

**Delito de peculado: la condena del absuelto y el principio de confianza en los delitos contra la administración pública en que exista posición de garante**

I. Es doctrina reiterada por este Tribunal la posibilidad de condenar al absuelto en segunda instancia; no existe restricción en la norma procesal. No obstante, es necesario que se garantice, en tales casos, lo siguiente: **(i)** la presencia del procesado absuelto a fin de que reitere su tesis defensiva frente al Tribunal Superior; **(ii)** la existencia de pruebas nuevas en el juicio de apelación; **(iii)** la posibilidad de variar la valoración de la prueba personal se dará únicamente en relación con las denominadas "zonas abiertas" que son accesibles al control y podrán ser fiscalizadas a través de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos; **(iv)** además, no es posible condenar al absuelto mientras tenga la condición de contumaz (al respecto, véanse las Casaciones números 503-2018/Madre de Dios, 648-2018/La Libertad, 195-2012/Moquegua y 1379-2017/Nacional).

II. Por otro lado, el alcalde tiene el deber de custodia de los caudales públicos que se hallan bajo su administración, así como la tutela de los intereses de la entidad que representa. Así, en él recae la posición de garante, por lo que es su deber controlar y supervisar, debido a su especial posición, que deriva de la Ley Orgánica de Municipalidades. En consecuencia, no es posible en este caso compatibilizar sus actuaciones con el principio de confianza, en relación con los caudales de la municipalidad, pues existía un deber que obligaba al alcalde a supervisar y cautelar los bienes de la municipalidad.

Lima, veintiuno de junio de dos mil veintidós

**VISTOS:** el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del veintidós de enero de dos mil veinte (foja 1989), que confirmó la sentencia de primera instancia del trece de agosto de dos mil diecinueve (foja 1515), que absolvió a Martín Reynaldo Nolberto Isidro de la acusación fiscal como autor y a Isidro Avencio Fajardo Sánchez de la acusación como cómplice primario del delito

contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso por apropiación.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

## CONSIDERANDO

### I. Itinerario del proceso

**Primero.** Conforme se desprende de la acusación, los fundamentos fácticos establecidos atribuidos a los procesados se circunscriben a lo siguiente (foja 2 del cuadernillo formado en esta instancia suprema):

- 1.1.** Durante los periodos dos mil ocho, dos mil nueve y dos mil diez, el imputado Martín Reynaldo Nolberto Isidro, en su condición de alcalde, tuvo bajo su administración y custodia los caudales de la Municipalidad Distrital de Aurahuá.
- 1.2.** A fin de llevar a cabo una mejor administración de los caudales del tesoro público de la entidad que representaba, contrató los servicios del imputado Ismael Simón Pérez Ramos como tesorero del municipio. De la misma manera, contrató los servicios de Isidro Avencio Fajardo Sánchez como asesor contable.
- 1.3.** Los imputados Martín Reynaldo Nolberto Isidro e Ismael Simón Pérez Ramos (quienes tenían bajo su administración y custodia los caudales de la Municipalidad Distrital de Aurahuá) concertaron para apropiarse de la suma de S/ 62 001.79 (sesenta y dos mil un soles con setenta y nueve céntimos) —conforme se aprecia del Informe Pericial número 012-2013-WFHB-FPCEDCF-HVCA, efectuado por el perito auditor contable del Ministerio Público—, para lo cual tuvieron la colaboración primordial del imputado Isidro Avencio Fajardo Sánchez (exasesor contable de la Municipalidad Distrital de Aurahuá), quien aprovechando que era el único responsable de manejar el SIAF (Sistema Integrado de Administración Financiera del Sector Público)

generó comprobantes de pago a nombre de Ismael Simón Pérez Ramos sin la documentación de los bienes adquiridos y/o los servicios prestados que sustentaran ello, para que los imputados Martín Reynaldo Nolberto Isidro e Ismael Simón Pérez Ramos se apropiasen para sí de los caudales de la referida municipalidad mediante la elaboración de veintitrés cheques girados en el periodo indicado.

