y si bien dio lugar al informe pericial de parte suscrito por Pedro Heredia Franco y sus anexos, este resultaría ser falso, por cuanto, el perito negó haberlo elaborado; sin embargo, no se valoró que la citada sesión de concejo si se dio y no ha sido elaborado exprofesamente, por cuanto, las obras si se realizaron y se culminaron, conforme a las respectivas actas de inspección ocular, sin observación de las personas que participaron en las actas.

3.2. En la sentencia, fundamento 61, se concluyó que el tercer informe pericial se ha cuantificado como válida la suma de S/ 27 746,00 en el que sean incorporado solo algunos documentos de los años 2003 y 2004. Entonces, dada la suma inicial de S/ 29 426,00, se le ha descontado la suma justificada de S/ 27 746,00, dando un total de S/ 1680,20.

No obstante, este es el tercer proceso penal que se les sigue y la Corte Suprema ordenó se realice una ampliación de la pericia contable respecto a los documentos presentados por la defensa; sin embargo, en dicha pericia realizada el 4 de julio de 2019, solo consta la de los años 2003 y 2004. Es decir, fue de manera parcial y no han incluido los gastos del 2005 y 2006, pese a que estos –gastos– fueron aprobados en la sesión de concejo del 25 de mayo de 2003 y no se estableció distinción de años.

3.3. En la sentencia, fundamento 62, se hizo referencia al informe pericial contable y se señaló: que, conforme a los documentos proporcionados, se cuantificaron como válidos el monto de S/ 500 por documentos que corresponden al año 2003. Entonces, a la suma inicial que no contaba con sustento documentario S/ 14 911,70, se le ha descontado S/ 500 que da un total de S/14 411,70. Ello reafirma su posición que en esta pericia solo se tuvo en cuenta los años 2003 y 2004 y no los que corresponden al 2005 y 2006 pese a que estos también comprenden el periodo de gestión.

Agrega que respecto al ingreso económico por el alquiler del tractor de orugas Caterpillar hasta diciembre de 2004; sin embargo, estos ingresos económicos recién fueron pagados el 19 de enero de 2005 por la suma de USD 10 968,46, según el cuadro de valoración del mes de diciembre de 2004, por lo que los gastos se hicieron a partir de los meses siguientes. Entonces limitar la pericia solo hasta el 2004 no es más que limitar los alquileres que no se pagaron en el 2004 sino en el 2005.

3.4. Los regidores no tenían la disponibilidad íntimamente ligada a sus atribuciones, conforme al Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116. Sus funciones solo eran de fiscalización y su omisión solo acarrea responsabilidad administrativa.

3.5. En la sentencia, fundamento 73, se estableció que del préstamo de dinero y del alquiler del tractor de orugas Caterpillar existe una diferencia de S/ 16 091,90 que no ha sido justificado. No obstante, reitera su posición que la pericia se realizó de manera parcial y esta no ha sido realizada por peritos en la materia y no se tuvo en cuenta los gastos del 2004 y 2005.

3.6. En la sentencia, en el fundamento 75, se pretende señalar que los regidores tienen responsabilidad; sin embargo, como se ha señalado no han tenido la disponibilidad funcional directa y estos han realizado una fiscalización de las obras realizadas como se puede apreciar de las distintas actas de consejo de la Municipalidad Distrital de Caca y no existe prueba que acredite que favorecieron de manera consciente y voluntaria al acusado alcalde a disponer para su beneficio personal.

3.7. En la sentencia, en el fundamento 77, no se consideró los documentos originales que acreditan los gastos realizados a favor de la Municipalidad agraviada, como son:

- a) Factura N.º 0606, del 30 de julio de 2003, por concepto de polos deportivos en apoyo a los centros educativos de Caca por S/ 1685,00;
- b) Factura N.º 0629 por concepto de adquisición de polos deportivos y otros en apoyo a los centros educativos de Caca, por veinte soles.

Y en los documentos de los años 2005 y 2006 están:

- c) Factura N.º 000018, del 28 de septiembre de 2006, por concepto de cancelación en el contrato de compra venta de sistema de energía solar para teléfono rural con línea telefónica y sistema de puesta a tierra por S/ 3817,90,
- d) 3 recibos de egresos, cada uno por S/ 950,00 pagados a Luz Chumpitaz Córdova como docente del plan piloto de los días 18 abril, 26 abril y 21 julio de 2006, el último a nombre de Johan Contreras Orellana.
- e) Recibo por Honorarios N.º 000200 otorgado por ingeniero Juan Euler Hipólito Ascencio por S/ 6000,00 por concepto de liquidación de los proyectos en mención, cementerio, agua potable Villafranca, Servicios Higiénicos de Caca del 29 de junio de 2006;
- f) Recibo de Honorarios N.º 0000558, del 23 de octubre de 2006 otorgado por André Domé Camacho por S/ 2500,00 por la elaboración del Proyecto construcción del sistema de desagüe y planta de tratamiento del anexo Villafranca-Caca, Yauyos, Lima;
- g) Factura N.º 0000749, del 17 de enero 2005, por concepto de pago a cuenta de elaboración de expediente técnico construcción de piscigranja de Caca, por S/ 2000,00 del 17 de febrero de 2005, entre otros documentos que no han sido valorados en la pericia.

