

Malversación de fondos: Configuración

"El comportamiento típico en el delito de malversación de fondos es la aplicación de modo distinto de las asignaciones de dinero y bienes, cambiando así el destino o empleo fijado oficialmente, pueden ser numerosas y variadas dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro (funcionario que gasta más de lo asignado en adquisición de material de oficina, Alcalde que emplea el dinero destinado a la compra de maquinarias en el programa de vaso de leche, gastos no autorizados, etc.) pueden presentarse situaciones de permanencia o de delito continuado. En la doctrina se sintetiza en cuatro conductas específicas la figura de malversación a) dar aplicación oficial diferente de aquella destinada; b) comprometer sumas superiores a las fijadas; c) invertir en forma no prevista; y d) utilizar los fondos en forma no prevista."

RN N° 100-04 AREQUIPA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SEGUNDA SALA PENAL TRANSITORIA

Lima, diecinueve de enero de

dos mil cinco.-

VISTOS; actuando como ponente el señor Vocal Supremo Raúl Alfonso Valdez Roca, de conformidad en parte con lo dictaminado por el Señor Fiscal Supremo, el recurso de nulidad interpuesto por los condenados Nicomedes Fernández Cuela, Efraín Huahuacón Álvarez y Ulrich John Cornelio Peralta, contra la sentencia de fojas ochocientos catorce, su fecha treinta de enero de dos mil cuatro; y CONSIDERANDO: Primero.- Que los condenados alegan que los hechos imputados no constituyen delito, sino infracciones de índole administrativa, ya que no se ha causado ningún perjuicio al Estado con su accionar. Segundo: Que del estudio y revisión de los autos se advierte que la imputación contra los procesados estriba en el hecho de haber incumplido el Convenio número mil trescientos diez guión noventicinco, entre Foncodes y el núcleo ejecutor integrado por los procesados Nicomedes Fernández Cuela, Efraín Huahuacón Álvarez y Ulrich John Cornelio Peralta, para la realización del proyecto "Aulas C.E. José María Arguedas Ciudad Blanca" ubicada en el distrito de Paucarpata - Arequipa, habiendo incurrido en irregularidades en el manejo económico de treinta y siete mil quinientos cuarenta nuevos soles. Tercero.- Que en los delitos contra el patrimonio del Estado, malversación de fondos constituye documento fundamental la pericia contable, que conforme se advierte de la pericia de la misma que obra a fojas ciento trece a ciento dieciséis, ratificada a fojas ciento cincuenta y dos se concluye que existe un monto de gastos no sustentado, basándose inclusive en la ausencia de información y que sobre los gastos no es posible realizar una evaluación financiera, por ende esta pericia resulta incompleta para poder determinar la comisión del delito de peculado en su modalidad de malversación de fondos. Cuarto.- Que a ello debe sumarse la negativa de los procesados quienes señalan que la obra sí se culminó y en prueba de ello se advierte a fojas doscientos cuarenta y trescientos setenta y cinco se informa sobre la liquidación de obra de las Aulas del Centro Educativo "cuarenta y trescientos quince José Margía Arguedas Convenio mil trescientos diez" por Foncodes, el Inspector de Obra Arquitecto Ulrich Cornelio Peralta hizo llegar la liquidación de obra del proyecto, indicando a fojas doscientos cuarenta y cinco que el día veintidós de marzo de mil novecientos noventa y seis a horas once y treinta de la mañana levanta un acta de terminación de obra y de los trabajos realizados, señalando que se ha cumplido con su ejecución de acuerdo a los documentos del expediente técnico, suscribiendo el acta todos los integrantes del núcleo ejecutor. Quinto.- Que igualmente a fojas doscientos cuarenta y seis con fecha veintitrés de marzo de mil novecientos noventa y seis los integrantes del núcleo ejecutor hacen la entrega de la obra a la Directora del Centro Educativo cuarenta y trescientos quince. Sexto. Que el comportamiento típico en el delito de malversación de fondos "las formas o modalidades prácticas de los actos de malversación que aplican de modo distinto las asignaciones de dinero y bienes, cambiando así el destino o empleo fijado oficialmente pueden ser numerosas y variadas dentro del mismo rubro presupuestario o asignándolo arbitrariamente a otro (funcionario que gasta más de lo asignado en adquisición de material de oficina, Alcalde que emplea el dinero destinado a la compra de maquinarias en el programa de vaso de leche, gastos no autorizados, etc.) pueden presentarse situaciones de permanencia o de delito continuado. Y agrega que en la doctrina se sintetiza en cuatro conductas específicas la figura de malversación a) dar aplicación oficial diferente de aquella destinada; b) comprometer sumas superiores a las fijadas; c) invertir en forma no prevista; y d) utilizar los fondos en forma no prevista. Además no se castiga las formas culpables de malversación, se trata en pocas ocasiones de la presencia de lo que los romanos llamaban "dolus bonum" (dolo bueno) pero que la norma penal peruana igual castiga" Rojas Vargas'. Séptimo.- Que para la realización del tipo penal del delito de malversación de fondos, no entra en consideración los fines en los cuales se haya invertido el dinero del Estado, bastando para su consumación el hecho que le haya dado un destino diferente del primigenio. Octavo: Que si bien el día veintitrés de julio de mil novecientos noventa y cinco fecha del techamiento de las aulas, adquirieron productos alimenticios cigarrillos y licor; sin embargo no ha quedado establecido que este dinero haya sido usado del sobrante del núcleo ejecutor toda

