



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N. ° 1609-2019/MOQUEGUA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título. Peculado por apropiación. Infracción de deber. Principio de confianza. Motivación

Sumilla. **1.** Todo hecho que constituye el objeto del proceso (imputación, punibilidad, determinación de la sanción penal y responsabilidad civil) debe ser corroborado mediante pruebas introducidas legalmente al mismo con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el juez. **2.** Una excepción, permitida al amparo de los artículos 156, apartado 3, y 350, apartado 2, del Código Procesal Penal, es la convención probatoria. Ésta constituye un acuerdo en forma (formalizado) de las partes procesales sobre hechos –siempre sobre circunstancias, no sobre el núcleo de la imputación– que no controvierten –o, mejor dicho, expresamente aceptados– y sobre medios de prueba necesarios para acreditar un hecho, que al ser aprobados por el Juez de la Investigación Preparatoria, dispensan de la carga de probarlos y, en su caso, determinan un medio de prueba convenido para acreditar determinados hechos (circunstancias), lo que luego no podrá ser discutido durante el plenario. **3.** Las exigencias probatorias están en función o relación a los hechos abstractos fijados en el tipo penal y a los hechos concretos materia de la acusación –el segundo debe subsumirse en el primero–. En materia de delitos de infracción de deber, específicamente de peculado, lo que se castiga es que el agente oficial tenga caudales o efectos públicos (encomendados para atender necesidades del bien común y que se hallen en el circuito público) –lo que es patente en el presente caso y constituyen el objeto material del delito– por razón de sus funciones, en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa –aunque en muchos casos es posible una concepción más flexible de este requisito, tales como disposición de los bienes con ocasión de sus funciones o disposición de facto de los mismos–. **4.** La variable de apropiación exige (i) que el caudal o efecto público esté bajo su administración y que el agente oficial deba disponerlos a los fines de satisfacer el bien común (concretamente, en los marcos de los desastres naturales sufridos en la Región Moquegua), y (ii) que, pese a ello, se los apodera, vale decir, dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio. **5.** Constituye una exclusión del principio de confianza, el supuesto de quien debe controlar la actuación o el trabajo de otro.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiséis de julio de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de casación, por infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación, interpuesto por el Señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas novecientos setenta y cinco, de diez de julio de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas novecientos veintinueve, de veintisiete de marzo de dos mil diecinueve, absolvió a Christian Mario Rospigliosi Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de

perculado doloso con agravantes en agravio del Gobierno Regional de Moquegua; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que, conforme a la Disposición 02-2016-6 DE-FPCEDCF-MOQUEGUA de formalización y continuación de investigación preparatoria, de fojas seis, de trece de septiembre de dos mil dieciséis, emitida por la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Moquegua, y la subsanación del requerimiento acusatorio, de fojas treinta y cinco, de seis de septiembre de dos mil dieciocho, los hechos materia de acusación son los siguientes:

1. Circunstancias precedentes. El diecisiete de febrero de dos mil quince, mediante Acuerdo de Consejo Regional 20-2015-CR-GRM se declaró en situación de emergencia la provincia de Mariscal Nieto y la provincia General Sánchez Cerro de la Región Moquegua por el plazo de sesenta días calendario ante los desastres por fenómenos de lluvias. En tal virtud, el Gobierno Regional de Moquegua requirió donaciones a las empresas mineras Southern Copper Corporation (SPCC) y Anglo American Quellaveco, de modo que ambas empresas donaron tres mil quinientos galones y tres mil galones (seis mil quinientos en total) de petróleo diésel - dos, respectivamente, los cuales fueron recibidos por el imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza en representación del Gobierno Regional de Moquegua para emplearlos en fines asistenciales, esto es, para mitigar los daños (lluvias e ingreso de quebradas) causados por las intensas lluvias a inicios de dos mil quince. El citado encausado Rospigliosi Mendoza ocupó el cargo de Jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua entre el siete de enero de dos mil quince al dieciséis de marzo de dos mil quince, y con posterioridad, a partir del diecisiete de marzo de dos mil quince, ejerció el cargo de asistente técnico en dicha Oficina.
2. Circunstancias concomitantes. El imputado Rospigliosi Mendoza utilizó un cuaderno con la finalidad de llevar una suerte de registro del abastecimiento de combustible donado desde el quince de febrero al treinta y uno de marzo de dos mil quince, al que denominó “Cuaderno de Registro y Suministro de Combustible Donado por las empresas mineras Southern Copper Corporation y Anglo American Quellaveco”. Sobre la base de dicho cuaderno elaboró formatos con el nombre de “Control de Combustible”. Posteriormente, ante el pedido de las empresas donantes en relación a que se les informe y sustente la administración que se dio al combustible donado, el encausado Rospigliosi Mendoza elaboró y suscribió una serie de documentos basados en datos extraídos de los cuadernos mencionados.