3.8. La Sala Superior, mediante audiencia del ocho de agosto de dos mil diecinueve declaró reo contumaz al encausado Meléndez Melanton Toralba Chupayo y dispuso la reserva del proceso hasta que sea habido; sin embargo, ha sido condenado, incurriéndose en causal de nulidad.

CALIFICACIÓN DEL DELITO MATERIA DE CONDENA

4. El hecho objeto de impugnación es el delito peculado doloso, tipificado en el artículo 387 primer párrafo del Código Penal, modificado por el artículo 1, de la Ley N.º 26198, del trece de junio de mil novecientos noventa y tres –vigente al momento de los hechos–, sanciona al agente que en calidad de: “[...] funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos ni mayor de ocho años”.

5. El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, de fecha treinta de septiembre de dos mil cinco, señala que el bien jurídico protegido “[...] se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección legal: a) garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración pública y b) evitar el abuso del poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad”.

FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL

6. Examina esta Suprema Corte la sentencia de mérito, conforme con lo prescrito por el artículo 300 numeral 1 del Código de Procedimientos Penales, vinculado al principio de impugnación limitada que fija los límites de revisión por este Supremo Tribunal; en cuya virtud, se reduce el ámbito de la

resolución únicamente a las cuestiones promovidas en el recurso aludido, las que configuran, en estricto, la denominada competencia recursal del órgano de alzada.

7. El reclamo central de los recurrentes es la infracción al principio de presunción de inocencia y a la motivación de las resoluciones judiciales. Insisten en que no existen elementos probatorios que acrediten la comisión del delito y su responsabilidad penal. Y junto a la censura a la sentencia reclaman la nulidad de la misma respecto al imputado Meléndez Melantón.

Por lo que, este Supremo Tribunal, evaluará si la sentencia impugnada, se sustentan en un juicio jurídico-penal válido que concluya en la responsabilidad de los recurrentes o si por el contrario, sus agravios son amparados.

8. Previo a ingresar al tratamiento de los agravios desarrollados por los recurrentes es necesario abordar en primer lugar, el motivo 3.8. Reclaman que se ha incurrido en causal de nulidad porque Melendez Melanton Toralba Chupayo ha sido condenado pese a que en audiencia del 8 de agosto de 2019 fue declarado reo contumaz.

9. Al respecto, aparece que el citado encausado efectivamente concurrió al juicio oral y en el desarrollo del mismo aparece lo siguiente:

9.1. En la sesión del 9 de abril de 2019, al preguntársele si va declarar, manifestó: “no va declarar por el momento”. Acudió a la última sesión del 25 de julio de 2019, donde se llevó a cabo los alegatos de clausura del Ministerio Público y de la Procuraduría, suspendiéndose la misma hasta el 1 de agosto de 2019, a efectos de oírse los alegatos de clausura de los acusados, precisándose que deberán concurrir los acusados bajo apercibimiento de ser declarados reos contumaces.

9.2. Luego, el 1 de agosto de 2019 no acudió el citado encausado. La Sala Superior, dispuso su conducción compulsiva –Meléndez Melanton Toralba Chupayo–, y en el curso de la sesión, la defensa de los acusados formuló alegatos de clausura y se materializó la autodefensa de los encausados Hernán Molleda Huamán, Víctor Gregorio Román Valentín, Adrián Néstor Huamán Ordoñez, Orlando Opeinymer Sulca Molleda y Medali Rosario Castro Molleda. Luego, fue suspendida para ser continuada el 8 de agosto de 2019, disponiéndose que se continuará con la autodefensa del encausado Toralba Chupayo, debiendo concurrir los encausados bajo apercibimiento de ser declarados reos contumaces.

9.3. Como se ordenó en esta última audiencia la Sala Superior dispuso la conducción compulsiva del citado acusado, para cuyo efecto se cursó el oficio

a la Comisaría de Yauyos – Lima –página 2427–; sin embargo, este oficio no fue diligenciado, pues como aparece de la parte final, la anotación: “Comisario de la PNP manifiesta que no es su jurisdicción, enviar a la Comisaría de Catahuasi – Yauyos 06.08.19”.

9.3. Luego, en la sesión del 8 de agosto de 2019, tampoco concurrió el encausado y su defensa manifestó que no se pudo comunicar con él. Ante ello, la Sala de Apelaciones, resolvió declarar reo contumaz al acusado Meléndez Melaton Toralba Chupayo. Y señaló, que de conformidad con el artículo 285-B numeral 3 del Código de Procedimientos Penales, habiendo su defensa manifestado la renuncia a su defensa material del citado se da por cerrado el debate y se da la lectura de sentencia incluido el recurrente.