público que esté conociendo o haya conocido un caso judicial o administrativo.." indudablemente que se refiere a quien tenga competencia judicial o administrativa sobre un caso concreto, quedando fuera de dicho ámbito quienes no tengan facultades jurisdiccionales estrictas (jueces) o amplias (fiscales) respecto de caso judicial y de funcionarios públicos que no estén investidos de poder discrecional administrativo; que, en el presente caso, la inicial referencia genérica que se hace al procesado de que coadyuvó al desvío de investigaciones periodísticas o congresales, sin que se haya acreditado en forma concreta y certera la existencia real y previa de caso judicial o administrativo en ciernes en contra de los hermanos Venero Garrido hace que la conducta incurrida por el procesado adolezca de un elemento objetivo del tipo penal indicado; y por consiguiente no se subsuma en él; aún cuando los demás elementos constitutivos del tipo penal como el núcleo rector principal "invocar con el ofrecimiento de interceder y los verbos rectores complementarios "recibir" "hace dar" o "hacer prometer", y los medios corruptores por los sustantivos "donativo"; "promesa" o "cualquier otra ventaja" y el elemento finalístico "con el ofrecimiento de" se encuentren presentes; en tal virtud, corresponde absolver al indicado encausado por los delitos imputados que no se han verificado, conforme a lo dispuesto por el artículo doscientos ochenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales; Quinto.- Que, respecto a la pretensión punitiva del Estado, y su concreción en el tipo, extensión, modalidad de cumplimiento de la pena, debe tenerse en consideración los diversos factores objetivos y subjetivos que fluyen de autos, es decir, el grado mayor o menor del desvalor del hecho, intensidad del reproche del autor, la extensión del daño causado, las condiciones personales del encausado, así como las circunstancias en que se llevó a cabo los hechos imputados; siempre y en todo momento observando lo dispuesto en el artículo octavo y noveno del Título Preliminar del Código Penal concordante con el artículo cuarenta y seis del acotado cuerpo legal; que, tampoco puede dejarse de considerar en la determinación de la pena el hecho que al procesado no le alcanza responsabilidad penal por los delitos contra la administración pública en sus modalidades de abuso de autoridad y tráfico de influencias por los que se le ha juzgado y condenado en la sentencia recurrida; por consiguiente, es razonable y atendible disminuir la pena prudencialmente; que, en igual sentido, respecto a la determinación de la prestación resarcitoria o monto de la reparación civil debe considerarse la naturaleza y magnitud de afectación al bien jurídico en concreto; que, ella se rige por el principio de proporcionalidad y objetividad y acorde con los efectos producidos por el delito; por lo que de conformidad a lo preceptuado por el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales; ameritándose rebajarla proporcionalmente; en consecuencia declararon NO HABER NULIDAD en la sentencia recurrida de fojas seis mil quinientos diecinueve, su fecha dieciocho de febrero del dos mil tres, que declara infundada la tacha contra el documento filmico formulada por el encausado ante la vocalía de instrucción, por escrito de fecha quince de octubre del dos mil uno; condena a Ernesto Ramón Gamarra Olivares, por el delito contra la administración pública - corrupción de funcionarios- cohecho pasivo propio en agravio del Estado; inhabilitación por el término de tres años para la pérdida del cargo de Congresista, cargo, mandato o empleo de carácter público aunque proceda de elección popular; y sesenta días-multa a razón del veinticinco por ciento de su ingreso diario a favor del tesoro público que deberá ser pagado dentro de los diez días de expedida la sentencia; y se declare HABER NULIDAD en la propia sentencia en el extremo que condena al citado encausado, por los delitos contra la administración pública - abuso de autoridad- en la modalidad de omisión, rehusamiento ó demora de actos de función y corrupción de funcionarios-, en la modalidad de tráfico de influencias, en agravio del Estado; en cuanto impone al citado encausado la pena de seis años de pena privativa de la libertad; y en el extremo que fija en ochocientos mil nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor del Estado y lo demás que al respecto contiene, REFORMANDOLA en estos extremos por mayoría: impusieron a Ernesto Ramón Gamarra Olivares, cinco años de pena privativa de la libertad efectiva, la misma que computada desde el dieciocho de febrero del año dos mil tres, según sentencia de fojas seis mil quinientos diecinueve y con el descuento de la carcelería sufrida desde el veintidós de mayo del dos mil uno -conforme oficio de fojas ciento ochenta y cuatro- hasta el treinta y uno de octubre del mismo año - conforme oficio de fojas dos mil ochocientos noventa y uno, vencerá el ocho de setiembre del dos mil siete; y por mayoría: fijaron en doscientos mil nuevos soles, la suma por concepto de reparación civil que deberá abonar el sentenciado a favor del Estado e INTEGRÁNDOLA en este extremo, sin perjuicio de restituir la suma de dinero indebidamente recibida a favor del Estado; asimismo ABSOLVIERON al citado encausado, de la acusación fiscal, por los delitos contra la administración pública - abuso de autoridad- en la modalidad de omisión, rehusamiento ó demora de actos de función; y corrupción de funcionarios en la modalidad de tráfico de influencias en agravio del Estado; mandaron archivar definitivamente el proceso en cuanto a este extremo se refiere; y de conformidad con lo establecido por el Decreto Ley veinte mil quinientos setenta y nueve: dispusieron la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de los delitos materia de absolución; declararon NO HABER NULIDAD en lo demás que contiene; y los devolvieron.-