Estos documentos eran los siguientes: (i) informe 039-2015-OSEM-GRI/GR.MOQ, de diecinueve de febrero de dos mil quince, que graficó un cuadro que detalla el operador, vehículo, destino y galones de combustible suministrado (1000); (ii) carta 002-2015-CRM, de veintitrés de julio de dos mil quince, que amplió la información sobre el uso y distribución del combustible y adjuntó variada documentación (cuatro cuadros); y, (iii) carta 003-2015-CRM, de tres de agosto de dos mil quince, que adjuntó nuevamente los cuatro cuadros anteriores y cuarenta y un fotografías que corresponderían a los sectores intervenidos.

∞ Empero, las cantidades de galones de combustible consignadas en el citado “Cuaderno de Registro y Suministro de Combustible Donado” y los formatos “Control de Combustible” fueron adulterados (“infladas”) por el imputado Rospigliosi Mendoza. Estas sumas adulteradas también fueron consideradas en el informe y las cartas que remitió a las empresas donantes a fin que coincidan con el combustible donado (seis mil quinientos galones). La pericia de grafotecnia 077-2016 estableció que ochocientos seis galones de petróleo diésel dos fueron considerados cuando en realidad no se utilizaron (adulterados), cuyo valor es de siete mil quinientos sesenta soles con sesenta céntimos, y el informe pericial contable de veintidós de agosto de dos mil diecisiete concluyó que como máximo se utilizaron en realidad cinco mil seiscientos noventa y cuatro galones de petróleo diésel dos. Tal situación fue establecida por el Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Moquegua, que informó sobre un riesgo potencial de que el combustible haya sido utilizado con fines distintos a los objetivos institucionales.

∞ Los registros fotográficos que el imputado Rospigliosi Mendoza adjuntó en la carta 003-2015-CRM, de tres de agosto de dos mil quince, que remitió a las empresas donadoras supuestamente dieron cuenta de trabajos de limpieza por la entrada del río en la avenida veinticinco de noviembre, Cercado, Moquegua. No obstante ello, las fotografías corresponden a otras fechas, pues dicho sector no sufrió daños, conforme el informe de riesgos ocasionados de la Oficina de Defensa Civil del Gobierno Regional de Moquegua. De los cuadros que anexó el imputado Rospigliosi Mendoza tampoco se advierte que haya suministrado combustible a dicha zona. Por su parte, el jefe actual de la OSEM, Jesús Alvarado Pacheco, informó que de los tres mil quinientos galones de petróleo Diesel que donó la empresa SPCC sobran tres galones (según Kardex de combustible), pero Rospigliosi Mendoza en el cuadro tres que anexó a las cartas que envió a las empresas donantes indicó que se habían diluidos, cuando habían sido declarados como “sobrante”.

3. Circunstancias posteriores. El gerente de relaciones comunitarias y fondos sociales de la empresa Anglo American Quellaveco mediante carta de diez de marzo de dos mil quince y escrito de doce de octubre de dos mil quince

requirió al presidente del Gobierno Regional de Moquegua, Jaime Rodríguez Villanueva, que le remita un informe en torno al uso del combustible donado. Pese a tales requerimientos el imputado Rospigliosi Mendoza no cumplió con informar oportunamente y enviar dicha información. El Gobierno Regional de Moquegua después de nueve meses brindó respuesta a la mencionada empresa donante mediante cartas de diecinueve de noviembre de dos mil quince y quince de diciembre de dos mil quince.

SEGUNDO. Que, respecto del trámite de la causa, se tiene lo siguiente:

1. El Ministerio Público formuló requerimiento acusatorio el siete de junio de dos mil dieciocho, subsanado el seis de septiembre de dos mil dieciocho, contra Christian Mario Rospigliosi Mendoza en calidad de servidor público (del quince de febrero al treinta y uno de marzo de dos mil quince, cuando ocupaba el cargo de jefe encargado de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico OCEM y después, del diecisiete de marzo de dos mil quince, cuando detentaba el puesto de asistente técnico - coordinador de uso de maquinaria equipos a cargo de la OSEM del Gobierno Regional de Moquegua) como autor del delito de peculado doloso por apropiación en su modalidad de agravada de ochocientos seis galones de petróleo diésel dos valorizado en siete mil quinientos setenta soles con sesenta céntimos, recibidos en calidad de donación, previsto y sancionado en el artículo 387, primer y tercer párrafo, del Código Penal, según la Ley 30111, en agravio del Estado – Gobierno Regional de Moquegua. Requirió ocho años y ocho meses de pena privativa de la libertad, cuatrocientos veinticinco días multa. El actor civil solicitó quince mil quinientos setenta soles, con sesenta céntimos por concepto de reparación civil.
2. Declarada la validez formal de la acusación se dictó el auto de enjuiciamiento de fojas setenta y seis, de veintisiete de septiembre de dos mil dieciocho, por el que declaró saneada la acusación fiscal y admitió medios de prueba: *(i)* pericia de grafotecnia 077-2016, del catorce de noviembre de dos mil dieciséis; *(ii)* declaración sobre el informe pericial contable de fecha veintidós de agosto de dos mil diecisiete; *(iii)* oficio 1563-2015G/GR.MQR, de uno de diciembre de dos mil quince; *(iv)* oficio 402-2015 de veinticinco de junio de dos mil quince; *(v)* Manual de Organización y Funciones, en el que figuran las funciones del imputado como Jefe de OSEM en lo que concierne al servicio de maquinarias y equipos; *(vi)* cartas AAQSA-Q1CO-OLT-000138, de trece de febrero de dos mil quince, AAQSA-Q1CP-OLT-00270, de nueve de marzo de dos mil quince, y carta AAQSA-Q1CO-OLT-00395, así como carta SLS-0046-16, de veinte de enero de dos mil dieciséis, remitida por Southern Copper Corporation; *(vii)* informes 039-2015-OSEM-GRI/GR.MOQ, de diecinueve de febrero de dos mil quince, el informe número 111-2015 OSEM-

GRI/GR.MOQ, de veintiséis de marzo de dos mil quince, sobre uso de combustible donado por Southern Copper Corporation (SPCC) y Anglo American Quellaveco, respectivamente; (viii) carta 002-2015-CRM, de veintitrés de julio de dos mil quince, y carta 003-2015-CRM, de tres de agosto de dos mil quince, así como cuaderno de registro y suministro de combustible donado por ambas empresas, con rubrica y visto bueno del encausado Rospigliosi Mendoza.

3. Posteriormente se dictó el auto de citación a juicio oral de fojas novecientos doce, de veinticinco de octubre de dos mil dieciocho. Culminado el citado juicio oral, mediante sentencia de primera instancia, de fojas novecientos veintinueve, de veintisiete de marzo de dos mil diecinueve, se absolvió a Rospigliosi Mendoza, en base a los siguientes argumentos.
 - A. No se probó que el encausado Rospigliosi Mendoza modificó el “Cuaderno de Registro”. El perito Adán LLamoca Lastarria sostuvo que no determinó de qué puño gráfico proviene la adulteración porque ello no fue solicitado por el Ministerio Público.
 - B. No se probó que el imputado Rospigliosi Mendoza tenga relación funcional directa con el combustible y tampoco se probó que tuvo disponibilidad jurídica del mismo, conforme a las declaraciones de los testigos Porfirio Eleazar Cuayla Mamani, Fredi Luis Mamani Mamani, Jesús Ángel Alvarado Pacheco, Francisco Freddy Coayla Mamani, Yoselyne Meneses Sánchez, Mao Richard Yufra Mendoza y Brenzon Carlos Zúñiga Saira. Ellos indicaron, en resumen, que el mencionado procesado no apuntaba en el “Cuaderno de Registro de Combustible”, ni estaba a cargo del combustible (no tenía disposición directa sobre el mismo), sino el encargado era “Leo” o “Leonel Gonzales”. Por tanto, el imputado Rospigliosi Mendoza no tenía poder de vigilancia o control sobre el combustible, pues otra persona estaba a cargo y llevaba un control de su distribución en el cuaderno respectivo.
4. La señora fiscal provincial interpuso el recurso de apelación de fojas novecientos cuarenta y siete, de dieciséis de abril de dos mil diecinueve. Argumentó que en la sentencia de primera instancia no hubo pronunciamiento sobre si el combustible estuvo en posesión o no del imputado Rospigliosi Mendoza en virtud de las atribuciones o deberes propios de su cargo, es decir, si el control de la administración del combustible donado era parte de sus funciones. Al respecto, de acuerdo al Manual de Organización y Funciones (MOF) y al Oficio 402-2015-ORCI/GR.MOQ del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Moquegua, la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) se encargaba del uso, control y racionalización del combustible asignado a vehículos y maquinarias, de modo que el responsable era el imputado Rospigliosi Mendoza, primero como jefe de la OSEM y luego como asistente de dicha oficina.