10. En esas condiciones como se ha señalado, el recurrente estuvo notificado válidamente en la sesión del 25 de julio de 2019; sin embargo, no fue para ejercer su autodefensa, conforme al fundamento 9.3, de la presente resolución, el oficio que dispuso su conducción compulsiva no se efectivizó por las razones expuestas y tampoco aparece el oficio dirigido a la comisaria de Catahuasi, Yauyos.

Aquí se advierte que el citado no ha declarado, pues aparece que se reservó su derecho. Sobre este tema hay que recordar que es un derecho del imputado a ser oído conforme al artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que garantiza que: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter", y el artículo 139 numeral 12 de la Constitución Política del Perú, “Principio de no ser condenado en ausencia”.

Advertido ello, también se observa que el acusado tuvo conocimiento que en la sesión del 1 de agosto de 2019, se culminaba con los alegatos de clausura de la defensa de los acusados. Por lo tanto, era la oportunidad procesal para expresar al Colegiado su derecho a declarar o guardar silencio, pero no asistió. Preciado lo anterior, la consecuencia de su conducta procesal era la de ser declarado reo contumaz y suspenderse el plazo de prescripción, no así emitir sentencia en su contra sobre la base que el abogado renunció a su defensa material.

Por ello, se ha incurrido en causal de nulidad, prescrita en el numeral 1 del artículo 298 del Código de Procedimientos Penales, que prescribe se declarará la nulidad cuando: “1) Cuando en la sustanciación de la instrucción, o en la del proceso de juzgamiento, se hubiera incurrido en graves irregularidades u omisiones de trámites o garantías establecidas por la ley procesal penal [...]”, solo en el extremo que condenó al encausado Meléndez Melaton Toralba Chupayo. En consecuencia se mantiene

vigente su condición de reo contumaz, reservándose el proceso hasta que sea habido. El motivo se ampara.

12. Comenzaremos resaltando que en doctrina legal, en cuanto a la definición y estructura del delito de peculado, está descrita en los fundamentos seis y siete, del Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, de fecha treinta de septiembre de dos mil cinco. Se estableció que, para la configuración típica del delito de peculado, es necesario identificar los siguientes elementos materiales: **a)** existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos; **b)** la percepción, administración o custodia; **c)** la apropiación o utilización; **d)** el destinatario; para sí o para otro; **e)** caudales y efectos.

13. Cabe precisar que en el caso, no se ha cuestionado que los encausados Hernán Molleda Huamán, Víctor Gregorio Román Valentín, Adrián Néstor Huamán Ordoñez, Medali Rosario Castro Molleda y Orlando Opeinymer Sulca Molleda, se desempeñaron el primero como Alcalde y sus coacusados como regidores de la Municipalidad Distrital de Caca, Yauyos Lima, en el periodo 2003 a 2006, conforme quedó fijado en la sentencia impugnada en el fundamento 55.

14. Y en dicho ejercicio funcionales aprobaron solicitar un préstamo al Banco de la Nación por la suma de S/ 365 000,00, conforme al Acta de sesión de concejo del 26 de febrero de 2003 y entregada en el mes de marzo de 2003, conforme aparece de la Carta N.º 006-2003-MDC –páginas 1262 y 1270, esta última oralizada en el plenario página 2405– del 3 de marzo de 2003, para la ejecución de las siguientes obras:

- 1)** Construcción de la plaza de armas,
- 2)** Ampliación de la carretera y
- 3)** Construcción del Palacio Municipal.

15. También, haber aprobado en sesión de concejo el alquiler del tractor de orugas Caterpillar a la empresa Constructores Mineros EIRL, que se usó entre los meses de mayo a diciembre 2004 –excepto octubre–, y generó un ingreso económico de S/ 73 142,02 que debía ser destinado para la ejecución de obras.

16. Los reclamos de los recurrentes, en el motivo 3.2. sostienen que el perito Pedro Heredia Franco suscribiente del informe pericial de parte y sus anexos, negó haberlo elaborado; sin embargo, ello no afecta el contenido del acta de sesión de concejo que si es verdadera. Es decir, no ha sido elaborada exprofesamente, en tanto, que las obras se realizaron y fueron culminadas, y

las actas de inspección ocular no han sido observadas por las personas que participaron en dicha acta.

17. Veamos, con relación al préstamo de S/ 365 000,00 por el Banco de la Nación, como lo ha señalado la Sala Superior, este consta en el reporte enviado por el citado Banco –página 1059–, y según el estado de la cuenta corriente N.º 0571-006529, del 11 de marzo de 2003 se abonó a dicha cuenta dicho monto.