- 1.4.** Conforme se aprecia objetivamente de los comprobantes de pago y los cheques autenticados, los cuales se encuentran rubricados por los autores, el imputado Ismael Simón Pérez Ramos los cobró en la agencia del Banco de la Nación de la ciudad de Chincha.
- 1.5.** El imputado Martín Reynaldo Nolberto Isidro, en su condición de alcalde y responsable de las cuentas bancarias de la municipalidad, en inobservancia de sus funciones como máxima autoridad y ejecutivo responsable de salvaguardar los intereses de la entidad, máxime porque tenía a su cargo la custodia de los caudales que se hallaban bajo su administración en razón de sus deberes y las atribuciones de su cargo, transgredió con su actuar lo establecido en el Inciso 1 del artículo 20 de la Ley Orgánica de Municipalidades.
- 1.6.** El imputado Ismael Simón Pérez Ramos, en su condición de extesorero de la Municipalidad Distrital de Aurahuá, se valió de su cargo y aprovechó que tenía bajo su administración y custodia los cheques de la mencionada municipalidad, por cuanto le ordenó a su cómplice Isidro Avencio Fajardo Sánchez que gire a su nombre órdenes de pago sin la sustentación documentaria de los bienes adquiridos y/o los servicios prestados, para luego suscribirlas con el autor Martín Reynaldo Nolberto Isidro y hacerlas efectivas en la agencia del Banco de

la Nación de la ciudad de Chincha, con lo cual transgredió lo establecido en el numeral 9.1 del artículo 9 y el numeral 30.4 del artículo 30 de la Directiva de Tesorería número 001-2007-EF/77.15, modificada por la Resolución Directoral número 017-2007-EF/77.15.

- 1.7.** Finalmente, el imputado Isidro Avencio Fajardo Sánchez, en su condición de exasesor contable de la Municipalidad Distrital de Aurahuá, colaboró en la apropiación de los S/ 62 001.79 (sesenta y dos mil un soles con setenta y nueve céntimos), pues generó comprobantes para luego hacerlos efectivos en contubernio con el autor Martín Reynaldo Nolberto Isidro en la agencia del Banco de la Nación de la ciudad de Chincha, y así Martín Reynaldo Nolberto Isidro e Ismael Simón Pérez Ramos se apropiaron de la referida suma de los caudales de la municipalidad.

**Segundo.** A efectos de mejor resolver, es pertinente realizar una síntesis de los hechos procesales materia del presente caso:

- 2.1.** Preliminarmente, es preciso indicar que en el presente caso existen tres sentencias previas a las de mérito:
- a.** La primera con fecha veintinueve de abril de dos mil quince, que condenó a los tres procesados (foja 450); sin embargo, fue declarada nula mediante la sentencia de vista del dos de julio de dos mil quince (foja 535).
  - b.** La segunda con fecha doce de agosto de dos mil dieciséis, que absolvió a los procesados (foja 693), la cual fue declarada nula por la sentencia de vista del treinta y uno de enero de dos mil diecisiete (foja 795).

- c. Luego se expidió la tercera sentencia con fecha cinco de octubre de dos mil diecisiete, que condenó a los procesados (foja 1061) y que nuevamente fue declarada nula por el Tribunal Superior mediante sentencia del veinte de marzo de dos mil dieciocho (foja 1168).

Posteriormente, la causa retornó al Juzgado a efectos de que se llevara a cabo un nuevo juzgamiento y se dictara una nueva sentencia. Así pues:

- 2.2.** El Juzgado Penal Unipersonal de Castrovirreyna emitió la resolución del trece de agosto de dos mil diecinueve, que: **(i)** condenó al procesado Ismael Simón Pérez Ramos como autor del delito contra la administración pública y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida por el plazo de dos años y **(ii)** absolvió de la imputación en su contra a Martín Reynaldo Nolberto Isidro como autor e a Isidro Avencio Fajardo Sánchez como cómplice primario del delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso por apropiación (foja 1515).
- 2.3.** Contra esta resolución el representante del Ministerio Público presentó recurso de apelación únicamente en el extremo absolutorio de los procesados Martín Reynaldo Nolberto Isidro e Isidro Avencio Fajardo Sánchez<sup>1</sup> (foja 1577).
- 2.4.** En consecuencia, la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Huancavelica, mediante la resolución de vista del veintidós de enero de dos mil veinte, declaró infundado el recurso de apelación interpuesto y

---

<sup>1</sup> La condena del procesado Ismael Simón Pérez Ramos quedó consentida debido a que su recurso de apelación fue rechazado de plano por haber sido interpuesto de forma extemporánea (foja 1595).

confirmó la resolución de primera instancia en relación con la absolución de los procesados (foja 1989).

