Sumilla:
Así, no es suficiente que el dinero sea destinado a fines distintos a los programados, sino que ese desvío debe ser definitivo, además que tiene que afectar el servicio o función encomendados, lo que no se acredita en la presente causa.

Lima, ocho de junio de dos mil diecisiete.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el encausado GILTER CASTILLO RODRÍGUEZ contra la sentencia de 24 de enero de 2014, de fojas 2238, expedida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada de La Merced – Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que lo condenó como autor por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio del Estado representado por la Municipalidad de Puerto Bermúdez, a cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, bajo reglas de conducta; e Inhabilitación por el término de tres años, de conformidad con lo dispuesto en los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal.

De conformidad con el Dictamen del Señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente la señora Jueza Suprema **CHÁVEZ MELLA**.

CONSIDERANDO

- **HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN.**

PRIMERO: Fluye de la acusación fiscal –fojas 1393–, que se incrimina a Licurgo Euclides Camarena Chávez, William Alfredo Mayhua Crispín, Rosa Aidee Chaca Gómez, Julio César Palomino Pastrana, Edilia Edna López Marcos y al encausado GILTER CASTILLO RODRÍGUEZ, haber dado al dinero de la entidad agraviada una aplicación definitiva distinta de aquella a la que estaba destinado, afectando el servicio o función encomendada.

1.1 La ahora absuelta Rosa Aidee Chaca Gómez, mediante Resolución Gerencial N.° 200-2007-GM/MDPB del 19 de diciembre del 2007, habría cobrado la suma de S/5,000.00 soles, que fuera depositada a nombre del

sentenciado Licurgo Euclides Camarena Chávez, el mismo que dispuso dicho gasto, sin justificarlo; asimismo, mediante Resolución Gerencial N° 199-2007-RG/MPDB de fecha 17 de diciembre del 2007, se autorizó el cobro de S/ 47,890.00 soles, para destinarlos al pago del personal del mes de diciembre de tal año, previa coordinación con Licurgo Euclides Camarena Chávez (gerente), William Alfredo Mayhua Crispín y el encausado Gilter Castillo Rodríguez, quien era tesorero, dicho monto estaba destinado para la selección de contratistas encargados de elaborar un estudio de preinversión a nivel de prefactibilidad del proyecto de construcción e implementación de la Universidad Tecnológica Ashaninka Yanesha, gasto del que tampoco cumplieron con rendir cuenta ni con justificarlo.

1.2 Los denunciados, mediante Resolución Gerencial N.° 209-2007-RG/MDPB, de fecha 26 de diciembre del 2007, utilizaron la suma de S/ 23,800.00 soles, destinada para la compra de equipos de cómputo, que señala la Resolución Gerencial N.° 165-2007-RG/MDPB, de fecha 5 de diciembre del 2007. Finalmente, habrían realizado el pago de S/ 47.616.00 soles, al personal de la entidad edilicia, correspondiente al mes de noviembre del 2007, pese que tenían pleno conocimiento de que dicho dinero estaba destinado para la selección de consultores, requerida por la sub gerencia de planeamiento, presupuesto y racionalización para actualizar el plan de desarrollo concertado del distrito de Puerto Bermúdez, mediante la Resolución Gerencial N.° 149-2007-RG-MDPB, de 19 de diciembre del 2007, gasto que correspondía justificar al sentenciado Camarena Chávez.

- **FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.**

SEGUNDO: La sentencia recurrida estableció, respecto al delito de malversación de fondos imputado al recurrente, que como tesorero de la entidad edil agraviada, la absuelta Chaca Gómez le entregó S/ 47,890.00 y S/ 47,616.00 soles ya que no se pudo dar cumplimiento a los gastos internos para los cuales estaban destinados dichos montos; se advierte que el encausado no cumplió con introducirlos a la tesorería, justificando su

accionar debido a los factores climatológicos; advirtió que se encontraba pendiente el pago de planillas y recibió la orden del Gerente Municipal, quien le indicó la prioridad de ello, por lo que tal dinero se destinó al pago de personas; aun cuando después se efectuó la devolución del mismo, de esta manera se configuró y consumó el delito materia de imputación, además de la responsabilidad penal del acusado, enervando la presunción de inocencia que le asistía.