También se constató que al 31 de diciembre de 2004, solo existía como saldo disponible la suma de S/ 12 623,47. Es decir, el saldo del préstamo más lo que recibió la comuna por transferencia del gobierno central de S/ 321 237,88 en el año 2004, que hizo un total de S/ 336 200,75 –página 441–. Con ello, queda claro que el saldo disponible al 31 de diciembre de 2004 fue de S/ 12 623,47.

18. Ahora, respecto a las obras descritas en el numeral 14 de la presente ejecutoria, conforme con el Acuerdo de concejo, se elaboró el informe pericial, de tasación de las obras ejecutadas en el año 2003, suscrita por los ingenieros Esteban Plácido Vega Rojas y Óscar Demetrio Lozan Tataje –método de tasación directa –página 438 al 447–. Ratificada en el plenario, sesión del 16 de abril de 2019 y oralizada en el plenario –página 2245 y 2405– conforme al siguiente detalle:

CONCEPTO	COSTO
1. Construcción del local municipal	S/ 123 769,62
2. Construcción de Servicios Higiénicos	S/ 2344,71
3. Enrejado de cementerio	S/ 2685,54
4. Nivelación de Estadio	S/ 1043,62
5. Caja domiciliaria de desagüe	S/ 5568,25
6. Apoyo con cemento a la escuela primaria	S/ 140,00
7. Carretera Pichalla–Cacra	S/ 25 854,80
8. Rehabilitación del Sistema de agua potable de Villafranca	S/ 3075,00
9. Lavadero en el CE 20759 Escuela Primaria Villafranca	S/ 474,71
10. Nivelación de terreno Pronoi “Semillitas”	S/ 220,80
TOTAL	S/ 165 176,75

19. Sobre el particular, los recurrentes reclaman que en el acta de sesión de concejo del 25 de mayo de 2003, presentada por los encausados Hernán Molleda Huamán y Orlando Sulca Molleda, mediante escrito de trece de enero de 2009, consta la modificación del presupuesto para la ejecución de más obras, conforme al siguiente detalle:

CONCEPTO	COSTO
1. Apoyo a los centros educativos del distrito y anexos	S/ 3000,00
2. Construcción de baños públicos en el distrito	S/ 20 000,00
3. Rectificación y Ampliación de la vía Villafranca/Cacra	S/ 124 000,00
4. Construcción de Palacio Municipal	S/ 193 000,00
5. Apoyo a estudios y obras diversas	S/ 5000,00
6. Mejoramiento de Cementerio	S/ 2000,00
7. Elaboración del plan estratégico	S/ 12 000,00
TOTAL	S/ 365 000,00

20. Ahora bien, llegado a este punto, en que los recurrentes pretenden hacer corresponder que no habría apropiación de algún monto derivado del Banco de la Nación. Sin embargo, esta Suprema Corte no puede pasar por alto que en la citada acta se tuvo como base para la elaboración del Informe Pericial de parte y sus anexos –páginas 1186 al 1222–, suscrito por Pedro Heredia Franco, con el que se pretendía acreditar la regularidad de las obras.

Sucede, que el citado perito concurrió al plenario, en la sesión del 25 de abril de 2019 y negó haber elaborado el citado informe pericial, así como conocer

al encausado Hernán Molleda Huamán. Ante ello, el nombrado encausado Molleda Huamán en la sesión del 16 de mayo de 2019, no pudo explicar la procedencia de la pericia pues sostuvo que esta le fue proporcionada por su abogado.

Entonces, sostener que el contenido de dicha acta en el que se modifica el presupuesto a la suma de S/ 365 000,00 no tiene respaldo, por cuanto, en sus cantidades difieren y no desvirtúan la primera acta de sesión de consejo, que sí están respaldadas con la tasación de las obras descritas en el fundamento 18, y conforme al acta de inspección *in situ* del 4 de octubre de 2004 –páginas 235 al 241–, y la constatación de las obras realizadas, como son el local de la Municipalidad de Caca, El Cementerio, la carretera de Caca hasta el punto de Pichalla, los baños públicos, la rehabilitación del sistema de agua potable, donde consta las mejoras con la participación de los encausados. Su motivo no se estima.

21. El motivo 3.2, está vinculado a los motivos 3.3, 3.4, y 3.7. Reclaman, en lo central que han sido absueltos en dos oportunidades y al ser impugnadas las sentencias han sido declaradas nulas y la última vez, la Corte Suprema ordenó una ampliación del examen pericial respecto a los documentos presentados por la defensa en juicio oral; sin embargo, en la pericia del 4 de julio de 2019, solo se hizo respecto a los años 2003 y 2004, y no se tuvo en cuenta los comprobantes de pago que corresponden a los años 2005 y 2006, pese a no haberse establecido ninguna distinción.

22. Es cierto que mediante Recurso de Nulidad N.º 1400-2009, del nueve de septiembre de dos mil diez –página 1271–, se declaró nula la sentencia que absolvió de la acusación fiscal a los recurrentes. También, mediante Recurso de Nulidad N.º 986-2015, Sala Penal Transitoria, del uno de marzo de dos mil diecisiete –página 2146–, declaró nula la sentencia del veintidós de diciembre de dos mil catorce y ordenó se lleve nuevo juicio oral.

