

La pena de inhabilitación

SUMILLA. Las modalidades de la pena de inhabilitación requieren ser individualizadas en cada caso en concreto, pues a través de ellas se suspende al sentenciado en el ejercicio de determinados derechos de los cuales abusó para cometer el delito acusado y juzgado.

Lima, diecisiete de enero de dos mil dieciocho

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado JAVIER FRANCISCO TOCTO INGA contra la sentencia del veinte de junio de dos mil diecisiete (foja dos mil setenta y seis) que, por mayoría, lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública-peculado de uso agravado, en perjuicio del Estado, y como tal le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, inhabilitación por término de tres años y en quinientos soles por concepto de reparación civil. De conformidad con el dictamen emitido por el fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente el señor juez supremo QUINTANILLA CHACÓN.

CONSIDERANDO

IMPUTACIÓN FÁCTICA

PRIMERO. Conforme con el dictamen acusatorio (foja cuatrocientos sesenta y siete) se imputa al procesado el haberse aprovechado de su calidad de servidor público, como trabajador del área de la Central de Notificaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete, el mismo que tenía asignado un equipo de cómputo (Serie N.º CPU KCU32 x IBM, Modelo 8191-LSP, color negro, con Código Patrimonial N.º 23084894), a fin de que realice sus labores de notificación. De tal forma que el veinticuatro de setiembre de dos mil ocho habría dado uso distinto a dicha computadora, para elaborar escritos para terceras personas, las cuales no guardaban relación con sus labores ordinarias, conforme se aprecia del acta fiscal de fojas doscientos diecinueve. En ese entender, el representante del Ministerio Público consideró que la conducta del encausado se encuentra adecuada al tipo penal denunciado.

FUNDAMENTOS DEL RECURRENTE

SEGUNDO. El recurrente fundamentó su recurso de nulidad (foja tres mil uno) en lo siguiente:

2.1. La Sala Superior no advirtió que no se ha configurado el delito por el cual fue condenado, al no haber hecho uso indebido de la computadora que supuestamente se le asignó cuando laboraba provisionalmente en la Corte

Superior de Justicia de Cañete, que no obra documento a su nombre en el que conste la asignación de dicho bien para efectuar las labores de digitalización de cédulas de notificación, siendo falso lo afirmado por la testigo Jessika Vargas Hilasaca en ese extremo.

2.2. Constituye un error que se afirme que la computadora fue destinada a usos distintos a sus quehaceres diarios, habiéndola utilizado solo para las labores oficiales encomendadas, lo que fue verificado por el magistrado que lo intervino como se aprecia en el acta de intervención, en la que además se puede constatar que no se le encontró ningún escrito de terceras personas, siendo esta intervención solo para denigrarlo como persona.

2.3. Al no haberse acreditado en autos que funcionalmente hacía uso distinto del equipo de cómputo asignado a su persona, se le ha condenado únicamente en mérito a las declaraciones de terceros (Erick Alí Crispín Rodríguez; Aldo Daniel Chumpitazi Arias y la administradora de la Corte de Cañete, Jessika Vargas Hilasaca), no habiéndose advertido que estas son contradictorias entre sí.

2.4. Los hechos no se encuentran tipificados en el artículo 388 del Código Penal, conforme lo establece la Ejecutoria Suprema N.º 3763-2011/HUANCAVELICA, por lo que al no configurarse los supuestos de tipicidad y antijuricidad, no existe culpabilidad del recurrente en los hechos imputados como delito.

2.5. Sobre el extremo de la pena impuesta, no aplicaron los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no se demostró la comisión del delito de peculado de uso, ni el daño causado, lucro o beneficio en que habría incurrido el procesado, por lo que no resulta aplicable una pena de inhabilitación.

2.6. Respecto a las carpetas Tocto I y Tocto II, que se mencionan en la sentencia recurrida, señala que las afirmaciones en torno a ellas resultan una vaguedad genérica, pues nunca se negó a brindar la clave del equipo de cómputo asignado a su persona, como tampoco se encontró algún archivo incriminatorio con contraseña ni se resistió a firmar el acta de diligencia llevada cabo en la fecha indicada, de ello se concluye que la condena impuesta carece de razonabilidad y proporcionalidad, siendo falso que se haya negado a que el magistrado interviniente ingrese a su computadora, pues tal hecho se corrobora con su firma en el acta de intervención.

2.7. El Colegiado Superior ha transgredido sus derechos constitucionales al haberle dado preferencia a una norma legal sobre otra constitucional, pues el magistrado Manuel Roberto Paredes Dávila y la administradora Jessika Vargas Hilasaca indebidamente ingresaron el día de los hechos abruptamente a su área de trabajo y "vaciaron" la información contenida en la CPU del equipo

de cómputo que se le asignó, circunstancia que oportunamente fue puesta a conocimiento de la Sala Superior en audiencia de tutela de derechos, donde se solicitó que no tome en cuenta dicha prueba ilícita, pedido que finalmente fue desestimado.

2.8. Asimismo, indica que resulta arbitraria la conducta del magistrado Paredes Dávila, pues el día de la indicada diligencia no acreditó estar autorizado para participar en ella, por lo que es falso lo alegado por la administradora Jessika Vargas Hilasaca respecto a que el recurrente estaba alterado al momento de la intervención, no pudiéndose tomar como válidas sus aseveraciones al servir dicha servidora a los intereses del citado magistrado. Agrega que sus alegaciones sobre la falta de perjuicio al Estado quedan corroboradas con lo manifestado por el testigo Manuel Solo Torres, quien en la audiencia correspondiente manifestó que se hallaron ochenta y cuatro documentos privados que en nada afectan al patrimonio estatal.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

TERCERO. Se entiende como prueba a: “Aquella actividad de carácter procesal cuya finalidad consiste en lograr la convicción del juez o Tribunal acerca de la exactitud de las afirmaciones de hecho alegadas por las partes en el proceso”¹. De este concepto, se puede advertir que en un proceso penal no se busca probar el hecho o un acontecimiento, toda vez que esto ya existe en la realidad del mundo exterior, por lo que “no requieren ser probados”². De acuerdo con esto, los hechos no constituyen en el proceso penal el objeto material sobre el cual va a recaer la actividad probatoria para pretender obtener la convicción judicial, sino simplemente se caracterizan en ser “fenómenos exteriores ya acontecidos”³ y, a decir de Asencio Mellado⁴, no son presenciados, por tanto, por el juez, ni susceptible de volver a acaecer. Entonces, el objeto de la prueba viene determinado por las afirmaciones que respecto de tales hechos realizan las partes, esto es, que con la prueba se pretende lograr una convicción judicial acerca de la exactitud de una afirmación de hecho.

La presunción de inocencia, como principio constitucional o garantía básica del proceso penal, forma parte de la conciencia universal acerca del valor de la persona⁵; y se configura desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado, si no existe una sentencia judicial que lo declare así, con pruebas de cargo válidas –mínima actividad probatoria realizada con

¹ GIMENO SENDRA. *Fundamentos del derecho procesal penal*. Madrid: Civitas, 1981, p. 214.

² SERRA DOMÍNGUEZ. “Contribución al estudio de la prueba”. En *Estudios de Derecho Procesal*. Barcelona, 1969, p. 359.

³ GIMENO SENDRA, V. *Fundamentos del derecho procesal*. Madrid: Civitas, 1981 p. 214.

⁴ En: *La prueba prohibida y la prueba preconstituida en el proceso penal*. Lima: INPECCP, 2008, p. 2. En esta misma línea, GIMENO SENDRA, V., p. 214; SENTIS MELENDO, S. *Valoración de la prueba*. “R. D. Proc. ib-filip”, núms. 2-3, 1976, p. 288; SERRA DOMÍNGUEZ, M., p. 359.

⁵ BINDER, Alberto. *Introducción al derecho procesal penal*. Tomo I. San José, C. R.: Editorial Jurídica Continental, 2014, p. 122.

escrupuloso respeto de las garantías necesarias-. Para esto se debe haber desarrollado un proceso judicial, y dentro de este un juicio; en ello reside la construcción de la culpabilidad. Esto significa que solo la sentencia judicial tiene la virtud de declarar la culpabilidad jurídicamente construida; construcción implica la adquisición de un grado de certeza.

CONSIDERACIONES DE ESTE SUPREMO TRIBUNAL

CUARTO. En ese sentido, conviene analizar si se han actuado suficientes pruebas de cargo que logren desvirtuar la presunción de inocencia, debiéndose recordar que la sentencia condenatoria ha de fundarse en auténticos actos de prueba, y que esta haya sido obtenida y practicada en la forma que regula la ley procesal penal y que esta actividad y/o comportamiento sea suficiente para erradicar cualquier duda razonable, quedando, en suma, desvirtuada la presunción de inocencia.

4.1. En dicho orden de ideas, debe precisarse que el pronunciamiento de este Supremo Tribunal está circunscrito a los agravios contenidos en la impugnación del recurrente y descritos en el segundo considerando de la presente resolución, conforme con lo establecido por el artículo 300 del Código de Procedimientos Penales y al principio de limitación recursal.