- **EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS DEL IMPUGNANTE.**

TERCERO: El acusado Gilter Castillo Rodríguez fundamenta su recurso de nulidad de fojas 2301, y sostiene: **a)** La Sala Sentenciadora no ha tomado en cuenta la jerarquía laboral que existía entre el acusado y el gerente o el alcalde, pues él cumplía expresamente lo que ordenaban sus superiores; **b)** En su función de tesorero no se le puede imputar el deber de vigilancia de los encargos internos; **c)** No se ha evaluado las declaraciones de la contadora Edilia López, quien señaló que al llegar las solicitudes de dinero para encargos internos, el gerente le exigía que las pase en la contabilidad con rapidez así no cumplieran con los requisitos exigidos.

- **FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.**

CUARTO: El delito materia de pronunciamiento, previsto en el artículo 389 del Código Penal, sanciona al "funcionario o servidor público que da al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada". De aquí podemos extraer que la afectación al servicio o la función encomendada constituye una condición objetiva de punibilidad, sin la cual la conducta imputada no puede ser merecedora de sanción; ello es así, en virtud de un derecho penal mínimo, el cual requiere necesariamente incluir criterios de lesividad real e inminente que comprometan seriamente la funcionalidad de los servicios y la función pública.

QUINTO: En el presente caso, el encausado Gilter Castillo Rodríguez ejerció el cargo de tesorero en la entidad edil del distrito de Puerto Bermúdez desde enero de 2007 hasta setiembre de 2008. A la ahora absuelta Rosa Aidee Chaca Gómez, quien se desempeñó como jefa de abastecimiento de dicha municipalidad, mediante Resolución Gerencial 199-2007-RG/MDPB de 17 de diciembre de 2007, de fojas 77, se le autorizó el cobro de la suma de S/ 47,890.14 soles; tal monto estaba previsto para la selección de contratistas que se encarguen de elaborar un estudio de preinversión a nivel de prefactibilidad del proyecto de construcción e implementación de la Universidad Tecnológica Ashaninka Yanesha, y al no haber sido factible su ejecución, lo devolvió al encausado Castillo Rodríguez, conforme él mismo lo advierte en su declaración a nivel plenarial –véase sesión de 13 de diciembre de 2013, fojas 2042-; y según consta en el Informe N.° 032-2007-SGAF/ABAST/MDPB -fojas 1963-. Asimismo, Chaca Gómez también devolvió al encausado la suma de S/ 47,616.00 soles, según se tiene del Informe N.° 042-2007-SGAF/ABAST/MDPB -fojas 1957-, dinero previsto para la selección de consultores para la Sub Gerencia de Planeamiento, Presupuesto y Racionalización para la actualización del Plan de Desarrollo Concertado Distrital de Puerto Bermúdez.

SEXTO: Si bien, los montos de dinero acotados en el considerando precedente se destinaron para el pago de planillas de personal de la Municipalidad Distrital de Puerto Bermúdez, con la anuencia del acusado Castillo Rodríguez y Licurgo Euclides Camarena Chávez –gerente del municipio- al haberse presentado la contingencia de falta de fondos en Tesorería para el pago de personal de los meses de noviembre y diciembre de 2007, tales montos fueron devueltos, conforme lo ha señalado de manera coherente y persistente el encausado Castillo Rodríguez, aunado a que dicha declaración no ha sido cuestionada durante el proceso.

SÉTIMO: Es innegable que la malversación ostenta, también, un carácter patrimonial evidente y al incidir sobre fondos públicos, lesiona intereses