∞ Entendió que el Juzgado Penal debió establecer que las funciones del encausado Rospligiosi Mendoza, más allá contacto físico y directo con el combustible, estaban en función a los documentos de gestión de la entidad regional. De otro lado, para descartar la apropiación, el Juzgado Penal se remitió a consignar argumentos acerca de la “relación funcional” y de “administración”.

∞ Resaltó que la pericia de grafotecnia determinó que el “Cuaderno de Registro” tenía adulteraciones. Éste era utilizado por el imputado y en cada folio tenía su firma y sello, de acuerdo a lo que sostuvieron los testigos Porfirio Eleazar Cuayla Mamani, Fredi Luis Mamani Mamani y Francisco Freddy Coayla Mamani.

∞ A final de cuentas, el procesado Rospligiosi Mendoza rindió cuentas mediante documentos suscritos por él basándose en información adulterada. Asimismo, este dato evidencia que él era el responsable de la administración del combustible.

5. Mediante sentencia de vista, de fojas novecientos setenta y cinco, de diez de julio de dos mil diecinueve, se confirmó la sentencia absolutoria de primera instancia. El Tribunal Superior apuntó lo siguiente:

- A. El acusado Rospligiosi Mendoza no negó que haya recibido las donaciones de combustible, pero alegó que él no era el encargado de abastecer y llevar el control del combustible, sino el servidor Leonel Gonzales. Si bien firmó como jefe de la OSEM (Oficina de Servicio y Equipo Mecánico) del Gobierno Regional de Moquegua el cuaderno de control, desconocía que su contenido estaba adulterado. No cuestionó que dicho cuaderno haya estado adulterado, pero no aceptó que él lo haya hecho, por lo que solo es materia de análisis la vinculación del imputado Rospligiosi Mendoza con el delito. El encausado no concurrió a la audiencia de juicio oral, por lo que no prestó declaración.
- B. El Fiscal convino en la audiencia de apelación que en la jefatura de la OSEM laboraba el servidor Leonel Gonzales, quien se encargaba de realizar el suministro del combustible a las diversas unidades y maquinarias que lo requerían, así como utilizaba el cuaderno de registro y lo llenaba. Otro hecho convenido es que la pericia contable se realizó basándose únicamente en la pericia de grafotecnia que determinó adulteraciones y una diferencia de ochocientos seis galones de combustible, sin verificar ninguna otra documentación o registros.
- C. No está en cuestionamiento que el encausado Rospligiosi Mendoza era el jefe de la OSEM del Gobierno Regional de Moquegua y que recibió en calidad de donación seis mil quinientos galones de combustible que ingresaron a la Oficina de su jefatura –cuyo destino era abastecer los vehículos del gobierno regional–, lo que era parte de sus funciones de la OSEM, conforme al Manual de Organización y Funciones (MOF).

- D.** Sobre la base de lo convenido en la audiencia de apelación se tiene por acreditado que en la jefatura de la OSEM laboraba el servidor Leonel Gonzales, quien se encargaba específicamente de realizar el suministro del combustible a las diversas unidades y maquinarias que lo requerían, así como utilizaba el “Cuaderno de Registro” y lo llenaba. El servidor Leonel Gonzáles era el encargado de llevar, utilizar, registrar y anotar a manuscrito en el “Cuaderno de Registro” de todo el abastecimiento. Por consiguiente, se desacreditó con suficiencia que el imputado Rospligiosi Mendoza era el encargado de realizar los suministros de combustible a las unidades operativas y de registrarlo en el cuaderno pertinente, y se estableció que actuó bajo el principio de confianza, al existir una distribución funcional.
- E.** Era obvio que ante el requerimiento de información el jefe de la OSEM tenía que basarse en su única fuente de control, esto es, el “Cuaderno de Registro”, por lo que los informes que confeccionó el encausado Rospligiosi Mendoza son actos propios de su función.
- F.** Asimismo, la pericia de grafotecnia solo determinó que existían adulteraciones en el “Cuaderno de Control de Registro”, pero no de dónde provenía tales adulteraciones. Esto debió haber sido solicitado por el Ministerio Público durante la investigación preparatoria, pero tal omisión no puede ser trasladada al imputado.
- G.** Debe prevalecer el principio de presunción de inocencia. Está proscrita la responsabilidad objetiva.
- 6.** Contra la sentencia de vista el señor fiscal superior interpuso recurso de casación. El recurso corre en el escrito de fojas mil dos, de veinticuatro de julio de dos mil diecinueve.

TERCERO. Que el señor Fiscal Superior en su escrito de recurso de casación, denunció los motivos de casación de infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación (artículo 429, incisos 3 y 4, del Código Procesal Penal).