- 2.5. En contraposición a dicha resolución el representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación (foja 2016).
- 2.6. Luego la Sala Superior emitió la resolución del cuatro de marzo de dos mil veinte, que concedió el recurso interpuesto y lo elevó a la Corte Suprema (foja 2031).

## II. Tenor del recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público

**Tercero.** En su recurso de casación el fiscal adjunto superior postuló los siguientes temas para el desarrollo de doctrina jurisprudencial:

Tema 1. ¿La condena del absuelto puede ser analizada bajo un supuesto de nulidad absoluta o la existencia de una zona abierta en segunda instancia y si es declarada nula en varias oportunidades, resulta viable un pronunciamiento definitivo?

Tema 2. ¿El principio de confianza es aplicable bajo un supuesto de disponibilidad jurídica de un funcionario o servidor público?

Asimismo, invocó las causales 2 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal —en adelante CPP—. Al respecto, señaló lo siguiente:

- 3.1. Debe existir un pronunciamiento definitivo sobre la responsabilidad penal o la ausencia de esta en relación con los procesados, pues de lo contrario se vulneraría el derecho al plazo razonable.
- 3.2. No es aplicable el principio de confianza en escenarios en los que el funcionario o servidor público tiene disponibilidad jurídica de los caudales o efectos otorgados en administración, percepción o custodia.

- 3.3.** El informe de Contraloría destaca las obligaciones infringidas por Martín Reynaldo Nolberto Isidro en su condición de alcalde de la Municipalidad Distrital de Aurahuá, ya que debió tener en cuenta la Directiva de Tesorería número 001-2007-EF/77.15 y no girar cheques a nombre del tesorero y ahora condenado Ismael Pérez Ramos, si los que se habían emitido antes no estaban rendidos dentro de tres días hábiles. No solo eso, tampoco existe justificación por el monto de S/ 4604.10 (cuatro mil seiscientos cuatro soles con diez céntimos), apropiación imputada al acusado Martín Nolberto Isidro en su condición de alcalde.
- 3.4.** En cuanto a la responsabilidad penal del acusado Isidro Fajardo Sánchez, en su condición de asesor contable del municipio agraviado, la Sala Superior no consideró que dentro de sus funciones, según los términos de su contrato, era el único responsable de manejar el SIAF y generó los comprobantes de pago a nombre de Ismael Simón Pérez Ramos sin la documentación de los bienes adquiridos y/o los servicios prestados hasta por el monto de S/ 4604.10 (cuatro mil seiscientos cuatro soles con diez céntimos), con lo cual permitió que Martín Reynaldo Nolberto Isidro e Ismael Simón Pérez Ramos se apropiaran del dinero.
- 3.5.** La Corte Suprema ya delimitó la aplicación del principio de confianza en diversos pronunciamientos: Recurso de Nulidad número 1449-2009/Lima y Casaciones números 810-2016/Puno y 311-2012/Ica, y de sus lecturas se puede inferir que, cuando existe la disponibilidad jurídica por parte de un funcionario o servidor público frente o caudales o efectos otorgados en administración, percepción o custodia, no resulta la aplicación del principio de confianza.

### III. Motivos de la concesión del recurso de casación

**Cuarto.** Este Tribunal Supremo, mediante la resolución de calificación del diez de septiembre de dos mil veintiuno (foja 99 del cuadernillo formado en esta suprema instancia), declaró bien concedido el recurso de casación interpuesto y precisó lo siguiente:

- 4.1.** Se advierte que plantea una casación excepcional, conforme a lo referido por el inciso 4 del artículo 427 del CPP, pues la pena prevista para el delito materia de juzgamiento, peculado, tiene un extremo mínimo que no supera los seis años de pena privativa de libertad.
- 4.2.** Este Colegiado estimó que existe interés casacional en relación con reafirmar la línea jurisprudencial referida a la condena del absuelto en segunda instancia.
- 4.3.** Asimismo, se consideró relevante el tema referido a la aplicación del principio de confianza en el contexto específico en que exista por mandato legal una condición directa sobre los bienes, por lo que cobra relevancia el tema propuesto para efectuar un control de la institución de imputación objetiva que se aplicó.
- 4.4.** En consecuencia, declaró la existencia de relevancia casacional vinculada a los numerales 2 y 5 del artículo 429 del CPP, referidos a la inobservancia de normas procesales sancionadas con nulidad y apartamiento de la doctrina jurisprudencial.