patrimoniales de la administración estatal[1]. La prueba pericial es de carácter complejo y consta, entre otros elementos, de operaciones técnicas, esto es, actividades especializadas que realizan los peritos sobre el objeto peritado, y que en los delitos que suponen una evidente trascendencia patrimonial contra el Estado, como es el delito de peculado y malversación de fondos, resultan pertinentes y relevantes para dilucidar el *thema probandum*; máxime, si en los supuestos típicos implican desmedro patrimonial de los fondos o caudales estatales[2]. Ahora bien, es de verificarse que en el caso concreto no se ha determinado de qué forma se ha afectado el cumplimiento de los pagos para: **i)** Elaborar un estudio de preinversión a nivel de prefactibilidad del proyecto construcción e implementación de la Universidad Tecnológica Ashaninka Yanesha; **ii)** Seleccionar consultores para la Sub Gerencia de Planeamiento, Presupuesto y Racionalización para la actualización del Plan de Desarrollo Concertado Distrital de Puerto Bermúdez; es decir, cómo se han visto afectadas tales partidas, máxime si el Dictamen Pericial Contable, suscrito por los peritos judiciales Juan Flores Barrenechea y Eduardo Candiotti Ybáñez, de fojas 1231 y su ampliación, de fojas 1278, no determinan taxativamente el servicio o función pública específicos afectados como consecuencia de la conducta desplegada del encausado.

OCTAVO: La acreditación de una afectación del servicio encomendado -como expresamente establece el tipo penal- es un elemento típico indispensable –referido a la trascendencia de la conducta en términos de lesividad- para configurar un delito de malversación de fondos o bienes y diferenciarlo de meras infracciones administrativas; que prescindir de la verificación de dicho elemento originaría la persecución de ilícitos penales carentes de lesividad e incompatibles con una concepción del Derecho Penal como *última ratio*[3]. Así pues, no es suficiente que el dinero sea destinado a fines distintos a los

[1] FRISANCHO APARICIO, Manuel. *Delitos contra la administración pública.* Editorial FECAT. Lima-Peru. Pag.307.
[2] Recurso de Nulidad N.° 5391-2008-La Libertad, del 03 de agosto de 2010, fundamento jurídico 4.
[3] Recurso de Nulidad N.° 4690-2005-Lima, de 12 de setiembre de 2007, fundamento jurídico 4.

programados, sino que ese desvío debe ser definitivo, además que tiene que afectar el servicio o función encomendados, lo que no se acredita en la presente causa.

NOVENO: Finalmente, teniendo en cuenta que la base incriminatoria está determinada por el aporte realizado por el representante del Ministerio Público, se advierte que el material probatorio actuado no resulta suficiente para acreditar; por un lado, la materialidad del delito de malversación de fondos, al no concurrir elementos objetivos para su configuración, y por otro lado, para generar certeza de la responsabilidad del citado encausado por el delito indicado; por lo que corresponde la aplicación del principio *indubio pro reo*, consagrado en el inciso 11 del artículo 139 del Texto Constitucional, debido a la duda razonable generada por las razones expuestas en los considerandos precedentes, que revelan que las actuaciones desarrolladas a lo largo del proceso penal no han podido corroborar la materialidad del delito ni enervar la presunción de inocencia que existe a favor de todo procesado, no apreciándose otros elementos probatorios o indicios que demuestren su responsabilidad penal en el mencionado delito; en consecuencia, conforme con lo señalado por el artículo 301 del Código de Procedimientos Penales, se debe anular la sentencia recurrida y disponer la absolución del procesado.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **HABER NULIDAD** en la sentencia de 24 de enero de 2014, de fojas 2238, expedida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada de La Merced – Chanchamayo de la Corte Superior de Justicia de Junín, que condenó a GILTER CASTILLO RODRÍGUEZ como autor por la comisión del delito contra la administración pública, en la modalidad de malversación de fondos, en agravio del Estado representado por la Municipalidad de Puerto Bermúdez, a CUATRO años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, bajo reglas de conducta; e Inhabilitación por el término de tres años, de conformidad con lo dispuesto

en los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal; **REFORMÁNDOLA: ABSOLVIERON** al referido procesado de la acusación fiscal por el delito antes mencionado; **DISPUSIERON** la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia de la tramitación del presente proceso y el archivo definitivo de la causa en este extremo; **Oficiándose** a la Sala Superior correspondiente; con lo demás que contiene; y los devolvieron. Intervienen los señores Jueces Supremos Iván Sequeiros Vargas y Aldo Figueroa Navarro por licencia de los señores Jueces Supremos Carlos Ventura Cueva e Iris Pacheco Huancas.

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

SEQUEIROS VARGAS

FIGUEROA NAVARRO

CEVALLOS VEGAS

CHÁVEZ MELLA

CHM/jjcn