La primera, se declaró nula porque no se precisó de manera clara los periodos de imputación de cargos, los montos supuestamente apropiados y las conductas atribuidas a cada uno de los encausados, y la segunda, específicamente en el fundamento 2.9, se ordenó realizar una ampliación del examen pericial, respecto a la documentación presentada por la defensa en juicio oral, y evaluarse con suficiencia tal resultado para determinar si hay o no un supuesto sostenible de acreditación de responsabilidad penal.

23. En ese sentido, se cuentan con los peritajes contables realizados sobre los comprobantes de pago, que justificarían la autenticidad de los pagos, respecto a los cargos atribuidos a los recurrentes. Así, tenemos:

Con relación al préstamo otorgado por el Banco de la Nación, por S/ 365 000,00 se tiene lo siguiente:

23.1. Informe Contable N.º 05-2008/RAV/NCHC, del 29 de diciembre de 2008 –páginas 1169 a 1181, oralizada en el plenario página 2405–, suscrito por Roberto Aguilar Valdez –ratificado en la sesión del 16 de abril de 2019 –página 2245– y Milder Chávez Culqui, concluyó: “del préstamo obtenido ante el Banco de la Nación por S/ 365 000,00 contra la cuenta de Foncomun, se estableció la existencia de rendiciones de cuenta por S/ 258 971,88 con un saldo sin sustento documentario al 31 de diciembre de 2004 de S/ 106 128,12. También, se precisó que los libros contables no están suscritos por un profesional.

23.2. Informe Contable Judicial Complementario N.º 03-2014/RAV/PCJ, del 25 de noviembre de 2014, suscrito por Roberto Aguilar Valdez, —que aparece en cuaderno separado oralizado en el plenario página 2405—, concluye que se ha determinado el sustento documentario sobre las obras: ampliación y construcción de la carretera Picalla-Cacra, rehabilitación del agua potable de Villafranca, baños públicos y centro educativos por S/ 76 695,66 con lo que el saldo sin sustento documentario es:

$$\begin{array}{r} \text{S/106 128,12} \\ -\text{S/ 76 695,66} \\ \hline \text{S/ 29 426,20} \end{array}$$

23.3. Informe pericial contable del 3 de julio de 2019 —que aparece en cuaderno separado, oralizada en el plenario página 2405—, suscrito por Moisés Enrique Cajo Flores y Alexander Miguel Ángel Mayta Soto, ratificado en el plenario, sesión del 11 de julio de 2019 —página 2397—, donde se cuantificó que es válido por S/ 27 746,00; solo comprende documentos que corresponden a los años 2003 y 2004. Por lo que el saldo faltante de sustento documentario es:

$$\begin{array}{r} \text{S/ 29 426,20} \\ -\text{S/27 746,00} \\ \hline \text{S/ 1680,20} \end{array}$$

Y, respecto al alquiler del tractor de orugas Caterpillar están los siguientes informes:

23.4. Informe Contable N.º 05-2008/RAV/NCHC,—que aparece en cuaderno separado—, oralizado en el plenario página 2405— se estableció que el alquiler del tractor de orugas Caterpillar fue de USD 38,08 por hora de trabajo, y si bien de acuerdo con el contrato suscrito entre la Municipalidad Distrital de Cacra y la empresa Constructores y Mineros SAC, el alquiler es del 1 de mayo al 30 de diciembre de 2004, en un

primer momento se cuantificó solo de mayo a agosto de 2004, lo que según el cambio monetario de dólares a soles se tuvo como ingresos S/ 34 114,02, en el que se han liquidado conceptos que no corresponden a los fines del alquiler del tractor, por S/ 6550,00 y la suma de S/ 1830,94, por gastos de mantenimiento de cuenta bancaria, que hace un monto justificado de S/ 8380,94. Entonces, el saldo pendiente de sustento es de S/ 25 733,08.

23.5. Informe Contable Judicial Complementario N.º 03-2014/RAV/PCJ –que aparece en cuaderno separado–, establece que el alquiler del tractor de orugas Caterpillar, en los meses de septiembre, noviembre y diciembre de 2004, significó según el cambio monetario de dólares a soles fue de S/ 39 028,32, sumado los S/ 25 733,08 (saldo sin sustento) dio un total de S/ 64 761,40, del cual se justificó S/ 49 849,70. Entonces, el saldo pendiente de sustento es de S/ 14 911,70.

23.6. Y el informe pericial contable, de los documentos presentados en este tercer informe pericial se ha cuantificado que solo es válido por S/500, que solo comprende un documento que corresponde al año 2003 por lo que el saldo faltante que no fue sustentado es de S/ 14 911,70 – S/ 500,00 = S/ 14 411,70.