### IV. Audiencia de casación

**Quinto.** Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el veintiséis de mayo de dos mil veintidós (foja 114 del cuadernillo formado en esta instancia). Así, cerrado el debate y deliberada la causa, se produjo la votación, en la que se

acordó pronunciar por unanimidad la presente sentencia y darle lectura en la audiencia programada para la fecha.

## V. Fundamentos de derecho

**Sexto.** Conforme se expuso, en el caso, los temas jurídicamente relevantes estriban en reafirmar la línea jurisprudencial relacionada con la posibilidad de condenar en segunda instancia al procesado que fue previamente absuelto y en establecer criterios respecto a la aplicabilidad del principio de confianza cuando exista el deber funcional de tutela del bien jurídico afectado.

La delimitación indicada debe realizarse en relación con las causales objeto de admisión, es decir, inobservancia de normas procesales sancionadas con nulidad y apartamiento de doctrina jurisprudencial, conforme a los incisos 2 y 5 del artículo 429 del CPP.

**Séptimo.** En el marco de un Estado constitucional de derecho, es preciso que se tutelen los distintos derechos e intereses de los ciudadanos, la sociedad y la administración pública, por lo que se requieren instituciones y herramientas que permitan administrar justicia adecuadamente.

**7.1.** En ese contexto, el objeto del derecho penal se circunscribe a la prevención del delito —y las faltas— como medio protector de la persona humana y la sociedad (artículo I del Título Preliminar del Código Penal).

**7.2.** El sistema penal actúa como un control social “institucionalizado o formalizado”<sup>2</sup>, y para su ejecución eficiente se requieren instituciones y herramientas que permitan administrar justicia adecuadamente. Así, el derecho penal

---

<sup>2</sup> VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2009). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, p. 10.

atribuye conductas prohibidas a los individuos y establece como consecuencia de estos comportamientos distintas sanciones.

**7.3.** Asimismo, en el marco del proceso penal es relevante tutelar la administración pública como un bien jurídico:

Los delitos contra la administración pública cometidos por funcionarios y servidores públicos son la negación de los deberes funcionales asumidos por dichos sujetos al acceder a la función o servicio; con prescindencia de la fuente o el título. El contenido material del bien jurídico administración pública supone la confluencia de numerosos intereses vitales que el derecho penal protege preventiva y sancionatoriamente y que determinan la totalidad tutelable<sup>3</sup>.

**7.4.** Por ello, entre los diversos tipos penales que buscan tutelar el bien jurídico administración pública, se establece como peculado en el artículo 387 del Código Penal que el funcionario o servidor público se apropie de los caudales o efectos confiados en razón de su cargo —relación funcional— para obtener un provecho para sí o para otro.

**Octavo.** Toda organización tiene reglas, normativa interna que busca regular las acciones y funciones de cada trabajador, las cuales delimitan el espectro de derechos y deberes de todos los funcionarios. En el ámbito de la estructura pública nacional, lo señalado se plasma en el Manual de Organización y Funciones (MOF) y en el Reglamento de Organización y Funciones (ROFJ), que viene a ser la normativa que delimita los ámbitos de competencia funcional con la finalidad de optimizar el servicio de los funcionarios y servidores públicos. En este sentido, solo será posible atribuir

---

<sup>3</sup> ROJAS VARGAS, Fidel. (2007). *Delitos contra la administración pública* (4.ª edición). Lima: Grijley, pp. 15-16.