∞ Argumentó que se interpretó indebidamente el principio de confianza y los alcances de la posición de garante y del deber de vigilancia; que el imputado tenía un deber especial de vigilancia y funciones de control respecto del uso y abastecimiento del combustible; que la sentencia no se basó en información objetiva y omitió tener en cuenta el Manual de Operación y Funciones (MOF).

CUARTO. Que, conforme a la Ejecutoria Suprema de fojas cincuenta y uno del cuaderno de casación, de veintidós de mayo de dos mil veinte, es materia de dilucidación en sede casacional la causal de infracción de precepto material y la causal de violación a la garantía de motivación previstas en el artículo 429, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal, por infracción de los supuestos de imputación objetiva del tipo penal de peculado doloso por apropiación –destino del

combustible donado por empresas mineras para mitigar los desastres por las lluvias ocurridas en la región Moquegua– y, defectos constitucionales en la motivación de la absolución, en orden a las inferencias probatorias y a los medios de prueba ignorados.

QUINTO. Que, instruidas las partes de la admisión del recurso de casación, materia de la resolución anterior –sin la presentación de alegatos ampliatorios por alguna de ellas–, se expidió el decreto de fojas cincuenta y siete del cuaderno de casación, de dieciocho de junio del año en curso, que señaló fecha para la audiencia de casación para el día lunes diecinueve de julio de este año. El mismo día, con posterioridad a la audiencia de casación, la Fiscalía Suprema presentó un requerimiento escrito por el que planteó se declare fundado el recurso de casación.

SEXTO. Que, según el acta adjunta, la audiencia pública de casación se realizó con la intervención de la Fiscal Adjunta Suprema en lo Penal doctora Edith Alicia Chamorro Bermúdez.

SÉPTIMO. Que concluida la audiencia, a continuación e inmediatamente, en la misma fecha, se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios (por unanimidad), corresponde dictar la sentencia casatoria pertinente, cuya lectura se programó en la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que la censura casacional está referida a la determinación de la autoría del imputado Rospigliosi Mendoza respecto de la apropiación de parte del petróleo diésel dos donado por dos empresas mineras al Gobierno Regional de Moquegua, en función a su **cargo funcional específico** y a la aplicación del **principio de confianza** que excluiría la imputación objetiva del delito de peculado al citado encausado. También es materia de análisis casacional la completitud y la racionalidad de la motivación fáctica.

∞ Desde ya es de precisar que un principio probatorio básico en el proceso penal contemporáneo es el de necesidad de prueba, compatible con el principio de averiguación de la verdad y, para su descubrimiento, el principio de investigación. En su virtud, conforme al artículo 156, apartado 1, del Código Procesal Penal, todo hecho que constituye el objeto del proceso (imputación, punibilidad, determinación de la sanción penal y responsabilidad civil) debe ser corroborado mediante pruebas introducidas legalmente al mismo con independencia del conocimiento que de tales hechos tenga el juez. Esto no impide, desde luego, que sea oficiosamente el mismo juez quien introduzca el elemento probatorio (ex artículos 155, apartado 3, y 385, apartado 2, del citado Código), pero no

podría suplirlo por su conocimiento privado. No se está ante una lógica dispositiva, propia del proceso civil, en que solo se prueba lo controvertido por las partes.

∞ Una excepción a la necesidad de prueba y al principio de investigación es la convención probatoria, permitida al amparo de los artículos 156, apartado 3, y 350, apartado 2, del Código Procesal Penal. Ésta constituye un acuerdo en forma (formalizado) de las partes procesales sobre hechos –siempre sobre circunstancias, no sobre el núcleo de la imputación– que no controvierten –o, mejor dicho, expresamente aceptados– y sobre medios de prueba necesarios para acreditar un hecho, que al ser aprobados por el Juez de la Investigación Preparatoria, dispensan de la carga de probarlos y, en su caso, determinan un medio de prueba convenido para acreditar determinados hechos (circunstancias), lo que luego no podrá ser discutido durante el plenario. Es una institución procesal, anómala desde luego y de interpretación restrictiva, que solo se configura a iniciativa y con acuerdo de las partes, así como aprobada expresamente por el juez, quien incluso puede rechazarla motivadamente.

∞ En el *sub-lite* no hubo convenciones probatorias. Luego es un error afirmar que el Fiscal Superior convino, en la audiencia de apelación (sic), que en la Jefatura de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua prestaba servicios LEONEL GONZÁLES PEÑARES, de quien el Tribunal Superior coligió que sería el responsable directo del manejo del combustible donado (ver: folio diecinueve: punto 1.7). De otro lado, los letrados (incluido el fiscal), en sus alegaciones, no pueden “convenir” nada y sus afirmaciones en el debate oral, como premisa de su discurso forense defensivo en orden a su posición procesal, no son fuente de prueba.