4.2. En tal sentido, en cuanto a los agravios transcritos en los ítems **2.1.**, **2.2** y **2.3**, debe indicarse que conforme puede advertirse en el acta de intervención, esta se efectuó el diecinueve de noviembre de dos mil ocho, a las catorce horas, en la Oficina Central de Notificaciones (Área de Digitación) correspondiente a la Sede Principal de la Corte Superior de Justicia de Cañete, encontrándose en aquella al recurrente realizando sus labores cotidianas, tal como se consigna en dicha acta (véase fojas cuarenta y siete a cincuenta), lo que además ha sido ratificado categóricamente por aquel en el decurso del proceso, pero negando que se le haya asignado la citada computadora donde se encontraron los escritos que lo incriminan debido a la inexistencia de documentos que lo vinculen al citado equipo de cómputo. Al respecto y de acuerdo con lo actuado en autos, tales argumentos no se condicen con la base fáctica del proceso porque los testigos ofrecidos por la propia defensa técnica del impugnante han sostenido todo lo contrario⁶, lo que además fue inicialmente reconocido por dicho encausado en torno a la participación del magistrado Manuel Roberto Paredes Dávila (véase acta de folios mil novecientos setenta y seis a mil novecientos ochenta y tres) en la acotada diligencia.

4.3. En consecuencia, el bien público objeto de la utilización indebida ha estado en posesión del ahora sentenciado, quien al tener la condición de servidor público al interior de la Administración Pública posee una atribución

⁶ Véase declaración de Aldo Daniel Chumpitasi Arias corriente a folios dos mil uno a dos mil siete y la de Erick Ali Crispín Rodríguez de fojas dos mil siete a dos mil doce

sobre el mencionado equipo de cómputo conforme con lo dispuesto en el numeral 6 del Acuerdo Plenario N.º 04-2005/CJ-1167, de lo que se infiere que la aludida documentación no resulta determinante como alega el impugnante, siendo del caso indicar que las declaraciones de los citados testigos no son contradictorios entre sí, existiendo únicamente discrepancias en cuanto a la narración de los hechos (véase actas de fojas doscientos diecinueve y dos mil uno y dos mil veintidós), lo que no incide sustancialmente en los cargos formulados en contra del recurrente.

4.4. Igualmente, en cuanto al uso del equipo de cómputo asignado al ahora sentenciado para fines distintos, el cual constituye el núcleo central de la imputación, se debe indicar que aquel ha rechazado categóricamente tales cargos bajo el argumento que terceras personas pudieron ingresar a su computadora que era compartida con sus demás compañeros de trabajo, ya que la misma no tenía contraseña para su acceso; sin embargo, tal aseveración no guarda concordancia con lo actuado en autos, pues, si bien es cierto y conforme con la declaración de la administradora de la Corte Superior de Justicia de Cañete, Jessika Vargas Hilasaca (véase acta de fojas dos mil veintidós a dos mil veintiocho), en el Área de Digitación de la Central de Notificaciones laboraban varios servidores públicos pese al reducido espacio físico, entre ellos, Aldo Daniel Chumpitazi Arias y Erick Alí Crispín Arias, también es verdad que de conformidad con la declaración del encargado de informática de dicha Corte, Juan Manuel Solo Torres, el archivo que contenía el escrito inculpativo que se menciona en el punto nueve del Acta Fiscal de folios doscientos diecinueve a doscientos veintitrés, e impreso posteriormente (véase a folios doscientos veintiséis a doscientos veintiocho), fue hallado y creado en la computadora asignada al impugnante, manifestando dicho testigo que el día de los hechos no pudo ingresar al archivo porque se encontraba con contraseña, por ello tuvo que emplear un *software* especial para desencriptarlo, lo que no se llegó a concretar porque el propio recurrente le otorgó la clave (véase folios dos mil cuarenta y dos a dos mil cuarenta y nueve), concluyéndose de todo ello que es incuestionable que el recurrente utilizó el equipo de cómputo asignado a su persona para labores del Poder Judicial, redactando un escrito a nombre de Mary Elena García Daorta dirigido al jefe de la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), dándole un fin ajeno a este bien mueble estatal, por lo que los citados agravios deben ser desestimados.

4.5. Ocurre lo propio con los agravios identificados con los ítems **2.4** y **2.5**, pues conforme con lo expuesto precedentemente y a lo actuado en el proceso, se advierte que los hechos materia de la imputación contra el recurrente, tienen

⁷ "(...) 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 hace referencia se encuentra íntimamente a las atribuciones que el agente ostenta como parte que es de la administración pública. (...)"

la connotación penal prevista y sancionada por el artículo treientos ochenta y ocho del Código Penal, pues ha quedado indubitadamente probado que aquel otorgó una finalidad particular al equipo de cómputo asignado para sus labores ordinarias –descargar cédulas de notificación– habiéndolo empleado para redactar escritos en favor de terceras personas, conducta que de por sí implicó la obtención de un beneficio al impugnante, por lo que la pena impuesta se encuentra ajustada a derecho al haberse configurado el aspecto objetivo y subjetivo del ilícito imputado.

4.6. En cuanto al agravio al que se contrae el cargo identificado como ítem **2.6**, es pertinente indicar que, inicialmente, el día de los hechos, el sentenciado mostró una actitud renuente para entregar la clave para abrir los archivos que contenía el equipo de cómputo a su cargo en su centro de labores –materia de la aludida intervención– conforme puede advertirse del acta de constatación corriente a folios cuarenta siete al cincuenta. Posteriormente proporcionó la contraseña, conforme se describe en el acta fiscal de folios doscientos diecinueve a doscientos veinticinco, la que se negó a firmar a pesar de haber participado en el desarrollo de dicha diligencia en la que además se encontró la redacción del escrito inculpativo que obra impreso a fojas doscientos veintiséis a doscientos veintiocho, por lo que los fundamentos que sustentan el referido agravio carecen de todo sustento, debiendo ser desestimados.

4.7. Sobre el ítem **2.7** se puede verificar que si bien es cierto, el ahora sentenciado mediante escrito presentado el catorce de noviembre de dos mil trece (véase folios setecientos ochenta y cuatro a setecientos noventa), promovió una audiencia de tutela de derechos en torno a una prueba ilícita, también es verdad que dicho pedido fue declarado improcedente en sesión de juzgamiento del cuatro de junio de dos mil catorce (véase fojas ochocientos setenta y cuatro a ochocientos setenta y nueve), por el simple hecho de que la acotada audiencia no se encuentra regulada en el Código de Procedimientos Penales, advirtiéndose que la impugnación a dicha decisión fue desestimada por inimpugnabile, conforme con lo descrito en el artículo doscientos setenta uno del Código acotado, no advirtiéndose la transgresión de alguna garantía constitucional como lo manifiesta el impugnante, por lo que el agravio debe desestimarse.

4.8. Por último, en cuanto al ítem **2.8** lo sostenido por el recurrente respecto a la arbitraria intervención del magistrado Manuel Roberto Paredes Dávila el día de la acotada diligencia, debe precisarse que tal circunstancia constituye un mera sindicación que no tiene sustento objetivo con la base fáctica de autos, pues conforme lo ha declarado la administradora de la Corte Superior de Justicia de Cañete, Jessika Vargas Hilasaca (véase fojas dos mil veintidós a dos mil veintinueve), el dicho magistrado estaba autorizado para constituirse al lugar de los hechos, debido a que el encargado del Órgano de Control de

dicha corte se encontraba presente en aquella, por lo que no se advierte la arbitrariedad que denuncia el impugnante.

DE LA PENA ACCESORIA DE INHABILITACIÓN

QUINTO. Una particularidad del delito de peculado de uso es que se reprime con una penalidad conjunta, compuesta por penas privativas de libertad, multa e inhabilitación⁸. Las copenalidades de multa e inhabilitación deben ser fijadas de forma proporcional a la pena privativa de libertad; puesto que en ellas también se realiza el mismo procedimiento de individualización, esto es, sobre la base del marco legal conminado por el delito se evalúa la presencia de circunstancias atenuantes y agravantes. Así, a medida que haya más situaciones de atenuación, la pena se fijará más cerca al mínimo legal y viceversa⁹, debiendo indicarse que la pena de inhabilitación ha sido objeto de análisis en los acuerdos plenarios números 02-2008/CJ-116¹⁰ y 10-2009/CJ-116¹¹. Ahora bien, a efectos de determinar la pena de inhabilitación a imponerse al procesado Javier Francisco Tocto Inga debe tenerse presente lo siguiente:

5.1. El representante del Ministerio Público solicitó en su acusación fiscal que se le imponga un año de inhabilitación conforme con lo contemplado en el inciso 2, del artículo treinta y seis, del Código Penal.

5.2. En la sentencia recurrida, la Sala Superior le impuso tres años de pena de inhabilitación, conforme con lo previsto en los artículos cuatrocientos veintiséis y treinta y seis, incisos 1 y 2, del Código Penal.

5.3. No obstante, si se tiene en cuenta lo señalado en la acusación fiscal, únicamente puede imponerse al impugnante el supuesto de inhabilitación, contemplado en los incisos 2, del artículo treinta y seis, del Código Penal, por lo siguiente:

a) La imposición de los supuestos de inhabilitación contemplados en los incisos 1, del artículo treinta y seis, del Código Penal (consecuencia jurídica legal contemplada en el tipo penal de peculado de uso agravado) no fue solicitada por el representante del Ministerio Público; por ello, no puede imponerse dicha pena accesoria porque ello significaría contravenir el principio de congruencia procesal¹², a lo que agrega que por efecto de la condena impuesta al sentenciado la pérdida del cargo que ejerció es definitiva.

⁸ PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2017). *Derecho penal. Parte especial: los delitos*. Colección Lo Esencial del Derecho, N.º 27. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 163.

⁹ Recurso de Nulidad N.º 1006-2015 Lima, del 12 de octubre de 2016; fundamento vigésimo.

¹⁰ Fijó los alcances de esta pena. Definió sus referentes legislativos, su contenido, duración y cómputo; así como las exigencias procesales para su interposición y los mecanismos de su debida ejecución. Esta pena se caracteriza por privar al condenado de algunos derechos (personales, profesionales o positivos); o por incapacitarlo para el ejercicio de diversas funciones o actividades (públicas inclusive). Su aplicación se rige por un criterio de especialidad que implica, desde la perspectiva legal y judicial, que cualquiera sea su condición y operatividad (pena principal o accesoria), dicha sanción estará siempre en función a la naturaleza del delito del que se trate y al principio de proporcionalidad.

¹¹ Se abordó el tema de la ejecución de la pena de inhabilitación.

¹² Resulta ilustrativo lo establecido en el Acuerdo Plenario N.º 4-2007/CJ-116.

b) En cambio, sí cabe la imposición de la pena prevista en el inciso 2, del citado artículo treinta y seis, del Código acotado.

5.4. Entonces, considerando que la pena impuesta al encausado Javier Francisco Tocto Inga, es el mínimo legal (cuatro años suspendida en su ejecución por el plazo de tres años, bajo el cumplimiento de reglas de conducta), deviene en proporcional y razonable la imposición del plazo de inhabilitación mínimo (seis meses) regulado en el artículo treinta y ocho del Código Penal.

5.5. Ello significa que la sentencia recurrida, en el extremo de la pena de inhabilitación impuesta, debe ser revocada y, reformándola, es del caso disponer el mandato de inhabilitación descrito precedentemente, deviniendo en nulo el extremo de la citada pena referido al inciso 1, del artículo treinta y seis, del Código Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. NO HABER NULIDAD en la sentencia del veinte de junio de dos mil diecisiete (foja dos mil setenta y seis), en el extremo que, por mayoría, condenó a JAVIER FRANCISCO TOCTO INGA como autor del delito contra la administración de justicia-peculado de uso agravado, en perjuicio del Estado, y como tal le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el plazo de tres años y en quinientos soles el monto por concepto de reparación civil.

II. HABER NULIDAD en la referida sentencia, en el extremo del plazo de tres años de inhabilitación impuesto a JAVIER FRANCISCO TOCTO INGA, conforme con el inciso 2, del artículo 36, del Código Penal; y, **REFORMÁNDOLO**, le **IMPUSIERON** seis meses de inhabilitación. **NULO** el extremo de la inhabilitación respecto al inciso 1, del artículo 36, del Código Penal.

III. NO HABER NULIDAD con lo demás que al respecto contiene. Hágase saber a las partes apersonadas en esta Suprema Instancia.

S. S.

LECAROS CORNEJO

SALAS ARENAS

QUINTANILLA CHACÓN

CHAVES ZAPATER

CASTAÑEDA ESPINOZA

QC/arad

El delito de peculado

Sumilla. En el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la administración pública ilegalmente (y sin el ánimo apropiatorio), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial. Constituye un presupuesto de imputación a título de autor, que exista una relación funcional entre el agente infractor del delito (funcionario o servidor público) y el objeto apropiado o utilizado. Ese deber extrapenal del funcionario o servidor público que lo vincula con la administración o custodia de los caudales o efectos tiene que estar contenido en la ley o reglamentos de corte administrativo, pues es indispensable que esa competencia funcional se encuentre plasmada para establecer la titularidad de dicha esfera.

—SENTENCIA DE CASACIÓN—

Lima, veintiuno de marzo de dos mil diecisiete.

VISTO: en audiencia pública el recurso de casación interpuesto por el acusado MARTÍN MIGUEL MARIÑO VIGO contra la sentencia de vista de fojas ciento noventa, del seis de noviembre de dos mil quince (del cuaderno de apelación de sentencia), que confirmó la sentencia de fojas doscientos veintiséis, del treinta y uno de julio de dos mil quince (del cuaderno de debate), que lo condenó por el delito contra la Administración Pública-peculado, en perjuicio del Estado, y le impuso cinco años de pena privativa de la libertad; inhabilitación por el plazo de cinco años para obtener cargo, empleo, comisión o mandato de carácter público, de conformidad con el inciso 2, del artículo 36, del Código Penal; así como fijó en treinta mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada.

Interviene como ponente la señora jueza suprema BARRIOS ALVARADO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ 1. DEL ITINERARIO DEL PROCESO EN PRIMERA INSTANCIA

PRIMERO. El encausado MARTÍN MIGUEL MARIÑO VIGO fue procesado penalmente con arreglo al Nuevo Código Procesal Penal (en adelante NCCP). Se le inculpó formalmente por el delito contra la Administración Pública-peculado, en

perjuicio del Estado y se dispuso formalizar la investigación preparatoria en ese sentido.

SEGUNDO. El señor Fiscal Provincial por requerimiento de fojas uno y siguientes, del veintiocho de abril de dos mil catorce (del expediente judicial) formuló acusación sustancial en los mismos términos de la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria. Una vez que se llevó a cabo la audiencia preliminar de Control de Acusación de fojas uno y siguientes, del uno de octubre del dos mil catorce (del cuaderno de debate), el Juzgado Colegiado dictó el auto de citación a juicio oral de fojas trece, del treinta y uno de diciembre de dos mil catorce (del cuaderno de debate).

TERCERO. Seguido el juicio de primera instancia (véase fojas veintinueve y siguientes, del cuaderno de debate), el Juzgado Penal Unipersonal dictó la sentencia de fojas doscientos veintiséis, del treinta y uno de julio de dos mil quince (del mismo cuaderno), que condenó a MARTÍN MIGUEL MARIÑO VIGO por el delito contra la Administración Pública-peculado, en perjuicio del Estado, y le impuso cinco años de pena privativa de la libertad; inhabilitación por el plazo de cinco años para obtener cargo, empleo, comisión o mandato de carácter público, de conformidad con el inciso 2, del artículo 36, del Código Penal; así como fijó en treinta mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada.

CUARTO. Contra esta sentencia el referido acusado interpuso recurso de apelación por escrito de fojas cincuenta y cinco (del cuaderno de apelación), que fue concedido por el Juzgado Colegiado.

§ 2. DEL TRÁMITE IMPUGNATIVO EN SEGUNDA INSTANCIA

QUINTO. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Callao, culminada la fase de traslado de la impugnación, conforme al auto de fojas ciento treinta y cuatro, del veinte de octubre de dos mil quince (del cuaderno de apelación de sentencia), y realizada la audiencia de apelación como aparece del acta de fojas ciento cincuenta y ocho, del veintisiete de octubre de dos mil quince (del mismo cuaderno), cumplió con emitir y leer en audiencia pública la sentencia de vista de fojas ciento noventa, de la misma fecha, que confirmó la sentencia de primera instancia de fojas doscientos veintiséis, del treinta y uno de julio de dos mil quince (del cuaderno de debate), que condenó a MARTÍN MIGUEL MARIÑO VIGO por el delito contra la Administración Pública-peculado, en perjuicio del Estado, y le impuso cinco años de pena privativa de la libertad; inhabilitación por el plazo de cinco años para obtener cargo, empleo, comisión o mandato de carácter público, de conformidad con el inciso 2, del artículo 36, del Código Penal; así como fijó en treinta mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada. El citado acusado interpuso recurso de casación.

§ 3. DEL TRÁMITE DEL RECURSO DE CASACIÓN

SEXTO. Leída la sentencia de vista, el acusado MARTÍN MIGUEL MARIÑO VIGO interpuso recurso de casación mediante escrito de fojas doscientos catorce (del cuaderno de apelación de sentencia), e introdujo los siguientes motivos:

- 6.1.** Inobservancia de garantías constitucionales de carácter procesal y material e indebida o errónea aplicación de dichas garantías.
- 6.2.** Errónea interpretación de la ley penal.
- 6.3.** Apartamiento de la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema.
- 6.4.** Manifiesta ilogicidad en la motivación de la sentencia.

SÉPTIMO. Concedido el recurso de casación por auto de fojas doscientos cuarenta y ocho, del diez de diciembre de dos mil quince (del cuaderno de apelación de sentencia), se elevó a este Supremo Tribunal.

OCTAVO. Cumplido el trámite de traslado a las partes, sin ofrecimiento de nuevas pruebas, ésta Suprema Sala por Ejecutoria de fojas ochenta y siete, del uno de julio de dos mil dieciséis (del cuadernillo formado en esta instancia), admitió a trámite el recurso de casación por las causales previstas en los incisos 4 y 5, del artículo 429, del Código Procesal Penal, que corresponden a la falta de motivación de la sentencia y el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema, en cuanto a la necesidad de la pericia contable en los delitos de peculado; y declaró inadmisibles los otros motivos alegados por el acusado MARTÍN MIGUEL MARIÑO VIGO.

NOVENO. Instruido el expediente en Secretaría, señalada fecha para la audiencia de casación el día de la fecha y debidamente notificadas las partes procesales, estas asistieron, dejándose expresa constancia de su concurrencia en el referido cuaderno.

DÉCIMO. Deliberada la causa en sesión secreta y producida la votación, corresponde dictar sentencia absolviendo el grado, que se leerá en acto público, conforme a la concordancia de los artículos 431, apartado 4, con el artículo 425, apartado 4, del Código Procesal Penal, el día martes catorce de marzo de dos mil diecisiete, a las ocho y treinta de la mañana.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

§ 4. INCRIMINACIÓN

DÉCIMO PRIMERO. Según los cargos objeto de investigación y acusación, se imputó al inculpado MARTÍN MIGUEL MARIÑO VIGO, director de Aviación de la Policía Nacional del Perú, haber alquilado la cancha sintética de fútbol de esa institución, ubicado en la avenida Elmer Faucett número tres mil novecientos, en la Provincia Constitucional del Callao, a diversas personas particulares, en el periodo del veinte de marzo de dos mil doce al veintiséis de marzo de dos mil trece. En ese hecho delictivo también participó el acusado CANTALIO ALEJANDRO JIMÉNEZ MEZA.

DÉCIMO SEGUNDO. Esa conducta se tipificó como delito de peculado, previsto en el artículo 387, del Código Penal.

§ 5. DEL ÁMBITO DE LA CASACIÓN

DÉCIMO TERCERO. Conforme se estableció en la Ejecutoria de fojas ochenta y siete, del uno de julio de dos mil dieciséis, del cuaderno de casación, el motivo del recurso es por el apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema (causal contenida en el inciso 5, del artículo 429, del Código Procesal Penal) y la inobservancia de la garantía constitucional de motivación (causal contenida en el inciso 4, del artículo 429, del Código Procesal Penal).

a) El perjuicio patrimonial en el delito de peculado por utilización y la necesidad de la pericia contable

DÉCIMO CUARTO. En cuanto al primer motivo de casación, es pertinente puntualizar que la descripción típica de la conducta prevista en el artículo 387, del Código Penal, establece dos verbos rectores: la apropiación y la utilización de caudales o efectos. En la apropiación el funcionario o servidor público retira, sustrae o aleja del ámbito de la administración pública los caudales y efectos, para incorporarlo a su patrimonio personal o de un tercero con la finalidad de poder disponer de ellos.

DÉCIMO QUINTO. Por otro lado, la utilización significa usar, disponer o aprovecharse ilegalmente de los caudales o efectos de la administración pública sin apropiarse de ellos. Este uso puede comprender los bienes inmuebles. Esta modalidad es conocida como el peculado por utilización. El profesor FIDEL ROJAS VARGAS sostiene que: "Utilizar es aprovecharse de las bondades que permite el bien sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero. No hay aquí el ánimo de dominio sino solo el de servirse del bien. Utilizar es un verbo rector típico dirigido tanto a bienes muebles e inmuebles y presupone en el primer caso la restitución y en ambos casos el cese del uso"¹. En ese mismo sentido, el profesor MANUEL ABANTO VÁZQUEZ, señala que: "Utilizar implica destinar temporalmente los bienes que tienen como destino el cumplimiento de alguna función pública, a determinados trabajos de carácter privado"².

DÉCIMO SEXTO. Dentro de ese contexto, es evidente que la conducta incriminada al acusado MARTÍN MIGUEL MARIÑO VIGO, constituye el delito de peculado en su modalidad de utilización de bien inmueble y de ninguna forma significa apropiación: alquilar la cancha de fútbol de la Dirección de Aviación de la Policía Nacional del Perú, de uso exclusivo de la institución, a personas particulares.

¹ ROJAS VARGAS, FIDEL. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2010, p. 491.

² ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL A. *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal peruano*. Lima: Editorial Palestra, 2003, p. 345.

DÉCIMO SÉPTIMO. Ahora, para sancionar la conducta, se necesita demostrar en este extremo (además del conjunto de los elementos objetivos y subjetivos que lo conforman, que no se analiza por no ser el tópico controvertido) que el agente usó indebidamente el bien inmueble del Estado que se le confió por razón de su cargo o sus funciones. Esto significa que se castiga al agente por vulnerar el derecho de disponibilidad exclusivo que sobre ese bien tiene la Administración, en cuanto le da un uso privado no autorizado por alguna disposición legal. No es una exigencia del tipo penal que se haya dañado el bien inmueble ni que exista el propósito de aprovechamiento del autor del delito. Fortalece esta conclusión, la afirmación del profesor JORGE B. HUGO ÁLVAREZ, quien refiere que: "Lo que importa para la configuración del tipo penal es el uso momentáneo privado o ajeno a la función pública, cualquiera fuera el provecho o no del agente"³.

DÉCIMO OCTAVO. El profesor colombiano CARLOS MARIO MOLINA ARRUBLA, comentando este tópico, sostiene que: "Lo que se ofende con la materialización de este comportamiento, no es otra cosa que la disponibilidad misma de la Administración, respecto del bien que es o ha sido indebidamente usado o utilizado por parte del agente. Y por ello, no es necesario que se produzca daño o perjuicio efectivo para la administración, de suerte tal que el momento consumativo de este delito, coincide con el instante mismo en que se da tal uso o utilización indebida [...] No es necesario que se produzca daño efectivo alguno a la Administración, desde el punto de vista patrimonial"⁴.

DÉCIMO NOVENO. En ese sentido, podemos concluir que en el delito de peculado en la modalidad de utilización no es necesario que se practique una pericia contable para establecer el perjuicio patrimonial que se causó al Estado (que se requiere cuando se trata de la modalidad de peculado por apropiación), pues se sanciona al agente por usar el bien de la administración pública ilegalmente (y sin el ánimo apropiatorio), independientemente de la producción de un perjuicio patrimonial.

b) La motivación de las resoluciones judiciales

VIGÉSIMO. En cuanto al segundo motivo de casación, previsto en el inciso 4, del artículo 429, del Código Procesal Penal (inobservancia de la garantía constitucional de la motivación), cabe acotar que la motivación es una garantía constitucional prevista en el inciso 5, del artículo 139, de la Constitución Política del Perú, que le asiste a todo sujeto procesal para evitar errores conceptuales y de garantía a través de un control de la resolución judicial ante el Tribunal Superior que conoce el correspondiente recurso (ello será posible en tanto el órgano jurisdiccional explique las razones de su decisión, lo que a su vez permite controlar si la actividad judicial se ha movido dentro de los parámetros de la lógica racional y la legalidad).

³ HUGO ÁLVAREZ, JORGE B. *El delito de peculado*. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2006, p. 254.

⁴ MOLINA ARRUBLA, CARLOS MARIO. *Delitos contra la Administración Pública*. Santa Fe de Bogotá: Editorial Leyer, 2000, p. 120-121.

VIGÉSIMO PRIMERO. En ese contexto, la motivación tiene que ser clara, completa, legítima y lógica para garantizar la correcta emisión de los fallos judiciales. La exigencia de la motivación es aplicable tanto a la sentencia de primera instancia como a la de segunda instancia, y este deber incluye la obligación de fundamentar los hechos, la calificación jurídica (exigencias normativas y el juicio de adecuación típica), la pena y reparación civil impuesta. En ese sentido, la motivación descansa en la declaración de hechos probados y en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas materiales que rigen tanto el injusto penal y la culpabilidad, como las reglas sobre la medición de la pena y la reparación civil. Los hechos que deben probarse, en un primer ámbito, son aquellos que exige la norma jurídico penal para estimar el hecho penalmente antijurídico y culpable.

VIGÉSIMO SEGUNDO. En cuanto al delito de peculado, previsto en el artículo 387, del Código Penal, constituye un presupuesto de imputación a título de autor, que exista una relación funcional entre el agente infractor del delito (funcionario o servidor público) y el objeto apropiado o utilizado. Esto significa que al momento de la comisión del delito tiene que existir una vinculación jurídica entre el agente y los caudales o efectos, por razón de los deberes o atribuciones de su cargo. No podemos olvidar que el injusto de peculado es un delito de infracción del deber del funcionario o servidor público (deberes positivos). En ese sentido, ese deber extrapenal del funcionario o servidor público que lo vincula con la administración o custodia de los caudales o efectos tiene que estar contenido en la ley o reglamentos de corte administrativo, pues es indispensable que esa competencia funcional se encuentre plasmada para establecer la titularidad de dicha esfera. En consecuencia, para formular un cargo por el delito de peculado se tiene que demostrar la posesión jurídica del bien del Estado, por el funcionario o servidor público. El profesor FIDEL ROJAS VARGAS señala que: "La posesión de los caudales o efectos de las que goza el funcionario o servidor debe basarse en el ámbito de competencia del cargo, determinado o establecido en la ley o normas jurídicas de menor jerarquía (reglamentos)"⁵.

VIGÉSIMO TERCERO. Señala el profesor RAMIRO SALINAS SICCHA que: "Este aspecto resulta un elemento objetivo trascendente del delito en hermenéutica jurídica. Si en un hecho concreto este elemento no se verifica, el delito de peculado no se configura; así haya evidente apropiación de los caudales del Estado y este resulte seriamente perjudicado en su patrimonio [...] Esta eficiencia constituye un límite que debe ser advertido por los jueces y fiscales, de lo contrario se lesionaría el principio de legalidad que sustenta la aplicación de las normas punitivas"⁶. En ese mismo sentido, indica el profesor JAMES REÁTEGUI SÁNCHEZ que: "El delito solo podría perfeccionarse luego de comprobar que existe una vinculación funcional del sujeto con respecto a los caudales y efectos públicos"⁷.

⁵ ROJAS VARGAS, FIDEL. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2010, p. 484.

⁶ SALINAS SICCHA, RAMIRO. *Delitos contra la Administración Pública*. Lima: Editorial Jurídica Grijley, 2014, p. 320-322.

⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, JAMES. *Delitos cometidos por funcionarios en contra de la Administración Pública*. Lima: Jurista Editores S. A., 2015, p. 430.

VIGÉSIMO CUARTO. La función de administración, percepción o custodia que tiene el agente sobre el caudal o efecto debe estar fijado expresamente en una disposición con fuerza legal, que puede ser una ley, decreto, ordenanza, resolución, reglamento o acto administrativo.

VIGÉSIMO QUINTO. En el caso concreto, se aprecia que en la sentencia de vista de fojas ciento noventa, del seis de noviembre de dos mil quince (del cuaderno de apelación de sentencia), no se explicó este tópico; es decir, no se señaló cuál es la ley, decreto, ordenanza, resolución o reglamento, donde se estableció que el acusado Martín Miguel Mariño Vigo tenía bajo su administración o custodia la cancha sintética de fútbol de la Dirección de Aviación de la Policía Nacional del Perú, máxime si esa institución tiene una oficina de administración con unidades de logística y de recursos humanos. Si bien se adjuntó un oficio de fecha cinco de junio de dos mil doce, donde se indicó que entre los deberes del citado inculpado estaba mantener y controlar los recursos humanos y materiales de la institución; sin embargo, las funciones mencionadas en ese documento no están sustentadas en algún Manual de Organización y Funciones de la Institución (MOF) o en el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) o en alguna disposición normativa, que explique legalmente la vinculación jurídica que ejerció el acusado con el caudal.

VIGÉSIMO SEXTO. Por otro lado, en el fundamento jurídico 6.3.2. de la sentencia de vista se indica que el acusado Martín Miguel Mariño Vigo le dió facultades a su coimputado Cantalio Alejandro Jiménez Meza, para que alquile la cancha sintética de fútbol de la Dirección de Aviación de la Policía Nacional del Perú a personas particulares y cobre por ese servicio, a partir de las declaraciones testimoniales de Jhon Mestas Mamani, Yanet Silvia Caldas de la Torre, Elmer Lucas Moloche Castro y Marco Antonio Chupa Gonzales, quienes afirmaron que el inculpado Cantalio Alejandro Jiménez Meza era el mozo del imputado Martín Miguel Mariño Vigo; agregando el último testigo que ese imputado también realizaba mantenimiento a las áreas verdes.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. En ese contexto, no es posible que la formula conclusiva del Tribunal de Apelación sea producto de una juicio de inferencia lógico, pues el hecho indiciario no permite conectar la actividad de mozo que realizó el inculpado Cantalio Alejandro Jiménez Meza, para vincularlo con una supuesta delegación de facultades que le habría otorgado el acusado Martín Miguel Mariño Vigo para la administración de la cancha de fútbol de la institución. Por tanto, no se aprecia una inferencia válida que nos lleve al hecho indicado o hecho consecuencia.

VIGÉSIMO OCTAVO. Es evidente que no existe un enlace lógico entre esa premisa y la conclusión. Este razonamiento escapa a las leyes de la lógica y constituye una desviación de la aplicación del raciocinio que subyace una degeneración interpretativa. Esto constituyó una deficiencia en la motivación externa

(valoración anómala), pues no se explica las razones por las que se vincula al inculpado Martín Miguel Mariño Vigo con la delegación de esas facultades a su coimputado Cantalio Alejandro Jiménez Meza. La exigencia de la motivación en el caso concreto era aún mayor porque se trató de una sentencia condenatoria que afectó el derecho fundamental de la libertad, así como porque el inculpado negó o no reconoció su culpabilidad. La motivación fáctica al hallarse íntimamente conectada con la presunción de inocencia, exigía un especial esfuerzo recapitulador y de síntesis del material probatorio; así como un razonamiento del proceso de persuasión del Tribunal acerca de la culpabilidad del acusado.

VIGÉSIMO NOVENO. Es pertinente puntualizar que la libre convicción y criterio de conciencia para la valoración de la prueba, no significa que el juez tiene absoluta libertad para decidir como le dicta la conciencia, en cuanto, tiene ciertas reglas que le indican los criterios metodológicos en los que deben basar su decisión razonada (para no incurrir en una apreciación arbitraria y absurda), los que deben expresarlos para poder controlar la valoración de la prueba, inspeccionando la lógica íntima de la sentencia y la operación intelectual del juez desarrollada en el proceso de formación de la decisión final (en cuanto haya observado las leyes de la lógica, la experiencia y los preceptos legales que gobiernan la valoración de las pruebas).

TRIGÉSIMO. Cabe acotar que la motivación constitucionalmente exigida no solo comprende la mención expresa en el propio texto de la sentencia de los medios de los medios de prueba utilizados, sino sobre todo el razonamiento sobre el valor de estos a los efectos de considerar acreditados todos y cada uno de los extremos de la relación de hechos probados.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **I. FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el acusado MARTÍN MIGUEL MARIÑO VIGO de fojas doscientos catorce, del veinte de noviembre de dos mil quince (del cuaderno de apelación de sentencia). En consecuencia: **CASARON** la sentencia de vista de fojas ciento noventa, del seis de noviembre de dos mil quince (del cuaderno de apelación de sentencia), que confirmó la sentencia de fojas doscientos veintiséis, del treinta y uno de julio de dos mil quince (del cuaderno de debate), que lo condenó por delito contra la Administración Pública-peculado, en perjuicio del Estado, y le impuso cinco años de pena privativa de la libertad; inhabilitación por el plazo de cinco años para obtener cargo, empleo, comisión o mandato de carácter público, de conformidad con el inciso 2, del artículo 36, del Código Penal; así como fijó en treinta mil soles el monto que por concepto de reparación civil deberá abonar a favor de la entidad agraviada. **II.** Actuando en sede de instancia: **REVOCARON** la sentencia de vista de fojas ciento noventa, del seis de noviembre de dos mil quince (del cuaderno de apelación de sentencia), que condenó al recurrente como autor del delito contra la Administración Pública-peculado, en perjuicio del Estado; con lo demás que contiene; y **REFORMÁNDOLA** lo **ABSOLVIERON** de la acusación

formulada en su contra por el citado delito, en perjuicio del Estado. **III. ORDENARON** se proceda a su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista en su contra orden o mandato de detención alguno, emanado de autoridad competente, oficiándose para tal efecto. **IV. DISPUSIERON** se archive el proceso definitivamente y se anulen sus antecedentes policiales y judiciales por estos hechos. **V. REMITASE** la causa al Tribunal Superior para los fines de ley. Hágase saber a las partes apersonadas en esta Sede Suprema. Interviene la señora jueza suprema Sánchez Espinoza, por vacaciones del juez supremo Prado Saldarriaga.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

SÁNCHEZ ESPINOZA

BA/mapv



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD N° 2149 – 2013 / AMAZONAS

Peculado de uso

Sumilla. La conducta del procesado al retirar de los almacenes de la agraviada un reproductor de video destinado al proceso de alfabetización y trasladarse a su domicilio para su uso personal, vulneró la adecuada disponibilidad funcional de los bienes entregados para su custodia.

Lima, veinte de abril de dos mil quince

VISTO: el recurso de nulidad interpuesto por el procesado Edwin Dávila Flores, contra la sentencia de fecha veintiuno de enero de dos mil trece, de fojas ochocientos cuarenta y siete, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado de uso, en agravio del Estado, representado por el Ministerio de Educación.

Interviene como ponente el señor Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO

Primero. Que el procesado recurrente al formalizar sus agravios mediante escrito de fojas ochocientos ochenta y uno, fundamentalmente sostiene, que su conducta se ha desarrollado dentro de su competencia y funciones, pues estuvo comprobando en su domicilio la operatividad del DVD presuntamente apropiado, de conformidad al artículo treinta y ocho del Manual de Organización y Funciones – Planificación y Presupuesto, del Área de Gestión Institucional; más aún, si al respecto obra en los actuados u apeleta de autorización de desplazamiento externo del bien mueble cuestionado.

Segundo. Que según los términos de la acusación fiscal se atribuye al procesado Edwin Dávila Flores, que en su condición de Jefe de Abastecimiento de la UGEL-Condorcanqui, durante el año dos mil ocho, teniendo bajo su custodia treinta televisores y treinta DVDs., que le fueran remitidos por el Ministerio de Educación, asignados al Programa Nacional de Movilización y Alfabetización-PRONAMA, destinados a los beneficiarios de la Sede Nieva, siendo sorprendido, con su expreso conocimiento y voluntad, utilizando un DVD N° 802shwa126257 para fines ajenos al servicio que estaba originalmente destinado, el mismo que

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD N° 2149 – 2013 / AMAZONAS

fuera incautado en su domicilio por el representante del Ministerio Público, como se colige del acta de constatación e incautación de fojas diez, siendo devuelto al Director de la UGEL agraviada, según acta de entrega y verificación de fojas doce.

Tercero. Que el peculado de uso es conocido como peculado por distracción, haciendo alusión de tal modo al hecho de que el bien es distraído de su destino o empleado en usos distintos al oficial. La norma penal busca garantizar el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal, por parte de los sujetos públicos¹.

Cuarto. Que, en rigor, el recurrente sostiene que su actuación fue conforme a lo dispuesto en la Ley y por tanto, dentro de la eximente de responsabilidad penal, comprendida en el inciso ocho, del artículo veinte del Código Penal. El procesado se refiere al Manual de Organización y Funciones (MOF)-Planificación y Presupuesto - Área de Gestión Institucional, que en una de sus cláusulas dispone, que el servidor encargado de la custodia de los equipos de la institución agraviada, están facultados a verificar su operatividad.

No obstante ello, cuando el referido manual hace dicha precisión, efectivamente, se refiere al control de la calidad y funcionamiento de los equipos de la institución agraviada, pero dicha verificación, en estricto, se realiza dentro del ámbito de la propia administración, esto es, dentro del local institucional y no así, en un espacio físico ajeno a ella.

El recurrente también ha sostenido que dicha verificación de la operatividad del DVD se encuentra demostrado con la papeleta de autorización de desplazamiento interno de bienes patrimoniales. Lo argumentado es totalmente falso, pues el documento en mención, que data del veintidós de septiembre de dos mil ocho, está referido a la recepción de la totalidad de los equipos por parte de Marco Antonio Sánchez Bazán, quien a su vez, deja constancia que el día veinticuatro del mismo mes y año, dichos equipos fueron entregados al ahora procesado recurrente para que los guarde en custodia. En ninguno de sus extremos se consigna una supuesta autorización para la movilización o envío de alguno de los DVDs.

¹ ROJAS VARGAS, Fidel. Delitos contra la Administración Pública. Editora Jurídica Grijley. Cuarta Edición. Lima, enero de 2007, página 537.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD N° 2149 – 2013 / AMAZONAS

al domicilio del encausado, menos aún, para que en su vivienda se verifique la operatividad del mismo.

Quinto. Que lo cierto es, debido a la naturaleza y circunstancias en que se desarrollaron los hechos, que el referido DVD, así como veintinueve aparatos electrónicos similares y treinta televisores, le fueron entregados al procesado exclusivamente para su “custodia”, debido a su condición de responsable de abastecimiento en la Unidad Ejecutora trescientos dos Condorcanqui, del Gobierno Regional de Amazonas.

Los televisores en mención, así como los reproductores de video, incluido, el que fue encontrado en el domicilio del recurrente, estaban destinados a ser entregados a los supervisores del proceso de alfabetización; de ahí, que se puede inferir, que la conducta del procesado vulneró la adecuada disponibilidad funcional de los bienes entregados para su custodia.

A lo acotado cabe adicionar, que en el acta de constatación e incautación, de fojas diez, su fecha veintiséis de septiembre de dos mil ocho, se consignó que el reproductor de video utilizado indebidamente “estaba con terminaciones conectadas al televisor descrito anteriormente y conectado al enchufe de energía eléctrica”, esto es, estaba siendo utilizado por el recurrente para fines personales y distintos al proceso de alfabetización para los que estaba destinado. Tampoco se puede soslayar, que dicho bien le fue entregado en custodia al imputado con fecha veintiocho de mayo de dos mil ocho, fechas distantes por casi cuatro meses a la data en que fue incautado en el domicilio del imputado, dejando sin sustento el argumento de haber retirado el bien a su domicilio para probar su operatividad, dado el tiempo transcurrido.

En consecuencia, está suficientemente desvirtuado el argumento del imputado de haber actuado por disposición de la Ley.

Sexto. Que por otro lado, se ha determinado la relación funcional del procesado con el bien utilizado indebidamente, pues su proceder se adecua a lo que alude la norma sustantiva, de que el bien mueble se hallaba bajo su custodia directa, pues ejercía sobre el mismo acto de cuidado o vigilancia, o con palabras de la norma penal se hallaba bajo su guarda; por ello, aún cuando apareciera como un acto fútil el proceder del recurrente, lo cierto es que su conducta ha infringido el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, que constituye el bien jurídico protegido por el delito; por lo tanto, la sentencia recurrida es conforme a Ley.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO DE NULIDAD N° 2149 – 2013 / AMAZONAS

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintiuno de enero de dos mil trece, de fojas ochocientos cuarenta y siete, que condenó a Edwin Dávila Flores como autor del delito contra la Administración Pública, en su modalidad de peculado de uso, en agravio del Estado, representado por el Ministerio de Educación, a tres años de pena privativa de libertad, suspendida en su ejecución, por el período de prueba de dos años, sujeto al cumplimiento de determinadas reglas de conducta. Con lo demás que contiene, y los devolvieron.

Ss.

VILLA STEIN 

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA 

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA 

SE PUBLICO CONFORME A LEY


Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

19 AGO 2015

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de abril de 2013, el Pleno del Tribunal Constitucional integrado por los magistrados Urviola Hani, Vergara Gotelli, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda, pronuncia la siguiente sentencia, con el voto singular del magistrado Vergara Gotelli y el voto también singular en el que convergen los magistrados Urviola Hani y Calle Hayen, ambos que se agrega, así como el voto dirimente del magistrado Eto Cruz.

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Roberto Torres Gonzales Cisneros contra la resolución de la Sala Especializada en Derecho Constitucional de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, de fojas 421, su fecha 11 de septiembre de 2012, que declaró improcedente la demanda de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 24 de mayo de 2012, doña Leny Patricia Vásquez Castro interpone demanda de amparo a favor de don Roberto Torres Gonzales, Alcalde de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, y la dirige contra los integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, señores Balcázar Zelada, García Ruiz, Zapata Cruz; y contra el Procurador Público del Poder Judicial. Solicita dejar sin efecto la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, que lo condena por el delito de peculado de uso a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, emitida en el Exp. N° 1488-2011-96-1706-JR-PE-06. Alega la vulneración de los derechos de defensa, a la motivación de las resoluciones judiciales, a la obtención de una resolución fundada en derecho, y de los principios del juez natural y de legalidad procesal penal del favorecido.

Refiere que en base a noticias periodísticas de fechas 26 y 27 de enero de 2011, la Tercera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Chiclayo inició una investigación por la presunta comisión del delito de peculado de uso y en su oportunidad formuló acusación contra el favorecido. Señala que el Séptimo

Juzgado Penal Unipersonal Supraprovincial de Chiclayo en el Exp N° 1488-2011 emitió sentencia absolutoria; que, sin embargo, ante el recurso de apelación interpuesto por la Procuraduría Anticorrupción de Lambayeque y el Ministerio Público, el proceso fue elevado a la Segunda Sala Penal de Apelaciones, la cual emitió la sentencia condenatoria objeto del proceso de amparo. Alega que la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, ha afectado el debido proceso pues no ha aplicado, de modo injustificado, la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, que define el delito de peculado de uso, apreciándose una motivación aparente. También alega afectación del derecho al juez natural, pues la sentencia condenatoria fue suscrita por un juez que se encontraba de licencia.

Los jueces emplazados, José María Balcázar Zelada y Margarita Isabel Zapata Cruz, integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, contestan la demanda afirmando que la misma debería declararse improcedente, pues el recurrente dejó consentir la resolución que dice afectarlo al no haber interpuesto el recurso de casación ante la Corte Suprema, además de consistir la interpretación de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, un asunto de legalidad ordinaria que corresponde resolver al juez penal. Por otro lado, alegan que de acuerdo al artículo 359.2 del nuevo Código Procesal, los jueces pueden intervenir en la deliberación y votación de una causa penal, aún cuando se encuentren de licencia. Por último, afirman que las fotos presentadas no demuestran ninguna falta de imparcialidad, y que corresponden a una reunión llevada a cabo con posterioridad a la emisión de la sentencia.

El Procurador Público Adjunto del Poder Judicial contesta la demanda solicitando que la misma sea declarada improcedente en aplicación del artículo 5.1 del Código Procesal Constitucional, en tanto la interpretación del derecho ordinario es un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria.

El Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo declara fundada la demanda por considerar que de la lectura de la sentencia condenatoria se advierte que no se explica y justifica el bien jurídico protegido por el tipo penal de peculado de uso, no se precisa el perjuicio económico que se ha causado, se ha obviado la ejecutoria suprema dictada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el Exp. N° 05-2008, caso Luis Alberto Mena Núñez, la cual expresa un criterio opuesto al adoptado por los jueces demandados, ni se ha explicado por qué debe realizarse una interpretación restrictiva y no extensiva de la excepción contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal; por lo que la sentencia carece

e una debida motivación interna. Además, considera que se ha violado el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, pues el juez superior Balcázar Zelada interrumpió intempestivamente su licencia para participar de la audiencia y el juzgamiento del recurrente, además de haber aparecido en unas fotografías difundidas por la prensa local reunido con una persona allegada a la primera regidora de la Municipalidad de Chiclayo.

La Sala Especializada de Derecho Constitucional revoca la apelada y la declara improcedente por considerar que al no haber impugnado (recurso de casación) la sentencia de fecha 22 de mayo de 2012, el favorecido dejó consentir dicha resolución.

FUNDAMENTOS

Delimitación del petitorio.

1. El objeto del presente proceso es que se deje sin efecto la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, que lo condena por el delito de peculado de uso a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución, emitida en el Exp. N° 1488-2011-96-1706-JR-PE-06, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, debiendo proceder ésta a dictar nueva sentencia ajustada a la Constitución y la ley.
2. Vistas las alegaciones de la parte demandante, este Tribunal se centrará en las supuestas afectaciones a los derechos al juez predeterminado por ley, y a la debida motivación de las resoluciones judiciales. Igualmente, dado que el juez del Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo ha declarado fundada la demanda por afectación del derecho a ser juzgado por un juez imparcial, también se determinará si ha existido o no afectación de este derecho fundamental.

Cuestión procesal previa

3. La Sala Especializada de Derecho Constitucional ha declarado improcedente la demanda por considerar que al no haber impugnado (recurso de casación) la sentencia de fecha 22 de mayo de 2012, el recurrente dejó consentir dicha resolución. Al respecto, si bien la Sala ha considerado que el demandante se encontraba habilitado para interponer el citado recurso, pues el artículo 427.4 recoge un recurso de casación *excepcional*, “cuando la Sala Penal de la Corte Suprema, **discrecionalmente**, lo considere necesario para el desarrollo de la

doctrina jurisprudencial”, este Tribunal considera que dicho razonamiento no es válido, pues la interposición del citado recurso de casación, dado el carácter discrecional con que éste es admitido por la Corte Suprema, no representa una obligación procesal para el recurrente. En dicho contexto, la resolución judicial cuestionada por el demandante en este proceso de amparo tiene la condición de firmeza exigida por el artículo 4 del Código Procesal Constitucional (C.P.Const.).

Sobre el derecho al juez predeterminado por ley

4. El segundo párrafo del inciso 3) del artículo 139° de la Constitución consagra el derecho a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada por la ley. Dicho atributo es una manifestación del derecho al debido proceso, o como lo ha considerado el artículo 4 del C.P.Const., del derecho a la “tutela procesal efectiva”. Por su parte, el artículo 8.1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “[t]oda 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 (...)”.
5. Como ha dicho este Tribunal en anterior ocasión:

“El contenido de este derecho plantea dos exigencias muy concretas: *en primer lugar*, que quien juzgue sea un juez u órgano con potestad jurisdiccional, garantizándose así la interdicción de ser enjuiciado por un juez excepcional o por una comisión especial creada exprofesamente para desarrollar funciones jurisdiccionales o que dicho juzgamiento pueda realizarse por comisión o delegación, o que cualquiera de los poderes públicos pueda avocarse al conocimiento de un asunto que debe ser ventilado ante órgano jurisdiccional; y, *en segundo lugar*, que la jurisdicción y competencia del juez sean predeterminadas por la ley, lo que comporta que dicha asignación debe haberse realizado con anterioridad al inicio del proceso y que tales reglas estén previstas en una ley orgánica, conforme se desprende de una interpretación sistemática de los artículos 139° inciso 3 y 106° de la Constitución” [STC 0813-2011-PA/TC, FJ. 13].
6. De acuerdo a lo expresado por el demandante, este derecho no se habría respetado, pues a pesar de que el juez José María Balcázar Zelada se encontraba con licencia por motivo de salud, según consta de la Resolución Administrativa N° 196-2012-CED-CSJLA/PJ (fojas 3), desde el 16 hasta el 22 de mayo de 2012, el referido magistrado participó en la Audiencia Pública y en la suscripción de la sentencia el día 22 de mayo de 2012. El argumento del demandante, en este sentido, gira en torno a que dado que el juez José María Balcázar Zelada se encontraba de licencia no podía ejercer la función jurisdiccional sobre ninguna causa, correspondiendo en todo caso el

juzgamiento al juez superior provisional designado por la misma Resolución Administrativa, don Wilson Vitalino Medina Medina.

7. Este Tribunal concuerda, sin embargo, en este extremo con la parte demandada, en el sentido de que no se ha producido afectación del derecho al juez predeterminado por ley, dado que el artículo 359.2 del nuevo Código Procesal Penal, expresamente, habilita a participar a los jueces penales en la deliberación y votación de las causas aún cuando se encuentren de licencia:

“Cuando el Juzgado es colegiado y deje de concurrir alguno de sus miembros siendo de prever que su ausencia será prolongada o que le ha surgido un impedimento, será reemplazado por una sola vez por el Juez llamado por Ley, sin suspenderse el juicio, a condición de que el reemplazado continúe interviniendo con los otros dos miembros. La **licencia**, jubilación o goce de vacaciones **de los Jueces no les impide participar en la deliberación y votación de la sentencia**”.

Sobre el derecho a ser juzgado por un juez imparcial

8. Sobre el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, este Colegiado ha tenido ocasión de precisar en la sentencia recaída en el Expediente 0004-2006-PI/TC, FJ. 20, que mientras el principio de independencia judicial, en términos generales, protege al juez frente a influencias externas al proceso, ya sea que provengan de fuera de la organización o de dentro de ella, el *principio de imparcialidad*, estrechamente ligado al *principio de independencia funcional*, se vincula a determinadas exigencias dentro del proceso. Así, el principio de imparcialidad judicial posee dos acepciones: a) *Imparcialidad* subjetiva, se refiere a cualquier tipo de compromiso que pudiera tener el juez con las partes procesales o en el resultado del proceso; b) *Imparcialidad* objetiva, está referida a la influencia negativa que puede tener en el juez la estructura del sistema, restándole imparcialidad, es decir, si el sistema no ofrece suficientes garantías para desterrar cualquier duda razonable.
9. El juez del Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo ha declarado fundada la demanda por considerar que se ha afectado el derecho a ser juzgado por un juez imparcial, en su dimensión subjetiva, en tanto el juez superior Balcázar Zelada interrumpió intempestivamente su licencia para participar de la audiencia y el juzgamiento del recurrente, además de haber aparecido en unas fotografías difundidas por la prensa local reunido con una persona allegada a la primera regidora de la Municipalidad Provincial de Chiclayo. Los jueces demandados, José María Balcázar Zelada y Margarita Isabel Zapata Cruz, integrantes de la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, por su parte, afirman que las fotos presentadas no

demuestran ninguna falta de imparcialidad, y que corresponden a una reunión llevada a cabo con posterioridad a la emisión de la sentencia.

10. En este punto, si bien este Tribunal debe dar la razón a la parte demandada, en el sentido de que la reunión llevada a cabo entre el juez José María Balcázar Zelada y el ciudadano Ranjiro Nakano (quien había solicitado la inhabilitación de la autoridad edil, según nota periodística del Diario El Correo Lambayeque, de fecha 29 de mayo de 2012) en un restaurante de Chiclayo, no demuestra ausencia de imparcialidad del referido magistrado al expedir la sentencia, máxime si como sostiene el juez emplazado dicha reunión se llevó a cabo con posterioridad a la emisión de la sentencia; este Colegiado debe advertir no sólo que de la misma nota periodística se aprecia que el juez emplazado, José María Balcázar Zelada, realiza afirmaciones con respecto al carácter firme de la sentencia condenatoria (pues según su parecer “**la casación es un recurso excepcional** y se presenta si hay motivos en delitos graves –con pena mayor de 6 años de cárcel- o donde se haya violado tan elementales principios de un justiciable. En estos casos se puede ir a la Corte Suprema para que lo revise, **en este caso me parece que no**”) y al “tremendo despropósito” que significaría interponer un amparo para anular la sentencia, lo que parece contravenir el deber de “no comentar a través de cualquier medio de comunicación aspectos procesales o de fondo de un proceso en curso” (art. 47.6 de la Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial); sino que contradice sus propias afirmaciones realizadas en la *contestación de demanda* del presente proceso de amparo, cuando solicita la *nulidad del admisorio* de la demanda, sosteniendo que “en el caso concreto, don Roberto Torres Gonzales **no interpuso el recurso de casación penal** que le concedía el NCPP en el proceso penal...Vuestro Juzgado ha actuado manifiestamente contra la ley, habilitándose competencia para conocer una causa penal que aún no había culminado en el fuero penal, y, como si fuera poco, ha cercenado la norma que regula el recurso de casación”. Incluso, de acuerdo a la referida nota periodística, el magistrado emplazado en la presente causa, expresó a los abogados del sentenciado alcalde de Chiclayo que contra la sentencia penal emitida no procedía ningún apelación; por lo que representa una falta de lealtad con la autoridad recurrente y una flagrante incongruencia que luego solicite la nulidad del admisorio por no haberse interpuesto el recurso de casación respectivo.
11. En todo caso, este Tribunal cumple con notificar de este hecho a la Oficina de Control de la Magistratura a fin de que adopten las medidas que estimen convenientes.

12. Como este Tribunal ha sostenido en múltiples ocasiones el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales forma parte del derecho al debido proceso y se encuentra reconocido en el artículo 139. 5 de la Constitución. Así se ha sostenido que:

“el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones, (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.

En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos” (STC 1480-2006-AA/TC. FJ 2).

13. Por su parte, en el caso *Giuliana Llamuja* este Tribunal desarrolló los distintos supuestos en los que cabía hablar de una motivación inexistente, insuficiente o incongruente de la resolución judicial examinada. Así, se dijo que el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales estaba compuesto de los siguientes elementos:

a) *Inexistencia de motivación o motivación aparente*. Está fuera de toda duda que se viola el derecho a una decisión debidamente motivada cuando la motivación es inexistente o cuando la misma es solo aparente, en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico.

b) *Falta de motivación interna del razonamiento*. La falta de motivación interna del razonamiento [defectos internos de la motivación] se presenta en una doble dimensión; por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro lado, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito

constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el Juez o Tribunal; sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.

c) *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.* El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los *casos difíciles*, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. Si el control de la motivación interna permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas posibilita identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal.

d) *La motivación insuficiente.* Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.

e) *La motivación sustancialmente incongruente.* El derecho a la debida motivación de las resoluciones obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa).

f) *Motivaciones cualificadas.*- Conforme lo ha destacado este Tribunal, resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de la demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afectan derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal (STC 0728-2008-PHC/TC, FJ. 7).

14. En el presente caso, el recurrente alega que la sentencia condenatoria N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, adolece de una motivación aparente, al no justificar debidamente, en su considerando cuarto, las razones por las cuales ha optado por utilizar una *interpretación restrictiva* de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, que regula el delito de peculado de uso. Por su parte, la parte demandada sostiene que lo que en el fondo pretende discutir el recurrente es la interpretación de la excepción hecha por la Sala demandada, interpretación que sin embargo es de competencia exclusiva del juez penal.

5. En el presente caso, la Sala Penal emplazada condena al recurrente por el delito de peculado de uso, por considerar que don Roberto Torres Gonzales, en su condición de Alcalde Provincial de Chiclayo, permitió que se use indebidamente el vehículo oficial camioneta de la placa PIO-62 Toyota, de propiedad de la Municipalidad Provincial de Chiclayo, para trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo, donde realizaban actividades recreacionales. Esta conducta, sin embargo, de acuerdo al demandante no sería típica, pues de acuerdo a la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal: “No están comprendidos en este artículo **los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo**”. En efecto, de acuerdo al recurrente, “basta con que la camioneta haya sido asignada a mi uso personal para que no sea aplicable el tipo penal de peculado de uso, independientemente de que se afirme que el vehículo haya estado siendo utilizado por mi persona o por mis hijos” (contestación de demanda, fojas 56). En dicho contexto, el demandante alega que la sentencia condenatoria adolece de una debida motivación, pues no expone las razones por las cuales ha optado por utilizar una *interpretación restrictiva* de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, que regula el delito de peculado de uso.
16. En el cuarto párrafo de la aludida sentencia (fojas 43), los jueces emplazados han esgrimido el siguiente razonamiento, decantándose por una interpretación restrictiva de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal. Así, la Sala emplazada ha expresado que:

“La exclusión vehículos motorizados del género vehículos a que se contrae el primer párrafo del citado artículo, se justifica no por su adscripción a un servicio público sino por criterio de funcionalidad: “estar destinados al servicio personal por razón del cargo”, excepción que como tal debe interpretarse en forma restringida, no pudiendo extenderse por ejemplo al concepto “servicio familiar por razón del cargo”, pues esta salvedad se prevé por la ley como *intuitu personae* (cfr. Lo previsto por el artículo 10 del código penal: “las prerrogativas que por razón de la función o cargo se reconocen a ciertas personas, habrán de estar taxativamente previstas en las leyes”). El Colegiado da cuenta, que la razón de la norma es loable. Si ésta se aplicara en toda su extensión y realidad, muy pocos agentes públicos se salvarían, pues es de público conocimiento que a diario se utilizan los vehículos del Estado. No hay duda del enorme perjuicio que ello ocasiona, si sumáramos todos los gastos ajenos al servicio (combustible, salario de chofer, pago de peajes, desgaste de vehículo, lavado y mantenimiento, etc.). Por eso, muchos sostienen que, para que esta figura no resulte lírica, hay que aplicar con todo rigor la norma y su excepción prevista en el art. 388 CP, sobre todo cuando están de por medio altos funcionarios públicos. Por tanto no se puede distorsionar tal excepción normativa diciendo, por ejemplo, que no está fuera del concepto de servicio y uso de un vehículo del Estado –asignado a un funcionario las 24 horas del día-, el llevar y traer por ejemplo a su esposa, hijos, conviviente, amigos y terceros en general, de una playa veraniega, aduciendo que su

cargo, movilidad y seguridad, se extiende a toda su familia y parientes con el uso de vehículo oficial y chofer asignado a su jefatura”.

17. Este Tribunal aprecia que si bien la Sala emplazada ha llevado a cabo una interpretación correcta del sentido de la disposición normativa contenida en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, en tanto el “uso personal del vehículo”, excluido de tipificación penal, no puede incluir un uso ajeno al funcionario, léase uso “familiar” o “amical” del mismo, dado que la razón de la exención normativa es la facilitación del desenvolvimiento y seguridad del alto funcionario (por lo que se permite un uso más allá de las funciones oficiales), también es cierto que una interpretación excesivamente rígida de esta exclusión puede llevar a desnaturalizar el sentido mismo de la excepción típica. En efecto, si bien el vehículo oficial del alto funcionario no puede ser destinado al “uso personal” del cónyuge, hijos u otros familiares del funcionario o como vehículo que sirva de movilidad permanente a otra persona distinta del funcionario (conducta que debe ser calificada como peculado de uso), tampoco puede considerarse que cualquier uso que se haga del vehículo por una persona distinta del funcionario constituye una conducta típica. Y es que muchas veces el vehículo oficial del alto funcionario, de modo inevitable, es utilizado por otras personas sin que ello distorsione necesariamente el “uso personal” que el funcionario hace de él. Si tenemos en cuenta el círculo de familiares o personal de confianza que desarrollan múltiples actividades conjuntamente con el alto funcionario o por encargo de él, resulta desproporcionado entender que en cada uno de estos casos, característicamente circunstanciales, se tipifica el delito de peculado de uso, máxime si las actividades desarrolladas con los integrantes de la familia nuclear, principalmente, pueden considerarse como parte de las actividades personales del funcionario, de un modo prácticamente indesligable.

Así, una línea de aplicación rígida de la interpretación restrictiva efectuada por la Sala emplazada, en el sentido de que la exención típica “servicio personal por razón del cargo”, se llena de contenido, en exclusividad, con los usos estrictamente *individualizados* del funcionario, de modo que sólo éste puede usar dicho vehículo, supondría restringir en extremo el sentido de la exención, y convertiría la prerrogativa en una camisa de fuerza que la haría casi impracticable, pues el funcionario estaría siempre cuidándose de que nadie distinto de él se encuentre en el vehículo, ante la amenaza de que un comportamiento distinto configuraría tipicidad por peculado de uso. Una exigencia de razonabilidad en la aplicación de la exención estipulada en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal se impone, por tanto, de modo que no mantenga a dichos funcionarios en un régimen de persecución desproporcionada, ni les abra posibilidades de abuso del referido bien público.

8. En dicho contexto, este Tribunal considera que si bien la interpretación restrictiva que efectuó la Sala emplazada fue correcta en cuanto al sentido de la excepción típica prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal, dado que consideró que “el uso personal del vehículo” excluye “el uso familiar” del mismo, existe una **motivación insuficiente** en cuanto a los términos en los cuales cabe entender que un “uso familiar” del vehículo resulta excesivo y totalmente ajeno a las razones de funcionalidad de la excepción penal en cuestión, dado que, como ya se dijo existe la posibilidad de que en algunos casos dicho “uso familiar” no constituya una acción típica. No ha efectuado, pues, la Sala emplazada un examen de razonabilidad de los términos en los cuales cabe excluir ciertas acciones de la esfera de aplicación de la excepción prevista en el tercer párrafo del artículo 388 del Código Penal o de los términos en los cuales cabe incluir dichas acciones. En el caso específico del Alcalde de la Municipalidad de Chiclayo, don Roberto Torres Gonzales, la Sala no ha precisado por qué es que el hecho de trasladar a sus hijos al Jockey Club de Chiclayo en el vehículo oficial, *un día* en que el Alcalde había viajado a la ciudad de Lima, constituye un “uso familiar” del vehículo, ajeno a todo margen de razonabilidad, que se encuadre más bien como un uso **exclusivo y sistemático** del vehículo oficial por personas distintas del funcionario. En consecuencia, este Tribunal estima que la sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, ha afectado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.
19. Por último, en cuanto al alegato de que la Sala Penal emplazada no ha tomado en cuenta la ejecutoria suprema dictada por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema en el Exp. N° 05-2008, caso Luis Alberto Mena Núñez, la cual expresa un criterio opuesto al adoptado por los jueces demandados, este Tribunal estima que si bien dicha ejecutoria podía ser ilustrativa en cuanto a la definición de la excepción típica, la misma no es vinculante, pues representa un único criterio que no ha sido confirmado por otras ejecutorias o fijado como doctrina jurisprudencial en un Pleno Casatorio de la Corte Suprema.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, en uso de las atribuciones que le confieren la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda en el extremo relacionado con la vulneración de los derechos al juez predeterminado por ley y al juez imparcial.
2. Declarar **FUNDADA** la demanda al haberse acreditado la vulneración del derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales; en consecuencia, **NULA** la Sentencia N° 33-2012, de fecha 22 de mayo de 2012, Expediente N° 1488-20111-96-1706-JR-PE-06, expedida por la Segunda Sala Penal de Apelaciones de la Corte

Superior de Justicia de Lambayeque, que condenó a Roberto Torres Gonzales por delito de Peculado de Uso a dos años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución. **DISPONER** que la Sala emplazada emita nueva resolución, teniendo en cuenta lo expresado en los fundamentos 17 y 18 de la presente sentencia.

3. Poner la presente sentencia en conocimiento de la Oficina de Control de la Magistratura, de acuerdo a lo expresado en los fundamentos 10 y 11.

Publíquese y notifíquese.

SS.

MESÍA RAMÍREZ
BEAUMONT CALLIRGOS
ETO CRUZ
ÁLVAREZ MIRANDA