responsabilidad en el ámbito funcional por el quebrantamiento de las expectativas de conducta que formen parte del ámbito de competencia delineado por la normativa en referencia, lo que a su vez significa que el funcionario público no podrá responder por las consecuencias del ejercicio de las funciones que pertenecen a la esfera de competencia de terceros. Así, en virtud del principio de confianza, la persona que se desempeña dentro de los contornos de su rol puede confiar en que las demás (personas con las que interactúa y emprende acciones conjuntas) van a desempeñarse actuando lícitamente. La necesidad de acudir al principio de confianza es más evidente cuando hablamos de organizaciones complejas, como son las instituciones públicas, en las cuales la persona tiene que interactuar con muchos otros funcionarios día a día. Por ende, si el funcionario público tuviera como exigencia permanente verificar que otro funcionario ubicado en un nivel jerárquicamente inferior o en un nivel horizontal al suyo cumple o no su función, no le quedaría lugar para cumplir sus propias labores. De ahí que se parte de una presunción: todo funcionario con el que se interactúa obra en cabal cumplimiento de sus funciones (al respecto, véase la Casación número 23-2016/Ica, del dieciséis de mayo de dos mil diecisiete, de la Sala Penal Permanente).

**Noveno.** Es relevante mencionar en el presente caso, conforme se indicó en la Casación número 1379-2017/Nacional, del veintiocho de agosto de dos mil dieciocho, de la Sala Penal Permanente, que nuestro CPP no establece ninguna restricción al Tribunal de Apelación en relación con la posibilidad de confirmar o revocar una sentencia de primera instancia en la que se absolvió al procesado.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que, en todo caso, debe procurarse la declaración del procesado a fin de que este exponga ante el Tribunal Superior su teoría de defensa. Además, en todo

momento se debe respetar el derecho a la contradicción, en relación con la presencia de la defensa en el examen de los testigos, los peritos y otros. La variación sobre la valoración probatoria se circunscribe a la existencia de actuación probatoria en la etapa de apelación. Resaltó que la posibilidad de condenar al absuelto excluye al acusado contumaz, pues como se mencionó es necesario escuchar al procesado para confirmar el juicio de hecho.

## VI. Análisis del caso en concreto

**Décimo.** Al examinar el presente caso, el Juzgado rechazó la tesis fiscal, absolvió a los procesados y fundamentó lo siguiente:

- 10.1.** No es objeto de discusión la condición de funcionarios públicos de los procesados. En el mismo sentido, se acreditó que los caudales gastados corresponden a fondos públicos pertenecientes a la municipalidad afectada.
- 10.2.** El punto de controversia, considera el Juzgado, estriba en determinar el monto apropiado en conjunto y en forma individual, lo que conforme a la tesis fiscal no fue posible acreditar, pues en la pericia realizada por el Ministerio Público no se logró identificar el monto individualmente apropiado por cada uno de los procesados (Martín Reynaldo Nolberto Isidro e Isidro Avencio Fajardo Sánchez).
- 10.3.** Se resaltó que en los delitos contra la administración pública la pericia tiene carácter de prueba privilegiada. En ese sentido, si la pericia no arroja perjuicio económico, no estaría acreditado el delito. El valor probatorio de la pericia es determinante.
- 10.4.** Se aprecia lo expuesto en el Informe Especial número 768-2012-CG/ORHV-EE, realizado por Daniel Eduardo Ruiz Farías y Luz Noemí Jaurapoma Hilario, en el que se sostiene que los

procesados, mediante la suscripción de cheques a favor del tesorero, efectuaron pagos por el importe de S/ 64 051.79 (sesenta y cuatro mil cincuenta y un soles con setenta y nueve céntimos) sin haberse acreditado la adquisición de bienes y servicios a favor de la entidad, sin justificación técnico-legal y a pesar de carecer de la documentación sustentatoria correspondiente. Asimismo, se precisó en el informe que el dinero se encontraba en la esfera de dominio del tesorero.

- 10.5.** Por su parte, el Informe Pericial número 012-2013.WFHB-FPCEDCF-HVCA, realizado por el auditor del Ministerio Público, indicó que la documentación sustentatoria no es idónea para acreditar el gasto por el monto de S/ 64 051.79 (sesenta y cuatro mil cincuenta y un soles con setenta y nueve céntimos), y así se pudiera sustentar de manera idónea el monto de S/ 57 397.69 (cincuenta y siete mil trescientos noventa y siete soles con sesenta y nueve céntimos) faltaría sustentar la suma restante.
- 10.6.** Existe discrepancia entre ambas pericias. El Juzgado subraya que en la segunda pericia se indicó que el monto no sustentado podría darse por falta de idoneidad en la documentación. Lo que el Juzgado considera una falta administrativa, conforme se indicó en el Recurso de Nulidad número 1584-2014/Lambayeque, por cuanto el no rendir cuentas no necesariamente es una apropiación, sino una falta administrativa. En el mismo sentido se pronunció el Recurso de Nulidad número 870-2013/Ayacucho.
- 10.7.** Explicó que el alcalde, acorde con su función, se limitó a firmar cheques a fin de que el tesorero realizara los cobros correspondientes, actuando bajo el principio de confianza y en cumplimiento de la Ley Orgánica de Municipalidades. En ese sentido, el Informe número 768-2012 precisó que quien se

apropió del dinero fue el tesorero, pues él tenía dicho bien en su esfera funcional. En consecuencia, este es el único que transgredió su deber.