24. Cabe apuntar que consta en la pericia de valoración que se hizo referencia a las obras descritas en el fundamento 18, de la presente resolución suprema, esto es, para la construcción del local municipal, construcción de servicios higiénicos, enrejado de cementerio, caja domiciliaria de desagüe, apoyo con cemento a la escuela primaria, carretera Pichalla-Cacra, Rehabilitación del sistema de agua potable de Villafranca, lavadero en el Centro Educativo N.º 20759 - Escuela Primaria de Villafranca y nivelación de terreno Pronoi “Semillitas”, por el monto de S/ 165 176,75.

25. Aquí, se subraya que si bien en el último peritaje se establece que hay importes que contienen los comprobantes de pago por S/ 23 480,00 y de otro lado importes que contienen solo facturas y recibos, pero no comprobantes de pago por S/ 4266,00, lo que pone en cuestión los últimos documentos contables de curso legal, al no existir comprobantes de pago que generen el pago por el servicio o bien adquirido para las obras.

26. Lo mismo sucede con el alquiler del tractor de orugas Caterpillar, que establece que dicho dinero fue canalizado a la cuenta corriente N.º 0571-012014 cuyos extractos bancarios –páginas 1120 a 1124– entre agosto a diciembre de 2004 solo se tienen montos ínfimos que a diciembre su monto mayor no supera los S/ 5328,75, más en la cuenta corriente N.º 0571 011573

de la municipalidad agraviada, en cuyos movimientos –páginas 1110 a 1119–, se advierten abonos de S/ 70 800,62 al 30 de septiembre de 2004 y al 30 de noviembre de 2004, ese saldo es S/ 101 902,00 pero que al 31 de diciembre de 2004, el saldo es de S/ 0. Ello determina que del dinero del alquiler del tractor de orugas Caterpillar en un total de S/ 73 142,34 y del dinero del préstamo de S/ 365 000 a diciembre de 2004 solo quedo cantidades pequeñas de S/ 5328,75 o S/0 por el alquiler y de S/ 12 623,47 del préstamo.

Y de ser así, aún existe un faltante de S/ 1680,20 por el préstamo que no ha sido justificado y un faltante de S/ 14 411,70, correspondiente al alquiler del tractor de orugas Caterpillar que no han sido sustentados por los recurrentes.

También, es de precisar que sus suscribientes, peritos Moisés Enrique Cajo Flores y Miguel Ángel Mayta Soto, en plenario –página 2396–, explicaron que han tenido en cuenta los 58 comprobantes o documentos, separándolos por años 2006, 2005, 2004 y 2003, evaluando cada uno de ellos, y no todos los que figuran son comprobantes de pago, sino que básicamente el comprobante de pago está junto a una factura, guía de internamiento o una orden de servicio, lo que se genera en un pago.

Ahora, respecto al pago de servicios a los docentes del plan piloto Huascarán, y el sueldo de un profesor, estos correspondían a los gastos del 2006 y solo han sido considerados los que corresponden a cada gasto objeto de examen. Entonces, respecto a que los citados comprobantes de pago que reclaman los recurrentes no han sido valorados, no tiene relevancia al caso, al no haber acreditado que estos formen parte de los gastos de las obras en el periodo cuestionado y conforme a las exigencias explicadas por los citados peritos. Se destaca, además que para restarle valor probatorio los encausados critican que los peritos no son especialistas; sin embargo, no han acompañado prueba objetiva que respalde su posición y tal condición no fue cuestionada con los mecanismos previstos por ley. Por tanto, su valor probatorio se mantiene.

27. Detallados, dichos elementos probatorios, los encausados no han brindado una versión uniforme. El encausado Hernán Molleda Huamán, brindó su declaración policial con presencia fiscal el 17 de mayo de 2004 –página 100–. Sostuvo que el contrato del caterpillar se hizo por seis meses y el dinero obtenido estaba destinado para la mejora de los canales de reservorio, apoyo a las instituciones educativas de Caca y sus anexos, el pago de seguros y las letras. Y el préstamo del Banco de la Nación, se dio con fines de la construcción del palacio Municipal, ampliación, rectificación de la carretera Villafranca-Caca y la construcción de la plaza de armas, cumpliéndose con la carretera antes citadas, por un costo de S/ 128 000,00 y en el Palacio Municipal se gastó S/ 212 000,00 y en la plaza de armas se hizo un mejoramiento por cuanto se necesita mayor inversión.

Luego, en el sumario –página 200– del 11 de agosto de 2004, señaló que el Palacio Municipal se culminó con un costo de S/ 208 000,00 y en el plenario, sesión del 16 de mayo de 2019 –página 2320–, refiere que esta obra culminó en el año 2006.