SEGUNDO. Que el delito de *pseulado* por apropiación, materialmente, es uno de infracción de deber, en cuya virtud las relaciones entre el agente oficial y el bien están definidas esencialmente por medio de un estatus del autor en relación con el bien, que se encuentra estrechamente vinculado a contextos normados –su responsabilidad o autoría se determina por medio de ese estatus, de una competencia institucional, no por medio de su ámbito de organización–. Este delito concreto, sin embargo, asumiendo la propuesta de SILVA SÁNCHEZ, también exige un elemento de dominio u organización trascendente a la pura vinculación institucional entendida como una organización común, lo que importaría que los *extranei*, que no infringen el deber institucional pero que dominan la dimensión de organización del delito o contribuyen a ella y no vulneran el deber institucional, puedan ser castigados tomando el marco penal del tipo delictivo que rige para el autor o *intranei* [vid.: VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD: *Los delitos contra la Administración Pública en el Perú: aproximación a una propuesta tripartida*. En: *Delitos contra la Administración Pública* (GARCÍA CAVERO – VÍLCHEZ CHINCHAYÁN: Directores), Editorial Ideas, Lima, 2020, pp. 26/29, 45].

TERCERO. Que, en el presente caso, como se ha señalado en ambas sentencias de mérito, en función a su competencia institucional el encausado ROSPIGLIOSI MENDOZA recibió el petróleo diésel dos donado por las dos empresas mineras (Southern y Quellaveco) y era la Oficina que dirigía la que debía administrar su utilización, en función a los vehículos del Gobierno Regional de Moquegua y respecto de la emergencia que se presentó en la Región. De igual manera, las sentencias de mérito declararon probado que con fines de control del combustible se abrió un “Cuaderno de Registro”, el cual visaba el citado encausado Rospigliosi Mendoza. Asimismo, en ese “Cuaderno de Registro” se descubrieron veintiuna adulteraciones en las diversas anotaciones, al punto que se detectó una apropiación de ochocientos seis galones de petróleo diésel dos donados por un monto de siete mil quinientos sesenta soles con sesenta céntimos.

∞ De igual modo, en la sentencia de vista se reconoció que el Manual de Organización y Funciones de la Jefatura que detentaba Rospigliosi Mendoza establecía en su apartado 3.5, que le correspondía, entre otros, organizar, coordinar, dirigir, ejecutar, controlar y evaluar el servicio de maquinarias y equipos como soporte logístico (ver: folio veinte de la sentencia de vista: 2.2).

∞ Empero, el Tribunal Superior agregó que en esa Oficina el encargado directo de la función específica de suministrar el combustible donado a las diferentes unidades y maquinarias que requerían combustible y realizar los registros o las anotaciones en el referido “Cuaderno de Registro” era el servidor LEONEL GONZALES PEÑARES. Por lo demás, acotó que el imputado Rospigliosi Mendoza no efectuó las adulteraciones desde que el perito grafotécnico Llamoca Lastarria se concentró en la existencia de adulteraciones –cuya realidad no se cuestiona– y no de la determinación de la autoría de aquéllas. Se invocó, al respecto, el principio de confianza y, en lo específico de Rospigliosi Mendoza, que realizó actos inocuos propios de su función, es decir, actos neutrales (ver: folios 21 y 22 de la sentencia de vista: puntos 4, 7 y 8).

CUARTO. Que, ahora bien, es obvio que las exigencias probatorias están en función o relación a los hechos abstractos fijados en el tipo penal y a los hechos concretos materia de la acusación –el segundo debe subsumirse en el primero–. En materia de delitos de infracción de deber, específicamente de *peculado*, lo que se castiga es que el agente oficial tenga caudales o efectos públicos (encomendados para atender necesidades del bien común y que se hallen en el circuito público) –lo que es patente en el presente caso y constituyen el objeto material del delito– por razón de sus funciones, en virtud de la función atribuida al puesto que desempeña en la estructura administrativa –aunque en muchos casos es posible una concepción más flexible de este requisito, tales como disposición de los bienes con ocasión de sus funciones o disposición de facto de los mismos– [conforme: DE URBINA GIMENO, IÑIGO y otros: *Lecciones de*

Derecho Penal – Parte Especial, 6ta Edición, Editorial Atelier, Barcelona, 2019, pp. 383/384]. La variable de apropiación exige (i) que el caudal o efecto público esté bajo su administración y que el agente oficial deba disponerlo a los fines de satisfacer el bien común (concretamente, en los marcos de los desastres naturales sufridos en la Región Moquegua), y (ii) que, pese a ello, se los apodera, vale decir, dispone de ellos como si formaran parte de su propio y exclusivo patrimonio [conforme: SALINAS SICCHA, RAMIRO: *Delitos contra la Administración Pública*, 3ra. Edición, Editorial Grijley, Lima, 2014, p. 311].