- 10.8.** Con relación al asesor contable Isidro Avencio Fajardo Sánchez, indicó que en ningún punto se tiene que se le atribuya responsabilidad en los informes internos. Recalca que es necesaria una pericia que establezca si existió afectación, entendida como perjuicio, al Estado.

**Undécimo.** En el mismo sentido concluyó el Tribunal Superior y al respecto expresó lo siguiente:

- 11.1.** Los primeros fundamentos se orientan a determinar la posibilidad de la condena del absuelto; por un lado, sostiene que se podría condenar a un absuelto en cuanto a que se varíe el mérito probatorio respecto a pruebas no personales o que se realice una nueva valoración respecto a lo que se denomina como “zonas abiertas” sin embargo, en este caso no se ofrecieron nuevos medios probatorios, por lo que no se presentó tal supuesto.
- 11.2.** En relación con el procesado Martín Reynaldo Nolberto Isidro, se estimó que este carece de responsabilidad, pues actuó bajo la figura de imputación objetiva del principio de confianza. Si bien se indicó que la Ley Orgánica de Municipalidades, en su artículo 20, señala que el alcalde tiene el deber de defender y cautelar los derechos e intereses de la municipalidad y de los vecinos y el ROF de la Municipalidad Distrital de Aurahuá, en este caso no se verifica la competencia funcional específica que lo vincule con la imputación.

**11.3.** En relación con Isidro Avencio Fajardo Sánchez, este fue absuelto por falta de actividad probatoria que lo vincule directamente con los hechos.

**Duodécimo.** Por ello, en atención a la finalidad extraordinaria del recurso de casación vinculada a la reafirmación de los preceptos constitucionales y procesales, que tienen por fin, entre otros, la aplicación e interpretación correcta del derecho positivo en las resoluciones judiciales, se debe señalar lo siguiente:

**12.1.** En principio, debemos indicar que nuestro modelo procesal no está sujeto a la denominada prueba tasada, sino que se afilia al principio de libertad probatoria, como se precisa en el artículo 155 del CPP. Los hechos objetos de prueba pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba, salvo los prohibidos por ley y/o que vulneren los derechos fundamentales. Así, a pesar de la disimilitud entre las pericias realizadas por los peritos del Ministerio Público y el informe elaborado por el órgano de control interno, ambos coincidieron en la existencia de un monto apropiado, por carecer de sustento documental; asimismo, se resaltó que existen irregularidades en los montos que sí fueron sustentados.

**12.2.** En todo caso, el delito de peculado es pluriofensivo:

El bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico-penal: **a)** garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública y **b)** evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta deberes funcionales de lealtad y probidad<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Al respecto, véase el fundamento sexto del Acuerdo Plenario número 4-2005/CJ-116 de las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, sobre la definición y estructura típica del delito de peculado.

Lo relevante es la tutela del correcto funcionamiento del Estado, la garantía de sus intereses y evitar que los funcionarios y servidores públicos abusen del ejercicio de sus cargos para conseguir un beneficio propio o el de un tercero. En consecuencia, las pericias son un indicio relevante en relación con la posibilidad de la existencia de una vulneración a los intereses de la municipalidad agraviada.

- 12.3.** Se advierte, además, que el Tribunal Superior no realizó un debido análisis en cuanto al especial vínculo que existe entre el procesado Martín Reynaldo Nolberto Isidro, en calidad de alcalde de la Municipalidad Distrital de Aurahuá, y los caudales de dicho municipio:

Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, 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 está íntimamente ligada a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública<sup>5</sup>.