28. Por su parte, los sentenciados Víctor Gregorio Román Valentín, Adrián Néstor Huamán Ordoñez, y Medali Rosario Castro Molleda también brindaron su declaración policial con presencia fiscal, el 17 de mayo de 2004, y en el sumario –páginas 96, 94, 98, 214, 212 y 206 respectivamente–. Todos, coinciden en señalar a nivel preliminar, que el préstamo de trescientos sesenta y cinco mil soles, se dio para las obras de rectificación y ampliación de la carretera Villafranca-Cacra, construcción del palacio municipal y el parque.

El primero señaló que no se culminó el Palacio Municipal y Plaza de Armas y el segundo solo el parque por falta de recursos económicos y la tercera señaló que el dinero obtenido por el Caterpillar estaba destinado a las mejoras de los canales de reservorio, apoyo a las instituciones educativas de Cacra.

Los citados encausados, en el sumario, han negado los cargos atribuidos, y han sostenido que el destino del dinero por el préstamo de dinero del Banco de la Nación y el alquiler del tractor, han sido destinados a las obras que se hicieron en el periodo municipal y han sido ampliadas cumpliéndose con su objeto. Luego, en el plenario, los encausados Medali Rosario Castro Molleda, en la sesión del 9 de abril de 2019, también negó los cargos y los demás hicieron uso a su derecho a guardar silencio, como aparece de la sesión del 9 de abril de 2019.

Por su parte, Orlando Opeinymer Sulca Molleda, a nivel policial, sumario plenario, sesión del 23 de mayo de 2019 –páginas 93, 206 y 2335–, señaló que en su condición de regidor ha venido cumpliendo con fiscalizar la actual gestión teniendo conocimiento de los materiales que se compraban para las obras. Entonces, lo cierto, es que no se acreditó con elementos probatorios de curso legal el faltante de dinero adquiridos por motivo del préstamo de dinero obtenido por el Banco de la Nación y el alquiler del tractor oruga Caterpillar. Sus motivos no se estiman.

29. Con relación al motivo 3.4., está vinculado al motivo 3.6. Reclaman los recurrentes que no concurren los elementos objetivos y subjetivos del delito de peculado simple.

30. Como se ha señalado en el Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del treinta de septiembre de dos mil cinco, fundamento 7, ha establecido que el delito consiste básicamente en establecer la relación funcional del sujeto activo con los caudales del Estado, así como la percepción, administración o

custodia, apropiación para sí o para otro, que se materializan con la conducta de: “hacer suyo los 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”.

31. Sobre esa exigencia corresponde analizar, en principio la relación funcional del recurrente Hernán Molleda Huamán, como se ha señalado en el fundamento 13 de la presente resolución, su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Cacras está probada.

También, los encausados Víctor Gregorio Román Valentín, Adrián Néstor Huamán Ordoñez, Medali Rosario Castro Molleda y Orlando Opeinymer Sulca Molleda, tenían la condición de regidores, y como tal, aprobaron las obras, siendo su responsabilidad controlar el plan de desarrollo institucional y el programa de inversiones. Esta función está descrita en el artículo 9¹, numeral 2 de la Ley Orgánica de Municipalidades, aprobado con Ley N.º 27972 y tenían la condición de funcionarios públicos, conforme al artículo 425 numeral 2 del Código Penal.

32. Entonces, este Supremo Tribunal comparte el criterio asumido por el Tribunal de Mérito, que concluyó que el sentenciado Hernán Molleda Huamán, en su condición de exalcalde de la Municipalidad Distrital de Caca, al tener una relación funcional de custodia y administración sobre los bienes de la citada comuna, en forma consciente y voluntaria se apropió de dicho dinero faltante, que le fue confiado en razón de su cargo. Y tal como lo sostuvo la sentencia impugnada, fue consciente que el dinero del préstamo y del alquiler lo manejaría en forma directa, por no existir ningún otro funcionario de la administración edil. Entonces, como se ha expuesto, al no haberse justificado el faltante de dinero, revela que pasó a su disposición y usado en su provecho, y con ello ha infringido su deber especial frente a la Administración pública, con relación al caudal que le fue confiado.

33. Y los encausados Víctor Gregorio Román Valentín, Adrián Néstor Huamán Ordoñez, Medali Rosario Castro Molleda, Orlando Opeinymer Sulca Molleda, en su condición de regidores efectivamente no han tenido la vinculación funcional con los caudales del Estado. Sin embargo, al tratarse de un delito de infracción de deber, tenían la obligación legal de controlar y fiscalizar y en este caso no lo hicieron. En conclusión, su conducta se limitó a contribuir en la comisión del delito, en su condición de complicidad primaria prevista en el artículo 25 del Código Penal. Su motivo no se estima.