QUINTO. Que, como fluye de autos y ha sido enfatizado por los jueces de mérito, el imputado ROSPIGLIOSI MENDOZA recibió el combustible donado y la Oficina a su cargo debía administrarlo para su entrega a las unidades vehiculares del Gobierno Regional de Moquegua vinculadas a la superación de los desastres por lluvias. Parte de este petróleo diésel dos fue desviado, fue objeto de apropiación; y, para ocultar la apropiación, se adulteró los registros o las anotaciones en el “Cuaderno de Registro”.

∞ La prueba pericial es contundente al respecto, pero cuya interpretación y alcances ha sido tergiversada por los jueces de mérito. En efecto, la adulteración alcanzó los ochocientos seis galones y sobre esa base se valorizó el monto apropiado: siete mil quinientos setenta soles con sesenta céntimos. Entenderlo así configura, en todo caso, una inferencia correcta. Que la pericia grafotécnica no se pronunciara acerca de quién efectuó las adulteraciones, no es relevante para determinar la realidad de los cambios efectuados y, desde su acreditación, determinar los galones apropiados y su tasación.

∞ Por otra parte, en términos de interpretación o traslación –que, por cierto, no está influido por el principio de inmediación, radicado este último solo en la valoración del elemento de prueba– es patente lo siguiente: **1.** Según declaró el Jefe de la OSEM a partir del diecisiete de marzo, Jesús Ángel Alvarado Pacheco, quien tenía a su cargo el citado “Cuaderno de Registro” era el encausado Rospigliosi Mendoza y ordenaba el control del combustible. **2.** El Operador de Volquete Francisco Freddy Coayla Mamani señaló que el imputado Rospigliosi Mendoza era quien hacía las coordinaciones correspondientes. **3.** La trabajadora del Taller del Gobierno Regional, Silvia Yoselyne Meneses Sánchez, anotó que el acusado Rospigliosi Mendoza recibió el combustible donado y lo administraba, aunque no lo vio hacerlo. **4.** El Operador de Volquete Anibal Condori Pilco apuntó que era el procesado Rospigliosi Mendoza quien ordenaba que se proporcione combustible a las unidades, pero quien lo efectivizada era otro personal –el grueso de los testigos señalan a Leonel Gonzales Peñares, tales como Cuayla Mamani, Mamani Mamani y Yufra Mendoza–.

∞ Respecto del hecho de la administración del petróleo diésel dos donado y de la orden específica para la provisión de combustible, así como de la titularidad del “Cuaderno de Registro”, los órganos jurisdiccionales de mérito tampoco

interpretaron correctamente la información de los testigos –incluso omitió lo que dijeron en este punto los testigos Alvarado Pacheco, Coayla Mamani y Condori Pilco, de suerte que se trataba de prueba decisiva– y no la vincularon, como correspondía, con las exigencias típicas, más aún si se está ante un delito de infracción de deber –esto último revela, en todo caso, una inferencia probatoria a la que se aplicó una máxima de la experiencia impertinente al no estar vinculada con los alcances y naturaleza del tipo delictivo acusado–. No se trata de si específicamente el imputado Rospigliosi Mendoza adulteró personalmente determinadas anotaciones en el “Cuaderno de Registro” –no es un delito de dominio para el *intrañei*, desde que el factor de imputación es la infracción de un deber específico en función a su rol en la institución pública, al contorno de las normas extrapenales de referencia (no es relevante el dominio del riesgo)–. Lo significativo y cierto es que ROSPIGLIOSI MENDOZA administraba el petróleo diésel dos que fue donado, disponía la provisión del mismo a las unidades de la Región y el “Cuaderno de Registro” estaba a su cargo y bajo su control, más allá de que directamente un servidor bajo su mando (LEONEL GONZALES PEÑARES) efectuaba las anotaciones y se encargaba de surtir de combustible.