- 12.4.** Es deber del alcalde la custodia de los caudales públicos que se hallan bajo su administración, así como la tutela de los intereses del municipio que representa. Así, sobre él recae la posición de garante en relación con la municipalidad que representa. De igual modo, le corresponde el deber de controlar y supervisar, debido a su especial posición, que deriva de la Ley Orgánica de Municipalidades. En consecuencia, no es posible compatibilizar sus actuaciones con el principio de confianza en relación con los caudales de la municipalidad,

---

<sup>5</sup> Al respecto, véase el acuerdo plenario previamente citado.

pues existía un deber de garante que obligaba al alcalde a supervisar y cautelar los bienes de la referida municipalidad<sup>6</sup>.

- 12.5.** Respecto a Isidro Avencio Fajardo Sánchez, asesor contable, se advierte que la imputación en su contra es a título de cómplice, por lo que no es necesario verificar si incurrió en una infracción del deber funcional. En principio, se tiene que en su contrato se estableció que se comprometía a dar o llevar el control de ingresos y egresos de diferentes obras que se ejecutaban en la Municipalidad Distrital de Aurahuá, así como lo relacionado con el movimiento económico de la entidad agraviada. Este procesado, en calidad de cómplice, registró las operaciones económicas sin sustento del SIAF y les otorgó la apariencia de legalidad, con lo cual facilitó la apropiación de los caudales del Estado. Aunado a ello, se debe considerar que en su posición de contador dicho procesado tenía conocimientos especiales que le permitían saber que no debía ingresar información sin sustento a un sistema oficial del Estado.
- 12.6.** Finalmente, debemos indicar que es doctrina señalada por este Tribunal la posibilidad de condenar al absuelto en segunda instancia; no existe restricción en la norma procesal al respecto. Asimismo, mediante la Consulta número 2491-2010/Arequipa de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se estableció lo siguiente: **(i)** no existe afectación a la reforma en peor, por cuanto la condena del absuelto está condicionada a la impugnación por parte del Ministerio Público y **(ii)** la pluralidad de instancias es un derecho que acoge indistintamente tanto al procesado como a las demás partes procesales. No obstante,

---

<sup>6</sup> Al respecto, véase la Casación número 23-2016/Ica.

es necesario que se garanticen determinados supuestos en el caso de condena de un absuelto. Se requiere la presencia del procesado a fin de que reitere su tesis defensiva frente al Tribunal; la existencia de pruebas nuevas en el juicio de apelación; la posibilidad de variar la valoración de la prueba personal únicamente obedecerá a las denominadas “zonas abiertas”, que son accesibles al control a través de la lógica, la experiencia y los conocimientos científicos; además, no es posible condenar al absuelto en primera instancia mientras tenga la condición de contumaz (al respecto, véanse las Casaciones números 503-2018/Madre de Dios, 648-2018/La Libertad, 195-2012 Moquegua y 1379-2017/Nacional).

**Decimotercero.** Por los fundamentos expuestos en la presente resolución suprema, se concluye que la sentencia de vista inobservó normas de carácter procesal y se apartó de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema, por lo que corresponde casar la sentencia de vista cuestionada. Es necesario que se emita un nuevo pronunciamiento de fondo definitivo, previo juicio de apelación, tomando en cuenta la línea jurisprudencial citada, en especial la referida a la posibilidad de la condena del absuelto en segundo instancia.

## DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la sentencia de vista del veintidós de enero de dos mil veinte (foja 1989), que

confirmó la sentencia de primera instancia del trece de agosto de dos mil diecinueve (foja 1515) y absolvió de la imputación en su contra a Martín Reynaldo Nolberto Isidro como autor y a Isidro Avencio Fajardo Sánchez como cómplice primario del delito contra la administración pública en la modalidad de peculado doloso por apropiación. En consecuencia, **CASARON** la citada sentencia de vista y ordenaron que se lleve a cabo un **nuevo juicio de apelación por otro Tribunal Superior** y se pronuncie por el fondo de forma definitiva, tomando en cuenta la línea jurisprudencial sobre la condena del absuelto.

- II. **DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia por intermedio de la Secretaría de esta Sala Penal Suprema y que, acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en la instancia, incluso a las no recurrentes.
- III. **MANDARON** que, cumplidos los trámites, se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen y que se archive el cuaderno de casación en la Corte Suprema.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

**CARBAJAL CHÁVEZ**

CCH/FL