¹ Artículo 9. Atribuciones del Concejo Municipal: corresponde al concejo municipal: [...] 2. Aprobar, monitorear y controlar el plan de desarrollo institucional y el programa de inversiones, teniendo en cuenta los Planes de Desarrollo Municipal Concertados y sus Presupuestos Participativos

34. En virtud a los elementos de prueba evaluados y los demás que contiene la sentencia impugnada, se encuentra plenamente acreditada la comisión del delito de peculado doloso y la responsabilidad penal de los recurrentes, en su condición de autor y cómplices primarios respectivamente. Así, se concluye que el Tribunal Superior, efectuó una adecuada valoración de los elementos de prueba actuados, que han sido sometidos al contradictorio en observancia a los principios que cautelan el debido proceso del imputado. Por tanto, la condena en su contra se encuentra debidamente justificada y al no ser impugnados los demás extremos vinculados a la pena y reparación civil, deben ser ratificadas y así se declara.

35. Finalmente, se verifica que a los citados sentenciados se les impuso cuatro años de pena privativa de la libertad y la pena de inhabilitación conforme al artículo 36 numerales 1 y 2 del Código Penal por el mismo plazo.

Este Supremo Tribunal ha establecido en el Recurso de Nulidad N.º 1261-2013-Piura, Sala Penal Permanente, en el fundamento 3.10, lo siguiente: “[...] aunque la determinación de la pena de inhabilitación no fue objeto del recurso, por favorabilidad, tal extremo debe ser objeto de pronunciamiento dado que debe guardar proporcionalidad y razonabilidad del *quantum* (cuantía) de la pena principal impuesta [...]”.

En ese sentido, el texto original del artículo 38 del Código Penal, prevé que la inhabilitación se extiende de seis meses a cinco años. Por tanto, en aplicación del principio de proporcionalidad y razonabilidad antes citado, en dicho extremo resulta procedente modificarla y rebajarla a dos años de pena de inhabilitación, en coherencia con la pena impuesta a cada uno de los nombrados.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los integrantes de la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, acordaron:

- I. Declarar **NULA** la sentencia, emitida por la Sala Penal Liquidadora Transitoria de la Corte Superior de Justicia de Cañete, del ocho de agosto de dos mil diecinueve, en el extremo que condenó al encausado **MELÉNDEZ MELANTON TORALBA CHUPAYO**, como cómplice primario del delito de peculado doloso simple, en agravio de la Municipalidad Distrital de Caca de la Provincia de Yauyos de la Región Lima, que le impuso cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo reglas de conducta, inhabilitación, conforme al artículo 36 numerales 1 y 2 del Código Penal por el mismo tiempo de la pena principal; y fijó por concepto de

reparación civil en la suma de S/ 12 000,00 (doce mil soles), que deberán pagar con sus cosentenciados a favor del Estado, sin perjuicio de devolver el monto de dinero indebidamente apropiados que asciende a la suma de S/ 16 091,44 (dieciséis mil noventa y uno con 44/100 soles).

II. DISPÓNGASE emitir órdenes de ubicación y captura, en contra de **MELÉNDEZ MELANTON TORALBA CHUPAYO**, al tener la condición de reo contumaz, disponiéndose la reserva del proceso hasta que sea habido.

III. NO HABER NULIDAD en la citada sentencia, en el extremo que condenó al encausado **HERNÁN MOLLEDA HUAMÁN** en su condición de exalcalde, como autor del delito de peculado doloso simple, y a los encausados **VÍCTOR GREGORIO ROMÁN VALENTÍN, ADRIÁN NÉSTOR HUAMÁN ORDOÑEZ, MEDALI ROSARIO CASTRO MOLLEDA Y ORLANDO OPEINYMER SULCA MOLLEDA** en su condición de exregidores, como cómplices primarios del delito de peculado doloso simple, en agravio de la Municipalidad Distrital de Caca de la provincia de Yauyos de la región Lima, imponiéndoles a cada uno de los nombrados cuatro años de pena privativa de la libertad, suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo reglas de conducta; y fijó por concepto de reparación civil en la suma de S/ 12 000,00 (doce mil soles), que deberán pagar los sentenciados a favor del Estado, sin perjuicio de devolver el monto de dinero indebidamente apropiados que asciende a la suma de S/ 16 091,44 (dieciséis mil noventa y uno con 44/100 soles); con lo demás que contiene.

IV. HABER NULIDAD en la citada sentencia, en el extremo que condenó a los encausado **HERNÁN MOLLEDA HUAMÁN, VÍCTOR GREGORIO ROMÁN VALENTÍN, ADRIÁN NÉSTOR HUAMÁN ORDOÑEZ, MEDALI ROSARIO CASTRO MOLLEDA y ORLANDO OPEINYMER SULCA MOLLEDA** en el extremo que le impuso la pena de inhabilitación, conforme al artículo 36 numerales 1 y 2 del Código Penal por el plazo de cuatro años; y, reformándola solo en el plazo les impusieron a los citados, inhabilitación por el plazo de dos años. Se haga saber y los devolvieron.

S. S.

PRADO SALDARRIAGA

BROUSSET SALAS

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL TRANSITORIA
RECURSO DE NULIDAD N.º 1716-2019
CAÑETE**

GUERRERO LÓPEZ

IEPH/mrce