SEXTO. Que es de precisar que el delito de peculado se cometió en los marcos de una organización pública con definidas competencias institucionales internas. Así, es factible que la apropiación y, con ella, la falsedad documental, en términos específicos, la cometiera un dependiente –y que concurrentemente con otro agente oficial pudiera importar la comisión del delito–, pero el encausado Rospigliosi Mendoza como superior jerárquico, al no cumplir con sus deberes de control y vigilancia sobre aquél, también es responsable penal como autor. Es evidente, por lo demás, como una exclusión del principio de confianza, el supuesto de quien debe controlar la actuación o el trabajo de otro. El imputado Rospigliosi Mendoza tenía un deber positivo especial impuesto por su cargo y fijado en el Reglamento de Organización y Funciones de su dependencia pública; el debió haber evitado, y lo podía hacer, a partir del cumplimiento de este deber de control [conforme: GARCÍA CAVERO, PERCY: *Derecho Penal – Parte General*, 3ra. Edición, Editorial Ideas, Lima, 2019, pp. 434 y 487/488], tanto más si estaba cerca del servidor y realizaba tareas vinculadas al destino del combustible a las unidades de la Región y dispuso y visaba las anotaciones en el “Cuaderno de Registro” –en todo caso, nada se ha expuesto y explicado jurídicamente sobre tan importante punto–. Por lo demás, es relevante al respecto el mérito del oficio 402-2015-ORCI/GR-MOQ, de veinticinco de junio de dos mil quince, del Órgano de Control Institucional del Gobierno Regional de Moquegua, dio cuenta, al hacer una visita inopinada a la Oficina cuestionada, de las deficiencias técnicas relevantes y del proceder indebido en la gestión de entrega y registro del combustible [vid.: fundamento tercero, A.2, del folio 3 de la sentencia de primera instancia, e incorporado

como prueba según folio ochenta y cuatro, punto tercero, del auto de enjuiciamiento].

∞ Siendo así, es claro que no se interpretó correctamente los alcances del principio de confianza en delitos de infracción de deber y, por ende, se inaplicó, tergiversando su contenido, el tipo delictivo de peculado por apropiación.

SÉPTIMO. Que, en consecuencia, debe ampararse el recurso de casación acusatorio. El Tribunal Superior infringió las reglas determinantes de la imputación objetiva y subjetiva respecto del delito de peculado doloso por apropiación; y, también quebrantó el requisito material de toda sentencia: la motivación, pues incurrió en dos patologías de motivación: motivación incompleta y motivación irracional (sobre inferencias probatorias y máximas de la experiencia).

∞ El imputado Rospigliosi Mendoza no estuvo presente en la audiencia de apelación [ver: párrafo quinto, folio doce de la sentencia de vista]. Luego, la reconsideración de los hechos requiere de una nueva audiencia y, esencialmente, oír al imputado en tanto negó los cargos o, en todo caso, darle oportunidad efectiva de hacerlo, siendo insuficiente el visionado de las audiencias precedentes; incluso la audiencia es necesaria aun cuando la decisión de la cuestión de hecho se base en prueba documental, pericial o en una revisión de inferencias sobre la imputación subjetiva, salvo cuando el caso se limite a cuestiones estrictamente jurídicas y los hechos declarados en la instancia anterior no se alteren [ver: párrafo quinto, folio cuatro de la sentencia de primera instancia]. Lo señalado es conforme con reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que abordó la materia, entre otras, en las Sentencias Constantinescu contra Rumanía de veintisiete de junio de dos mil, Vílchez Cancedoy y otros contra España de trece de marzo de dos mil dieciocho, Almenara Álvarez contra España de veinticinco de octubre de dos mil once, Lacadena Calero contra España de veintidós de noviembre de dos mil once, Gómez Olmedo contra España de veintinueve de marzo de dos mil dieciséis, y Bazo Gonzales contra España de dieciséis de diciembre de dos mil ocho.

DECISIÓN

Por estos fundamentos: **I. Declararon FUNDADO** el recurso de casación, por infracción de precepto material y violación de la garantía de motivación, interpuesto por el Señor FISCAL SUPERIOR DE MOQUEGUA contra la sentencia de vista de fojas novecientos setenta y cinco, de diez de julio de dos mil diecinueve, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas novecientos veintinueve, de veintisiete de marzo de dos mil diecinueve, absolvió a Christian Mario Rospigliosi Mendoza de la acusación fiscal formulada en su contra por delito de peculado doloso con agravantes en agravio del Gobierno Regional



de Moquegua; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **II. CASARON** la sentencia de vista y actuando en sede de instancia **ANULARON** la sentencia de primera instancia. **III. DISPUSIERON** se realice nuevo juicio oral por otros jueces, en las dos instancias que pudieran tener lugar, los que tendrán en cuenta los criterios fijados en la presente sentencia casatoria; registrándose. **IV. ORDENARON** se lea la sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página Web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR