

PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



Informe Jurídico de la Casación N°1609-2019/MOQUEGUA

Trabajo de Suficiencia Profesional para optar el Título de Abogado

que presenta:

Francisco Santillán Mattos

ASESORA:

Elsa Jessica Sofia Calvo Daza

Lima, 2024

Informe de Similitud

Yo, ELSA JESSICA SOFIA CALVO DAZA, docente de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) del Trabajo de Suficiencia Profesional titulado "Informe Jurídico de la Casación N°1609-2019/MOQUEGUA", del autor(a) FRANCISCO SANTILLAN MATTOS, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 27%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software Turnitin el 05/07/2024.
- He revisado con detalle dicho reporte y el Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierten indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lima, 11 de julio del 2024

<u>ELSA JESSICA SOFIA CALVO DAZA</u>	
DNI: 71653681	Firma: 
ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6385-9152	

RESUMEN:

El presente informe tiene interés jurídico por la relevancia de los temas que aborda la Casación N° 1609-2019 – Moquegua. El caso implica el estudio de la absolución del encausado Christian Mario Rospigliosi Mendoza como autor del delito de Peculado doloso en agravio del Gobierno Regional de Moquegua, el cual es analizado por la Corte Suprema en virtud del recurso presentado por el despacho Fiscal Superior competente.

Se denunció que las instancias recurridas incurrieron en vulneraron el precepto material y de la garantía de motivación, acorde al artículo 429, incisos 3 y 4 del Código Procesal Penal. En ese sentido, el informe estudia la naturaleza jurídica del Principio de Confianza, la aplicación de la teoría de infracción de deber en el delito de peculado y sus consecuencias en la imputación objetiva. De manera complementaria se analiza la afectación constitucional a la debida motivación por ilogicidad e insuficiencia en la argumentación.

El informe plantea que las instancias recurridas interpretaron erradamente los alcances y aplicación del Principio de Confianza en el delito de Peculado. Ello produjo la exclusión de imputación del encausado en base a argumentos no motivados como consecuencia de inferencias probatorias que no se corresponden con fundamentos jurídicos desarrollados por la jurisprudencia, la doctrina, y la razonabilidad exigible a la actuación jurisdiccional.

Palabras clave: Principio de Confianza, peculado, infracción de deber, imputación objetiva, debida motivación.

ABSTRACT:

This report has legal interest due to the relevance of the issues addressed by Cassation No. 1609-2019 – Moquegua. The case involves the study of the acquittal of the accused Christian Mario Rospigliosi Mendoza as the author of the crime of intentional embezzlement to the detriment of the Regional Government of Moquegua, which is analyzed by the Supreme Court by virtue of the appeal presented by the competent Superior Prosecutor's office.

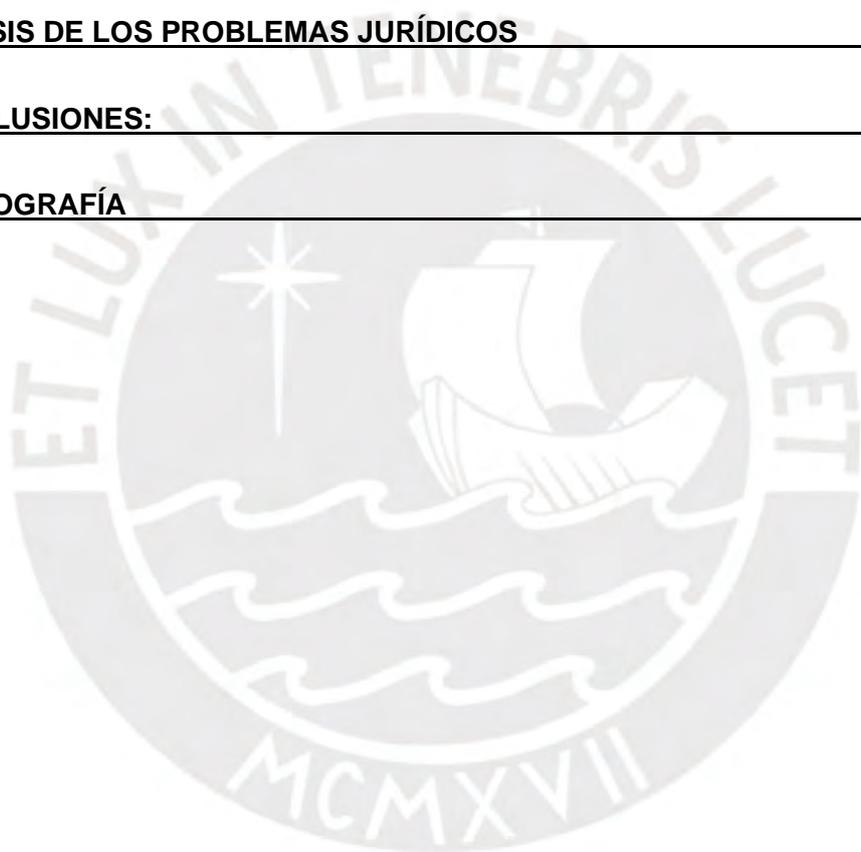
It was reported that the appealed authorities committed a violation of a material provision and violation of the guarantee of motivation, in accordance with article 429, paragraphs 3 and 4 of the Criminal Procedure Code. In this sense, the report studies the legal nature of the Principle of Trust, the application of the theory of breach of duty in the crime of embezzlement and its consequences in objective imputation. In a complementary manner, the constitutional impact on due motivation due to illogicality and insufficiency in the argumentation is analyzed.

The report states that the appealed authorities wrongly interpreted the scope and application of the Principle of Trust in the crime of Embezzlement as one of breach of duty. This meant the exclusion of the accused from being charged based on unmotivated arguments as a consequence of evidentiary inferences that do not correspond to legal foundations developed by jurisprudence, doctrine, and the reasonableness required of jurisdictional action.

Key words: Principle of Confidence, embezzlement, breach of duty, objective imputation, due motivation.

ÍNDICE

<u>I. INTRODUCCIÓN</u>	5
<u>II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES</u>	7
<u>III. IDENTIFICACIÓN DE LOS PRINCIPALES PROBLEMAS JURÍDICOS</u>	15
<u>IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO</u>	16
<u>V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS JURÍDICOS</u>	17
<u>VI. CONCLUSIONES:</u>	53
<u>VII. BIBLIOGRAFÍA</u>	58



Cuadro de datos principales del caso

No. Exp. / No. Resolución o sentencia / nombre del caso	Casación N° 1609-2019 Moquegua
Área(s) del derecho sobre las cuales versa el contenido del presente caso	Derecho Penal parte general, Derecho Penal parte especial y Derecho Procesal Penal
Identificación de las resoluciones y sentencias más importantes	---
Demandante / Denunciante	Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Moquegua
Demandado / Denunciado	Christian Mario Rospigliosi Mendoza
Instancia administrativa o jurisdiccional	Corte Suprema
Agraviado	Gobierno Regional de Moquegua

I. INTRODUCCIÓN

I.1 Justificación de la elección de la resolución

Con la seguridad que brinda la evidencia de los hechos es muy probable que la palabra corrupción forme parte consustancial en la historia del Perú. Esta afirmación no es una vaga distinción semántica; sino que, subyace de manera transversal e inequívoca a decenios y siglos comprendidos entre el Virreinato y la República que explica el obscuro asalto reiterado, secuencial y sistemático del erario nacional en detrimento de los intereses del país.

Actualmente, de acuerdo a los últimos reportes emitidos por la Contraloría General de la República (2022), la corrupción le costó al país un valor aproximado de S/. 24 268 millones en el 2023. Es decir, de cada 100 soles del presupuesto nacional, 12,7 se perdieron a causa de actos corruptos. Al día de hoy, la corrupción es estudiada desde dos dimensiones: i) la inconducta funcional, que refiere a la falta de diligencia y control en el cumplimiento de labores de los funcionarios y servidores públicos y ii) la corrupción propiamente dicha vinculada a la comisión de delitos.

A nivel mundial, el Perú es percibido dentro del tercio de países más corruptos del mundo, al ocupar el puesto 121 acompañado de Angola, Mongolia y Uzbekistán. A este oscuro panorama se suma la resignación y displicencia del ciudadano peruano que percibe la existencia de este fenómeno en el 81% de las instituciones y con la triste seguridad de que los casos seguirán en aumento (Contraloría General de la República, 2022).

La justificación del caso seleccionado se sostiene en su valor jurídico; por consiguiente, permite analizar en detalle las implicancias a nivel jurisdiccional de una evaluación inadecuada sobre la naturaleza legal del delito de peculado. Ello, a través de un estudio dogmático y fáctico del tipo penal en base a la teoría del delito y las fases de antijuricidad, culpabilidad y punibilidad.

Asimismo, el caso permite estudiar otros elementos gravitantes, tales como la aplicación del Principio de Confianza, Infracción de Deber y la Debida Motivación. El análisis de estos conceptos, es de capital importancia, puesto que brindan los lineamientos sobre los cuales se evalúa y adjudica la responsabilidad penal del imputado, en el marco de sus actividades como servidor público.

Al respecto, el análisis del Principio de Confianza en base a sus límites y alcances otorgará los cimientos dogmáticos y conceptuales necesarios para una mejor comprensión de su naturaleza y aplicación en el contexto de manejo del aparato estatal y distribución de funciones. Ello, en consonancia con la teoría de Infracción del Deber y la responsabilidad penal que se imputa al funcionario en relación a la inobservancia esencial de los deberes que conlleva su rol en la función pública.

Tales elementos serán analizados en el marco de la aplicación del principio de la Tutela Jurisdiccional Efectiva y la Debida Motivación. En ese sentido, el caso plantea un problema en sede jurisdiccional que será motivo de estudio dada la inconsistencia de los argumentos planteados en primera y segunda instancia, y lo resuelto por la Corte Suprema en virtud del recurso de Casación.

Finalmente, el estudio del caso permite obtener un panorama mayor sobre las secuelas de la corrupción en la administración pública. Este se presenta como un ejemplo pequeño por sus consecuencias, pero significativo por su relevancia al ser una muestra representativa de las diversas formas en que opera la corrupción en los Gobiernos Regionales.

Creados en el 2004 a partir de un proceso de reestructuración y descentralización del Estado (Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales, 2014), su administración no está exenta de cuestionamientos y denuncias contra funcionarios y servidores públicos que, alejados de la virtud y principios que honran a la función pública, procuran beneficios para sí en claro aprovechamiento del cargo que ostentan.

II. IDENTIFICACIÓN DE HECHOS RELEVANTES

II.1. Antecedentes

El detalle de los antecedentes versará sobre las acciones penales iniciadas en contra del imputado Christian Mario Rospigliosi por el delito de peculado doloso en agravio del Gobierno Regional de Moquegua (en adelante, GRM) en su calidad de jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (en adelante, OSEM) de dicha institución.

El imputado fue absuelto en las dos primeras instancias; sin embargo, en virtud de un recurso de casación planteado por el representante del Ministerio Público, se anuló la sentencia de primera instancia y se ordenó un nuevo juicio

II. 2. Hechos relevantes del caso

A raíz de las intensas lluvias en las provincias de Mariscal Nieto y General Sánchez Cerro, el Gobierno Regional de Moquegua declaró en febrero del 2015 el Estado de Emergencia de dichas zonas para atender las superficies más afectadas de la población. En atención a sus limitados recursos, el Gobierno Regional solicitó apoyo a las empresas mineras Southern Copper Corporation (SPCC) y Anglo American Quellaveco (AAQ), las cuales donaron 3,500 y 3 mil galones de petróleo Diesel 2, respectivamente, haciendo un total de 6,500.

El uso de dicho combustible se destinaría para fines asistenciales en los vehículos de transporte pesado que trabajaban en las acciones de apoyo en la zona de desastre. De acuerdo al esquema de organización del gobierno regional, la administración de dichos galones le correspondió a la Oficina del OSEM el cual tuvo por jefe al imputado Christian Mario Rospigliosi quien ejerció el cargo entre el siete de enero y el dieciséis de marzo del mismo año e, inmediatamente después, como asistente técnico en la misma área.

La administración del combustible fue llevada en un cuaderno al que tituló “Cuaderno de Registro y Suministro de Combustible donado por las empresas mineras Southern Copper Corporation (SPCC) y Anglo American Quellaveco (AAQ). En base a la información de dicho cuaderno, redactó formatos denominados “Control de Combustible” sobre los cuales el imputado elaboró informes y cartas para dar cuenta del uso de los recursos donados.

Estos informes, debidamente registrados, fueron los siguientes:

- i) Informe 039-2015-OSEMGRI/GR.MOQ – 19FEB2015: reporta un cuadro donde se detalla el operador y los galones ofrecidos (1000).
- ii) Carta 002-2015-CRM – 23JUL2015: brinda mayor información sobre el uso del combustible del informe uno. Adjunta documentación.
- iii) Carta 003-2015-CRM – 03AGO2015: reporta nuevamente los cuadros y se agregan 40 fotografías de los sectores favorecidos.

Sin embargo, pronto se advirtió de la adulteración de la información registrada, lo cual evidenciaba la comisión de presuntas irregularidades. Se conoció que la información sobre los galones consignados en el referido cuaderno fue “inflados” por el imputado Rospigliosi Mendoza.

Esta adulteración también fue considerada para la elaboración de los informes y cartas que el imputado envió a las empresas donantes para dar cuenta del uso del combustible, a fin de que existan una coincidencia en la información con los 6,500 galones donados.

Al respecto, el órgano de control del GRM informó sobre a realización de una pericia de grafotecnia que determinó que 806 galones fueron considerados dentro de los reportes, cuando en realidad jamás fueron utilizados.

Además, el informe del perito contable realizado el 22AGO2017, estableció que como máximo se utilizaron 5,694 galones. El sobrante de 806 galones tenía un valor de S/. 7,560.60 soles.

Ante la evidencia de los hechos, el Órgano de Control esbozó la posibilidad de que el combustible haya sido utilizado para fines distintos por los que fue donado.

También se informó que las fotografías adjuntadas en la Carta 003-2015-CRM – 03AGO2015, si bien corresponden a la zona de 25 de noviembre, Cercado, realmente no conciernen a la fecha señalada, sino a otras, ya que dicho lugar no sufrió daños en la temporada de lluvias de inicios del 2015. Así lo confirmó el despacho de Defensa Civil del GRM. Además, de los cuadros informativos del imputado, no se aprecia que se haya abastecido de combustible en esa área.

Del mismo modo, el jefe actual de la OSEM, precisó que el imputado indicó que, de los galones suministrados por la SPCC, tres se habían diluido, cuando en realidad fueron declarados como sobrantes.

Posteriormente, la minera Anglo American Quellaveco, en carta oficiada al Gobierno Regional de Moquegua el 12OCT2015 solicitó información el combustible. A pesar de ello, el imputado no brindó oportunamente la referencia. Solo después de nueve meses, el GRM dio respuesta a la empresa mediante dos cartas del 19NOV2015 y 15DIC2015.

II.3. Detalle procesal del caso

Requerimiento de acusación del Ministerio Público

El Ministerio Público realizó su acusación contra el imputado Christian Mario Rospigliosi Mendoza el 07JUN2018 (subsanoado el 06 SET2018), en su calidad de servidor público entre el 15FEB2015 y el 30MAR2015, meses en que ocupó

el cargo de jefe del OSEM. Después, desde el 17MAR, cuando fue designado asistente técnico de la misma área.

La acusación lo sindicaba ser autor de peculado en su vertiente de apropiación agravada de 806 galones de combustible con un valor de S/. 7,560.60. los cuales fueron donados para fines asistenciales. Todo ello, en base a la aplicación del artículo 387 del Código Penal. Se requirió la pena privativa de libertad de ocho años y ochos meses, 425 días multa y el pago de 15,570 soles como reparación.

Se dictó auto de enjuiciamiento el 27SET2018 por el que se determinó como saneada la investigación fiscal y la admisión de los siguientes medios de prueba:

- i) Pericia 077-2016, 14NOV2016.
- ii) Declaración en base al informe pericial contable 22AGO2017.
- iii) Oficio 1563-2015G/GR.MQR, 01DIC2015.
- iv) Oficio 402-2015 de 25JUN2015.
- v) MOF que detalla las funciones del imputado como jefe de OSEM.
- vi) Cartas AAQSA-Q1CO-OLT-000138, de 13FEB2015, AAQSA-Q1CP-OLT-00270, de 09MAR2015, y carta AAQSA-Q1CO-OLT-00395, así como carta SLS-0046-16, de 27ENE2016, remitida por Southern Copper Corporation.
- vii) Informes 039-2015-OSEM-GRI/GR.MOQ, de 19FEB2015, el informe número 111-2015 OSEM-GRI/GR.MOQ, de 26MAR2015, sobre uso de combustible donado por Southern Copper Corporation (SPCC) y Anglo American Quellaveco, respectivamente.
- viii) Carta 002-2015-CRM, de 23JUL2015, y carta 003-2015-CRM, de 03AGO2015, así como cuaderno de registro y suministro de combustible donado con firma y visto bueno del encausado.

Pronunciamiento de la primera instancia

Se determinó inicio de juicio oral el 25OCT2018 y mediante sentencia (fs.929) de 27MAR2019 se absolvió al acusado Rospigliosi Mendoza fundamentalmente en base a dos argumentos:

Primer argumento: no se pudo probar que el acusado haya modificado el cuaderno de registro. El perito encargado señaló que el Ministerio Público no solicitó la determinación exacta el causante material de la adulteración (el puño gráfico exacto de quien adulteró el cuaderno).

Segundo argumento: No se probó la relación funcional directa entre el acusado y el combustible, así como tampoco su disponibilidad jurídica. Ello, de acuerdo 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 señalaron que fue el encargado, Leonel Gonzáles, quien llevaba el registro del combustible. De manera que, el acusado, no tenía poder de vigilancia o control sobre el combustible.

La representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación el 16ABR2019 en base al argumento de que la primera instancia no se pronunció sobre el grado de posesión por parte del acusado en base a sus deberes y potestades propias del cargo.

Precisó como necesario determinar si el control de la administración del combustible donado por las empresas mineras correspondía a sus funciones como jefe del OSEM.

En ese sentido, informó que de acuerdo al MOF y el Oficio 402-2015-ORCI/GR.MOQ del órgano de control, la OSEM era la encargada del uso, control y racionalización del combustible dedicado a vehículos y maquinaria pesada.

Con esto en cuenta, el acusado Rospigliosi Mendoza era responsable de la administración del combustible, tanto por su posición de jefe y luego como asistente.

La fiscal señaló que el juez debió precisar las funciones del acusado, independientemente de la relación de contacto físico o directo con el combustible. Es decir, analizar el caso en virtud de la documentación, administración y la relación funcional del acusado en virtud de su cargo.

Añadió que se pudo probar que el referido cuaderno presentaba adulteraciones y que este fue firmado y sellado por el acusado, en base a lo señalado por los testigos previamente mencionados. Señaló también que el acusado brindó información en base a información que había sido adulterada, lo cual lo sindicaba como responsable de la gestión del combustible.

Pronunciamiento de la segunda instancia

La segunda instancia confirmó la sentencia absolutoria en base a los argumentos que se detallan a continuación.

- i) El acusado afirmó que, aunque recibió las donaciones, no fue el encargado de su administración sino el servidor Leonel Gonzáles. Confirmó que firmó el cuaderno de registro como jefe de la OSEM, pero no sabía de su adulteración y negó que él lo haya realizado. Se determinó, entonces, que solo correspondía, como materia de análisis, el vínculo del acusado con el delito.

- ii) El acusado no acudió a la audiencia por lo que no se pudo tener su declaración.
- iii) En la apelación, la fiscalía convino en que el servidor Leonel Gonzáles laboraba en la OSEM y que era quien se encargaba de operativizar el combustible a las diversas unidades vehiculares. También se convino que la pericia de grafotecnia fue la única base para la pericia contable, sin tener en cuenta otro tipo de documentación y/o registros.
- iv) No existe cuestionamiento alguno sobre la calidad de jefe de la OSEM del acusado Rospigliosi Mendoza y su recibo de los 6,500 galones donados por las empresas mineras. Todo ello, según el MOF.
- v) De acuerdo a lo convenido, se acreditó que el servidor Leonel Gonzáles se encargaba del suministro de combustible y llevar su administración en el Cuaderno de Registro ya que laboraba en la OSEM. En ese sentido, se desacreditó con suficiencia que el acusado Rospigliosi Mendoza fuera el encargado de ejecutar el suministro y llevar el registro. Es decir, actuó para el bajo el principio de confianza en base a la distribución funcional de labores de la institución.
- vi) Ante el requerimiento de información sobre el uso del combustible, el acusado Rospigliosi Mendoza realizó sus informes en base a su única fuente informativa: el Cuaderno de Registro.
- vii) La omisión sobre el origen de la adulteración del Cuaderno de Control de Registro no puede ser trasladada al acusado, sino que debió ser solicitada por el Ministerio Público.
- viii) La responsabilidad objetiva está proscrita en nuestro ordenamiento jurídico penal, de manera que debe primar la presunción de inocencia.

Recurso de casación planteado por el Fiscal Superior

El recurso de casación planteado por el Fiscal Superior denunció dos aspectos centrales:

- a) Infracción al precepto material.
- b) Afectación de la garantía de motivación (Art 429, 3 – 4 del Código Procesal Penal).

El Fiscal Superior sostuvo que se interpretó de forma inadecuada los siguientes aspectos: la aplicación del principio de confianza y los alcances de la posición de garante.

Precisó que el acusado tenía un deber especial de vigilancia y funciones sobre el control del combustible, tanto en su recepción como abastecimiento. De manera que la sentencia no fue elaborada en base a información objetiva y tampoco tuvo en cuenta el Manual de Operación y Funciones (MOF).

Instruidas las partes sobre la admisión del recurso de casación, se expidió el cuaderno respectivo el 18JUN2021, en donde se señaló como fecha de audiencia el 19JUL2021.

El mismo día, la Fiscalía Suprema planteó que el recurso sea declarado fundado.

La audiencia pública se realizó con la participación de la Fiscal Adjunta Suprema en los Penal, la doctora Edith Alicia Chamorro Bermúdez.

III. Identificación de los principales problemas jurídicos

Problema principal:

- ¿Cuál es la aplicación constitucional del principio de confianza en la imputación objetiva del delito de peculado?

Problemas secundarios:

- ¿Cuál es la naturaleza jurídica del principio de confianza en los delitos contra la Administración Pública
 - i) Naturaleza jurídica del principio de confianza.
 - ii) Alcances y límites
 - iii) El principio de confianza en los delitos contra la administración pública.
- ¿Cuál es la aplicación de la teoría de infracción del deber en el delito de peculado?
 - i) La teoría de la infracción de deber
 - ii) El delito de peculado
 - Los elementos típicos del delito de peculado.
 - Las modalidades del delito de peculado.
 - iii) Fundamentos de la teoría de infracción del deber en el delito de peculado por apropiación
- ¿Cómo se analiza la imputación objetiva en función a la aplicación del principio de confianza en el delito de peculado por apropiación?
 - i) Alcances de la imputación objetiva.
 - ii) El principio de confianza y sus efectos jurídicos en la imputación objetiva del delito de peculado por apropiación.

Problema complementario:

- ¿Cuáles son las afectaciones constitucionales de una interpretación inadecuada de la imputación objetiva del tipo penal de peculado por apropiación?
 - i) El principio constitucional a la debida motivación.
 - ii) Consecuencias sustanciales de una inadecuada interpretación constitucional de la imputación objetiva del tipo penal de peculado por apropiación.

IV. POSICIÓN DEL CANDIDATO

IV.1. Respuesta al problema principal y secundarios

El principio de confianza representa un elemento sustancial en el análisis de la imputación objetiva en el delito de peculado por apropiación. Al respecto, el principio de confianza congrega una serie de límites y funciones que deben ser analizados en virtud de los roles predeterminados de los ciudadanos en función a sus actividades y participación en la sociedad.

Por su parte, la imputación objetiva es una teoría que busca delimitar en detalle la responsabilidad penal del investigado. En el caso de los delitos contra la administración pública, el principio de confianza representa un límite a la imputación objetiva en el delito de peculado, pero a su vez, también constituye un elemento material con determinados parámetros que pueden ser superados en virtud de la posición formal del imputado en una institución pública.

El delito de peculado se enmarca la teoría de infracción del deber a razón de las facultades y/o posición de garante que posee el funcionario público respecto de los bienes a razón de su cargo. En ese sentido, el delito adjudica responsabilidad penal en función a los aspectos formales y materiales sobre los cuales recae la actividad del funcionario o servidor público.

Una interpretación inadecuada de la aplicación de la imputación objetiva del delito de peculado transgrede la debida motivación de una resolución en su aspecto sustancial. Un análisis errado sobre los alcances de dicha teoría no permite la plena realización de la tutela jurisdiccional efectiva, lo cual deja en indefensión al Estado y otorga impunidad a funcionarios que actúan en el marco legal y constitucional.

V. Análisis de los problemas jurídicos

En este espacio se procederá a responder los problemas específicos planteados en función a brindar un esquema conceptual, jurisprudencial y doctrinario que permita una contextualización sustancial del problema general y sus posibles soluciones.

V.1. ¿Cuál es la naturaleza jurídica del principio de confianza en los delitos contra la Administración Pública?

V.1.1. Naturaleza jurídica del principio de confianza

Desde los albores de la revolución cognitiva y el surgimiento de las principales sociedades hace 160 mil y cinco mil años, respectivamente, dieron paso a la creación de grandes ciudades y complejos sistemas de administración que han evolucionado hasta hoy en día.

De acuerdo a Harari (2015), el ser humano ha llegado a la cúspide la evolución debido a su capacidad de dos elementos fundamentales: i) la abstracción y ii) la organización, siendo una consecuencia de la otra. Las formas de pensamiento abstracto hacen posible la colaboración entre personas que ni siquiera se conocen, pero que responden a los mismos objetivos en función las relaciones intersubjetivas que priman entre ellos.

De este modo, sujetos que jamás se han visto en la vida, pueden coincidir en realizar determinados actos a razón de la prevalencia de un mismo concepto que es consustancial a la sociedad. Un ejemplo de ello, afirma Harari, es el dinero. Puede que dos personas jamás se hayan visto, pero conocen bien el concepto intersubjetivo del dinero y el valor que la sociedad le otorga. De esta manera, pueden llevar a cabo diversas transacciones financieras porque confían en el valor que cada uno le otorga. Y, efectivamente, es lo que ocurre a diario, en donde millones de personas que no se conocen y, probablemente, jamás se conocerán, son partícipes de múltiples intercambios de dinero (Diamond, 2020).

Este es un pequeño ejemplo de cómo funciona la sociedad actualmente. Su diversidad y altos grados de complejidad suponen la existencia de millones de funciones que realizan las personas en virtud del rol social que poseen en la sociedad, ya que su configuración exige un comportamiento determinado a los individuos para que el grupo social al que pertenecen pueda ser funcional a sus intereses (Maraver, 2007).

En ese orden de ideas, la naturaleza jurídica del principio de confianza descansa en este contexto social. El Derecho, y en el especial el Derecho Penal, como herramienta jurídica de orden y control social, destaca, entre su multiplicidad de áreas, la relevancia de la distribución de roles para la determinación de la responsabilidad penal de los ciudadanos (Villavicencio, 2017).

De este modo, la naturaleza del principio de confianza tiene su origen en la explicación y atribución de responsabilidades penales de los ciudadanos respecto al rol social y jurídico que el sistema les otorga. En un sistema social altamente complejo, es natural que las personas ostenten diversos roles en virtud de sus intereses. Nadie puede serlo todo y hacerlo todo a la vez.

El Derecho Penal reconoce esta situación y determina, a través de su sistema jurídico, la interpretación de la norma penal y la teoría del delito, la forma en la

cual este contexto de distribución de roles puede ser determinante al momento de adjudicar la responsabilidad penal de un acusado (Meini, 2014).

Sin embargo, para entender las ramificaciones del principio de confianza debemos acudir a la génesis, y ella la encontramos en la teoría de la imputación objetiva. Dados los problemas suscitados en torno a la teoría causalista y finalista del siglo XIX que propiciaba una irregular aplicación de la norma penal, surge la propuesta de la teoría de la imputación objetiva desarrollada por Claus Roxin y Günther Jakobs (Caro, 2003).

De acuerdo a García (2012), esta teoría propone que un hecho penalmente relevante, además de ser atribuible al agente activo de manera objetiva; esto es, que la acción material del agente haya producido el resultado, requiere además de la evaluación de un pilar preclusivo de cuatro elementos de carácter normativo que permitan adjudicar dicha imputación.

Estos elementos son: i) el riesgo permitido, ii) la prohibición de regreso, iii) el principio de confianza, iv) la imputación por responsabilidad a la propia víctima.

La existencia de uno de estos elementos teórico normativos absuelve de responsabilidad penal al imputado, puesto que su existencia es una consideración fundamental que merece ser observada por los operadores de justicia en los casos de aplicación.

De acuerdo al profesor Villavicencio (2013) la imputación objetiva parte del supuesto en que se ha creado un riesgo no permitido. La consecuencia de dicha creación es la lesión de un bien jurídico protegido. De manera que, si el agente es causante de un riesgo permitido, no existe grado de imputación que pueda adjudicarse.

De igual manera, en el supuesto del principio de confianza, un imputado no será pasible de sanción penal si, en virtud de su función de su rol social jurídicamente

legitimado, actuó conforme a las disposiciones y exigencias esperables de dicho rol. El ejemplo recurrente es el del médico, quien, a razón de la confianza depositada en sus asistentes, confía en que los instrumentos médicos con los cuales operará, han sido previamente sometidos a la limpieza correspondiente.

De manera que, si el paciente sufre alguna contingencia médica por algún problema con la asepsia de los instrumentos, esta responsabilidad no podría ser adjudicada al médico operante, aunque haya sido él quien haya ejecutado materialmente el procedimiento.

La razón subyacente a la aplicación del principio de confianza descansa en la distribución de roles previamente señalada. En una sociedad altamente compleja y sistematizada, los ciudadanos obedecen a roles predeterminados que son reconocidos por la sociedad. Un médico no puede encargarse de la limpieza, cuidado, y atención que requieren instrumentos y pacientes. Para ello, acude a un grupo de profesionales, entre enfermeros y médicos subalternos para el desarrollo de sus actividades. Recordemos: Nadie puede serlo todo y hacerlo todo a la vez (Roxin, 2007).

En ese sentido, el sistema penal excluye de responsabilidad al sujeto que, actuando bajo el principio de confianza, confía en el correcto desempeño de roles de los profesionales o ciudadanos con los cuales guarda un vínculo de interrelación directa o indirecta. Esta es la razón que justifica la existencia de la naturaleza del principio de confianza como supuesto de exclusión en la teoría de la imputación objetiva (Feijoo, 2002).

V.1.2. Alcances y límites del principio de confianza

Sin embargo, a pesar de la lógica y coherente justificación de la existencia del principio de confianza como supuesto de exclusión en la imputación objetiva, este elemento normativo tiene determinados alcances, así como límites.

Anteriormente, se mencionó como idea capital la exigencia de una distribución de roles en la sociedad. Este responde a que los ciudadanos no pueden hacerse cargo de todas las actividades que se realizan a diario por la razón evidente de imposibilidad material. Más aún, en un mundo que demanda mayor especialización, es recurrente que los ciudadanos de un grupo social determinado busquen mayores niveles de especificación en las actividades profesionales o técnicas a las que se dedican (Maraver, 2007).

Para el profesor Jakobs (1998), esta distribución no debe pasar inadvertida para el Derecho Penal. Y, efectivamente, no lo hace, puesto que entiende que dicha distribución descansa sobre la confianza que se otorga tácitamente a cada ciudadano.

En este orden de ideas, cada persona responde únicamente por lo que su ámbito de aplicación le exige de acuerdo a su rol. Esta es la base del concepto de autorresponsabilidad señalado por Malaver (2009), quien sostiene que cada persona es responsable únicamente por lo que demanda su competencia. De esta forma, la determinación de responsabilidad penal se detalla en función del rol y no únicamente por la realización objetiva del hecho.

En ese sentido, Malaver agrega que la utilidad del concepto de autorresponsabilidad recae en dos funciones: i) la delimitación negativa de la posición de garante y, ii) delimitar negativamente el deber de cuidado de quien posee la posición de garante. Este último punto responde se vincula a la forma en que se aplica el principio de confianza y su alcance.

Este razonamiento permite que la responsabilidad penal alcance únicamente a quien, por incumplimiento de su rol, causó una lesión a un bien jurídico protegido, aunque éste no haya sido el autor material. Así las cosas, el principio de confianza permite dilucidar correctamente la adjudicación de responsabilidad penal a quien le corresponde (Caro, 2016).

El alcance del principio de confianza hace posible la dinámica social, especialmente en actividades con una alta demanda de especialización y complejidad. Una sociedad que se precie de ser moderna, o en vías de serlo, no podría funcionar adecuadamente si sus miembros están constantemente en alerta por las acciones de terceros que puedan generar consecuencias en las labores que realizan (Feijoo, 2002).

Los alcances el principio de confianza se interpretan en función a sus límites, los cuales son planteados por el Jakobs (1996) de la siguiente manera:

- a) Imposibilidad cognitiva del agente en quien se pretende confiar.
- b) Es rol de uno o varios participantes el compensar los defectos de comportamiento de terceros.
- c) Comportamiento delictivo de quien se pretende confiar y existe la defraudación de expectativas.

Este planteamiento responde al contexto social determinado en el cual el profesor Jakobs desarrolló su trabajo. Al respecto, Feijoo (2002) reconceptualiza estos supuestos de límites al principio de confianza y los expone de la siguiente forma:

- a) Supuestos objetivos de sospecha de un comportamiento antijurídico de quien se pretende confiar.
- b) Supuestos de inimputabilidad por imposibilidad cognitiva de la persona en quien se pretende confiar.
- c) Razones normativas que exigen un deber especial de cuidado y la aplicación de un supuesto de desconfianza.

Para fines del presente trabajo, estas dos propuestas serán de suma relevancia para la exposición de los argumentos que buscan aportar a lo señalado por la Corte Suprema. Sin embargo, cabe precisar que el aporte del profesor Feijoo alude, con mayor precisión a los límites del principio de confianza que se

desarrollan en este apartado. Ello, en función a la teoría de los delitos de infracción de deber que serán desarrollados posteriormente.

En ese sentido, el deber especial de cuidado y la mención del supuesto de desconfianza son elementos fundamentales que supone un límite normativo importante al principio de confianza, especialmente en ciudadanos dedicados a la función pública.

V.1.3. El principio de confianza en los delitos contra la administración pública.

Al igual que en la sociedad, la administración pública se rige bajo ciertos parámetros de distribución de roles que permite su correcto funcionamiento. Dicha distribución obedece no solo a aspectos normativos, sino también a cuestiones prácticas, ya que por imposibilidad material una persona no puede observar ni hacerse cargo de todas las tareas que demanda la gestión pública.

De manera genérica, el concepto de Administración Pública alude al conjunto de acciones que realiza el aparato gubernamental para la gestión correcta y efectiva de los recursos del estado (Salinas, 2023). Dicha distribución responde a los lineamientos normativos y políticos expuestos en la Constitución, en sus dos vertientes: la dogmática y la orgánica.

La vertiente dogmática alude a los enunciados constitucionales que exponen principios de contenido axiológico, los cuales representan el “núcleo duro” de la norma fundamental. Su desarrollo representa una de las figuras más relevantes para el ordenamiento jurídico sobre el cual descansa una sociedad puesto que emiten los valores sobre las cuales se sustenta todo su funcionamiento (Landa, 2017).

Por su parte, la vertiente orgánica responde a la creación, organización y distribución de las instituciones que conforman el estado, en estricta observancia de la clásica separación de poderes planteada en la Revolución Francesa en

1789: i) Poder Legislativo, ii) Poder Ejecutivo, iii) Poder Judicial. Sin embargo, este planteamiento ha sido superado por el surgimiento de nuevas formas de entender el complejo aparato estatal y la demanda de la creación de nuevas instituciones a la luz de las actuales exigencias sociales (Rubio, 2020).

A ello se agrega el reciente proceso de neoconstitucionalización del derecho surgido a mediados del siglo XX en la sociedad occidental, por el cual la Constitución se erige como norma jurídico política de valor esencial que irradia sus lineamientos a todo el aparato legal de un país.

En este contexto, los encargados de llevar a cabo las actividades del estado y su adecuado funcionamiento son, precisamente, funcionarios y servidores públicos. Ello implica dos supuestos (Salinas, 2014): i) de forma objetiva, el cumplimiento de acciones ejecutadas por funcionarios y/o servidores públicos que constituye el elemento sustancial de la administración pública, y ii) de forma subjetiva, la distribución de roles detallada a través del amplio espectro administrativo del estado sistematizado en diversos niveles y jerarquías que otorga a cada funcionario un rol determinado.

El principio de confianza descansa sobre el supuesto de los roles adscritos a cada funcionario y/o servidor público, quienes en función a sus competencias realizan una serie de actividades para llevar a cabo la correcta ejecución de sus labores.

La naturaleza de las acciones de los funcionarios públicos responde estrictamente al principio de legalidad, entre otros. Es decir, en la administración pública, cada funcionario solo está facultado a realizar acciones que la ley menciona taxativamente, debiendo eximirse de actuar fuera de este marco normativo.

De esta manera, el principio de confianza se analiza en virtud de este planteamiento. Es decir, delimita negativamente los supuestos de acción de los

funcionarios y servidores públicos a razón de su cargo. Así las cosas, el principio de confianza guarda sus efectos para situaciones de hecho en donde el agente activo pueda acudir a este principio debido a los parámetros legales de su cargo (Gómez, 2003).

Dichos parámetros están expresados mediante una disposición legal que así lo señala, por lo que todo aquello que éste no exprese, está fuera del ámbito de competencia del funcionario y no puede ser adjudicado como elemento de responsabilidad.

Análisis aplicado al caso:

Las referencias al principio de confianza, tanto de la primera como de la segunda instancia, resultan relevantes para la resolución del presente caso. Tras el desarrollo de dicho concepto, corresponde analizar si la interpretación de los magistrados se ajusta a lo expuesto por la teoría citada.

La descripción de los hechos sostiene que en sede de primera instancia no pudo probarse que la adulteración del cuaderno de registro de combustible haya sido realizada por el encausado. Del mismo modo, también afirmó que no hubo prueba de la relación funcional y disponibilidad jurídica del encausado con el combustible.

La segunda instancia, además de afirmar su conformidad con esta interpretación, enfatizó en la participación del encausado como una de carácter mínimo y adjudica responsabilidad en el servidor Leonel Gonzáles, subordinado de Rospigliosi Mendoza. Afirma que el control material del combustible estuvo a cargo de Gonzáles, razón por la cual excluye de imputación al encausado por la existencia de una distribución funcional en las actividades de la institución.

Al respecto, el Fiscal interpuso recurso de casación por infracción del precepto material y violación de la garantía de motivación, descritos en el Código Procesal

Penal. El primero se corresponde, a su entender, a una interpretación equivocada de la aplicación del principio de confianza, lo cual tuvo incidencia la imputación objetiva del tipo penal de peculado por apropiación. El segundo, se vincula a que no hubo observancia objetiva de los hechos y no se tuvo en cuenta lo descrito por el MOF de la institución. Esto constituiría vulneraciones constitucionales en la fundamentación de la absolución del encausado por las inferencias probatorias y medio de prueba que no se tomaron en cuenta.

La Corte Suprema se pronunció sobre estos supuestos de manera sucinta e hizo una referencia general a la aplicación del principio de confianza. Sin embargo, no desarrolló su naturaleza jurídica ni los supuestos de aplicación que corresponden en el caso de delitos contra la Administración Pública. Esta omisión prolonga la irregularidad en la aplicación de dicho principio a casos como el planteado en donde la jurisprudencia ha sentado determinados precedentes que, aparentemente, son de observancia discontinua y accidentada.

Posición personal:

Atendiendo a los aspectos sustanciales y razón de la teoría que subyace al principio de confianza, su desarrollo conceptual obedece principalmente a una cuestión funcional. Es decir, el principio de confianza es útil a la sociedad porque permite la correcta distribución del trabajo.

Esta distribución se realiza en función a la existencia de diversos roles acorde a los intereses de cada ciudadano. Esta es su justificación teleológica, ya que el diseño social está pensado para una mayor efectivización de competencia de acuerdo a las condiciones subjetivas de cada persona. Sin embargo, en el caso de estudio, la aplicación del principio de confianza presenta matices que son importantes de resaltar.

El primero de ellos, y quizás el más importante, es que el principio de confianza se ve limitado por la condición jurídica del encausado, Rospigliosi Mendoza. Es

decir, el caso no analiza la condición regular de un ciudadano de a pie en un contexto laboral privado, sino a uno cuyas funciones conllevan atribuciones y responsabilidades determinadas que son exigibles por ley.

Es así que, un punto inicial de partida es la determinación del rol del encausado como funcionario público en calidad de jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM). En base a ello, el Oficio 402-2015-ORCI/GR.MOQ señala que sus funciones competen al uso, control y racionalización, las cuales están detalladas en el Manual de Operación y Funciones. Además, se señala su línea de interrelación el cual delimita su campo de autoridad y responsabilidad, tal como lo expone la siguiente imagen:

4. LINEA DE INTERRELACION

1. AUTORIDAD

La Oficina de Servicio y Equipo Mecánico es un órgano de apoyo, depende jerárquicamente y administrativamente de la Gerencia Regional de Infraestructura y su autoridad la ejerce a través del Jefe responsable sobre el personal que labora en ella.

2. RESPONSABILIDAD

El Jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico es responsable ante el Gerente Regional de Infraestructura; de las funciones y atribuciones establecidas en el presente manual.

Fuente: *Manuel de Operación y Funciones (MOF) del Gobierno Regional de Moquegua.*

Del mismo modo, la distribución de actividades a nivel estatal se realiza en función de las competencias que adjudica la ley. Esto surge del ámbito constitucional orgánico que plantea la organización del estado en función a competencias y delegaciones correspondientes a cada entidad. Respecto al Gobierno Regional de Moquegua, se tiene la siguiente distribución:

DE LAS UNIDADES ORGANICAS COMPONENTES

- 3.1 GERENCIA REGIONAL DE INFRAESTRUCTURA
 - Funciones Generales
 - Funciones Especificas del Cargo
- 3.2 SUB GERENCIA DE ESTUDIOS
 - Funciones Generales
 - Funciones Especificas del Cargo
- 3.3 SUB GERENCIA DE OBRAS
 - Funciones Generales
 - Funciones Especificas del Cargo
- 3.4 SUB GERENCIA DE LIQUIDACIONES
 - Funciones Generales
 - Funciones Especificas del Cargo
- 3.5 OFICINA DE EQUIPO MECANICO
 - Funciones Generales
 - Funciones Especificas del Cargo
- 3.6 DIRECCION REG. SECTORIAL DE TRANSPORTES Y COMUNICACIONES
 - Funciones Generales
 - Funciones Especificas del Cargo

Fuente: Manual de Operación y Funciones (MOF) del Gobierno Regional de Moquegua.

Con esta información en cuenta, se tiene que el cargo de jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) que lideraba el encausado, se corresponde a una distribución administrativa funcional que permite el correcto desarrollo de las actividades de la institución.

De esta manera, la naturaleza jurídica del encausado como funcionario público se ajusta a los lineamientos organizacionales del estado y su actuación se rige en función de lo dispuesto por la ley.

Esta argumentación no fue observada por la primera instancia y el Colegiado Superior, toda vez que su análisis se limitó a exponer la aplicación del principio de confianza de forma genérica y en amplitud, sin reconocer el carácter laboral del encausado.

De acuerdo a ello, existe un límite a la aplicación del principio de confianza que abarca una delimitación negativa del deber de cuidado de quien posee una posición de garante, tal como sostiene Malaver (2009). En ese sentido, el encausado se encontraba en un supuesto de ejercicio de sus funciones respecto a su condición de jefe, por lo que no puede justificarse su actuación en función a una confianza otorgada en sus subordinados.

Un análisis de este tenor desnaturaliza el principio de legalidad y las disposiciones normativas que son fuente de la administración pública. Contrariamente a lo que ocurre en el ámbito privado, en el público, son los funcionarios y servidores los responsables de llevar a cabo sus actividades tal como establece el ordenamiento jurídico.

Argumentar una exclusión de imputación amparado en el principio de confianza resulta, a todas luces, ilógico y disfuncional. Es por ello que la primera instancia y el Colegio Superior yerran al afirmar que el principio de confianza es aplicable al encausado, puesto que sus funciones están determinadas en la norma citada y se corresponden con los lineamientos operativos de los Gobiernos Regionales y funcionamiento del Poder Ejecutivo.

La aplicación del principio de confianza no es absoluta y, especialmente, en los delitos contra la Administración Pública, su utilización se ve ampliamente reducida en observancia de los mandatos legales que rigen la actuación de los funcionarios.

Adicionalmente, el Colegiado Superior justifica su decisión, basándose en la prevalencia de la presunción de inocencia y la proscripción de la responsabilidad objetiva detallada en el Título Preliminar del Código Penal. Ello, porque, a su juicio, entre los hechos descritos se tuvo que la adulteración del Cuaderno de Control de Registro fue verificada, pero que no se pudo comprobar que fuera obra del encausado.

Esta lectura representa otro error, puesto que busca avalar el argumento de aplicación del principio de confianza elaborando la inferencia de que se excluye de responsabilidad porque no se pudo probar que el encausado haya participado de la adulteración. Lo cual hace prever que el Colegiado Superior únicamente tomaría en cuenta una participación material y dolosa en el delito, dejando de lado la responsabilidad que recae en el funcionario.

V.2. ¿Cuál es la aplicación de la teoría de infracción del deber en el delito de peculado?

V.2.1. La naturaleza jurídica de la teoría de los delitos de infracción de deber

Esta teoría nace de las ideas desarrolladas por el profesor Claus Roxín en 1963. Eximio catedrático y consciente de los problemas para el Derecho Penal sobre autoría y participación, Roxín esbozó un planteamiento teórico basado en tres categorías vinculadas a la autoría: i) el dominio del hecho, ii) el que ejecuta por mano propia y iii) la de infracción de deber.

De acuerdo a Pariona (2023), a cada una de estas categorías le surge un delito correspondiente, siendo los delitos de infracción de deber, uno de ellos. En este, la idea central descansa en el agente que posee deberes especiales de cuidado, el cual se corresponde al rol jurídicamente adjudicado.

De esta manera, la teoría de los delitos de infracción de deber responde al problema de la autoría y participación porque determinan la responsabilidad penal a quien, por acción u omisión no cumple el rol dispuesto y, en consecuencia, se produce el resultado.

Es decir, la relevancia del dominio del hecho pasa a un segundo plano, mientras que quien ostenta el deber especial es a quien se adjudica responsabilidad penal en calidad de autor, a razón de su rol como sujeto obligado; el *intraneus*. Mientras que, será partícipe, quien, no siendo sujeto obligado, participa de las acciones que conducen a la producción del resultado; el *extraneus* (Rojas, 2021).

La teoría de infracción de deber ha sido adoptada en la jurisprudencia peruana de manera mayoritaria. Así lo señala el Acuerdo Plenario N.º 2-2011/CJ-116, al sostener que dicha teoría es un fundamento relevante al momento de determinar casos vinculados a autoría y participación.

Precisa que, el dominio del hecho ocupa un puesto secundario en el análisis de autoría y su relación con la infracción del deber especial del agente activo. Esta idea confirma la delimitación, en cuestiones dogmáticas, de los autores y partícipes en los delitos de infracción de deber, el cual incide en la prognosis de pena y la evaluación de los casos de modo general.

V.2.2. El delito de peculado

V.2.2.1. Los elementos típicos del delito de peculado

El delito de peculado está señalado en el artículo 387 del Código Penal y señala lo siguiente:

Artículo 387. Peculado doloso y culposo

El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años; inhabilitación a que se refieren los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36, de cinco a veinte años, y, con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

El peculado doloso se realiza cuando el agente activo, siempre un funcionario o servidor público, se apropia o utiliza, para su beneficio personal o de un tercero, los caudales o efectos públicos cuya administración se le concede a razón de su cargo (Salinas, 2023).

El bien jurídico protegido es la correcta administración de los bienes públicos. Sin embargo, existe un debate en torno al tema ya que existen posturas mixtas y contrapuestas que mencionan al patrimonio como el elemento sustancial de afectación.

V.2.2.2. Las modalidades del delito de peculado

Entres las modalidades del delito de peculado por medio del dolo, se encuentra la apropiación y uso (o utilización). La apropiación se constituye cuando los caudales o efectos de lo bienes dados en administración del funcionario o servidor público pasan a su esfera de propiedad, extrayéndolos de la titularidad del estado (Montoya, 2015).

En este supuesto, la apropiación no implica una sustracción material puesto que el bien ya se encuentra a disposición del funcionario, sino que implica su utilización como si fueran de su propiedad, lo cual desnaturaliza la razón por la cual se le fueron encomendados dichos bienes (Prado, 2017).

Por su parte, el supuesto de peculado de uso se configura cuando el funcionario hace disposiciones de los bienes en virtud de un uso, empleo, aprovechamiento o disfrute, sin la intención de apoderarse de ellos, sino únicamente de obtener determinados beneficios para sí mismo o para un tercero (Salinas, 2023).

En este supuesto, se realiza un uso privado provisional de los bienes, los cuales, una vez satisfecha la demanda de necesidades, son devueltos al dominio de la administración pública (Abanto, 2003). Este esquema responde a bienes que son susceptibles de no ser consumibles y debe ser estudiado en función a cada caso en particular.

Otro elemento relevante del tipo penal de peculado es el vínculo existente entre el funcionario o servidor público y el objeto del delito; es decir, los caudales y efectos. Para Salinas (2024), este elemento es fundamental, puesto que responde a la relación funcional que existe entre el funcionario y los bienes “a razón de su cargo”, el cual expone matices en la calificación jurídica del delito.

V.2.3. Fundamentos de la teoría de infracción del deber en el delito de peculado por apropiación.

La aplicación de la teoría de la infracción del deber en el delito de peculado tiene como principal aspecto la relación funcional entre el funcionario o servidor público y los bienes encomendados. Como se mencionó previamente, la relación funcional se observa en el acceso a los caudales y efectos (Pariona, 2011).

Los caudales representan a aquellos bienes del estado con determinado valor económico, mientras que por efectos se entiende a instrumentos financieros tales como títulos, bonos, entre otros (Rojas, 2002). Ambas categorías deben estar a disposición del funcionario, a quien se le adjudica su administración a razón de su cargo, siendo este el elemento fundamental de la relación funcional.

De esta manera, la responsabilidad penal por el delito de peculado en calidad de autor recae en el funcionario sobre el cual i) existe una relación funcional y ii) se quebranta el deber de cuidado a razón del cargo que ostenta el funcionario. En este contexto, es importante detallar que la relación funcional tiene su origen en la disposición normativa que señala la adjudicación del cargo del funcionario. Con esto en cuenta, no se configura el delito de peculado de la persona que utiliza o se apropia de caudales o efectos públicos, pero no posee la calidad de funcionario o servidor público. Se trataría de otro delito que merece ser analizado por la autoridad en virtud de cada caso en concreto (Salinas, 2018).

La jurisprudencia nacional también ha adoptado dicha postura y se la observa en la Casación N.º 1500-2017/Huancavelica. Este pronunciamiento señaló que la teoría de infracción de deber observa principalmente la relación funcional entre el funcionario y el patrimonio del estado. En ese extremo, la Corte Suprema ha dispuesto que la relación funcional es observada mediante las directivas provenientes de la ley y reglamentos que detallan la competencia de los funcionarios.

Análisis aplicado al caso:

La primera instancia y el Colegiado Superior, de lo visto en la Casación, no se refieren al delito de peculado como uno de infracción de deber. Centran sus posiciones en la valoración previamente expuesta sobre la aplicación del principio de confianza y su falta de pruebas sobre la adulteración del combustible por parte del encausado.

Este análisis es materia de crítica por parte de la Corte Suprema y, sin embargo, tampoco es materia de desarrollo conceptual, toda vez que se dedica únicamente a justificar su pronunciamiento en base a lo expuesto por Silva Sánchez, quien analiza la infracción de deber de forma híbrida. Para ello, vincula el delito con el dominio del hecho, pero esta se enfoca en la actuación del *extraneus*, no del *intraneus*. Es decir, esta valoración, sirve para comprender y determinar responsabilidad penal en los agentes ajenos a la institución, y que sus actos estén comprendidos en consonancia con lo expuesto por el tipo penal.

De esta manera, la Corte Suprema asume una posición de carácter mixta que ofrece un panorama de claroscuros que impide una correcta interpretación del delito de peculado como uno de infracción de deber. Esto ocurre porque incluye el elemento de dominio en un caso donde los argumentos centrales se enfocan en la determinación de responsabilidad penal del funcionario encausado Rospigliosi Mendoza, no de ciudadanos ajenos al Gobierno Regional.

Este esquema argumentativo representa un error porque desvía el núcleo sustancial de la casación hacia la elaboración de una teoría híbrida que se aleja de los precedentes jurisprudenciales. En ese sentido, la Corte Suprema debió alinear sus argumentos en función a la infracción del precepto material sostenido por el Ministerio Público, lo cual habría dado mayores luces y precisión al caso.

Postura personal

Se debe partir de una afirmación capital: el peculado es un delito de infracción de deber. Esta conceptualización es importante porque coadyuva a la determinación adecuada de responsabilidad penal de un agente activo en virtud de su rol social.

Al respecto, como se mencionó anteriormente, en los delitos de infracción de deber el autor es el sujeto activo que infringe un deber especial encomendado por ley. Es el caso de los delitos contra la administración pública ya que los funcionarios y servidores públicos son señalados como tal en plan observancia del marco legal que surge como base de sus actividades profesionales.

Esta teoría, desarrollada por el profesor Roxin, precisa que únicamente quienes tengan la condición señalada por el tipo penal pueden ser autoras del delito, mientras que quienes intervienen como agentes externos son consideradas como partícipes. En ese sentido, y en plena atención al tipo penal de peculado, se observa que el artículo 387 del Código Penal señala al funcionario o servidor público como agentes únicos del delito.

Bajo este orden de ideas y de acuerdo al caso se determinó la condición del encausado Rospigliosi Mendoza como funcionario público por el cargo que ostentó como jefe de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua. Esto no fue materia de discusión o crítica en las instancias precedentes, pero fue fuente de error porque no se tuvo en cuenta la verdadera naturaleza de su condición jurídica.

Después de haberse determinado la condición de funcionario del encausado, se conoció que, en virtud de su cargo, recibió el combustible donado. Es decir, se generó una relación funcional que lo autorizó para disponer de la administración del combustible para los fines designados y abastecer a los vehículos para atender la situación de emergencia en las zonas afectadas por las lluvias.

En esta situación, se pudo determinar la apropiación de 806 galones de combustible valorizados en S/. 7,500 soles, de los cuales no se pudo comprobar su administración directa y material. Pero, este supuesto no es objeto de cuestionamiento, y tampoco resulta relevante para la adjudicación de responsabilidad penal, ya que al ser el peculado un delito de infracción de deber, lo que se castiga es la inobservancia del deber especial de cuidado que debe tener el funcionario respecto de los bienes que le son conferidos.

En ese sentido, surge el concepto de deber de garante como categoría trascendental en la relación que surge entre el funcionario y la Administración Pública. La vulneración o inobservancia de este deber conlleva, inexorablemente, a responsabilidad penal, puesto que las labores del funcionario al servicio de la nación deben obedecer a criterios profesionales, diligentes y objetivos en el desarrollo de sus actividades (Rojas, 2021).

En ese sentido, es pertinente mencionar lo señalado por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa en base al Decreto Legislativo N° 276, que indica los deberes de garante del funcionario público: i) Actuación profesional y honrada, ii) Prohibición de la realización de actividades ajenas a las funciones establecidas, iii) Prohibición de recibir o solicitar dádivas y relacionados, iv) Prohibición de participar en contratos privados mediando los interés públicos, v) Prohibición de actividad partidaria durante la función pública.

En virtud de lo expuesto, la infracción del deber del encausado Rospigliosi Mendoza se materializó en su inobservancia de los deberes encomendados a razón de su cargo. Estas comprendían la organización, coordinación, dirección, control y evaluación de los bienes encomendados.

De manera que la infracción de deber se vincula con un deber de garante sobre el cual el funcionario público realiza sus actividades en función al interés común, y no bajo cuestiones o intereses personales. Por esta razón, la infracción de deber en el peculado castiga la comisión u omisión en la realización de las

labores del funcionario porque existen deberes específicos señalados, tales como el de actuación profesional, honrada y diligente.

Bajo este precepto, el encausado Rospigliosi Mendoza no actuó bajo este parámetro, ya que se determinó su capacidad de conducción y dirección de la OSEM y, aún así, ocurrió la sustracción del combustible, aparentemente a manos de su subordinado, Leonel Gonzáles.

Este argumento guarda consonancia con el pronunciamiento de la Corte Suprema, cuando sostiene que la titularidad del Cuaderno de Registro y lo declarado por los testigos no fue correctamente valorado por las instancias inferiores. De acuerdo a ellos, se pudo comprobar que, efectivamente, fue el encausado Rospigliosi Mendoza el encargado de administrar el combustible, para lo cual recibió y realizó las coordinaciones correspondientes.

Sin embargo, a pesar de no realizar la valoración respectiva, esto no es determinante para la adjudicación de la responsabilidad, puesto que lo esencial en el delito de peculado como uno de infracción de deber, es la vulneración a las disposiciones de funciones encomendadas por la norma.

En consecuencia, la infracción de deber del encausado Rospigliosi Mendoza recae en la falta de diligencia y profesionalismo en sus actividades al no controlar efectivamente la administración y gestión del combustible donado. Esta vulneración a la competencia institucional ha sido probada a través de la declaración de los testigos, los visados del encausado del Cuaderno de Registro y su demora en la entrega de informes sobre la administración del combustible donado.

V.3. ¿Cómo se analiza la imputación objetiva en función a la aplicación del principio de confianza en el delito de peculado por apropiación?

V.3.1. Alcances de la imputación objetiva

La teoría de la imputación objetiva nace para suplir las falencias técnico jurídicas que la teoría causalista presentaba al momento de determinar responsabilidades penales a los sujetos en la comisión de un delito. La teoría propone la existencia de un elemento fundamental en la relación material de una acción y el resultado: la creación de un riesgo (Mir Puig, 2002).

Entre sus principales exponentes se encuentran lo célebres juristas Claus Roxin y Gunther Jakobs, quienes, en consonancia con sus posturas asociadas al funcionalismo surgido a inicios del siglo XX, desarrollaron extensamente esta teoría. Con los años, estos planteamientos fueron ampliamente aceptados en la doctrina y la jurisprudencia, de manera que, en la actualidad, es una de las más predominantes (Bolaños, 2005).

La teoría sostiene que los riesgos son consustanciales a la relación intersubjetiva de las personas en sociedad, por lo que éstos se aceptan, se toleran y se permiten. Lo contrario sería suponer la existencia de una serie de limitaciones en las actividades cotidianas de las personas que devendrían en una disfunción social generalizada impensable por la naturaleza de la interacción humana (Zaffaroni, 2002).

En este contexto, la sociedad regula la existencia de estos riesgos y evalúa su funcionalidad a razón de su utilidad. Todo ello a través de normas que, a su vez, prescriben los riesgos que implican un mayor grado de peligrosidad para los ciudadanos. En ese sentido, la teoría de la Imputación Objetiva plantea la existencia de dos escenarios vinculados al riesgo: i) Creación de un riesgo prohibido e, ii) Incremento de un riesgo permitido (Meini, 2014).

Ambos escenarios, exponen, de forma genérica, los alcances generales de la teoría respecto a su ámbito de aplicación cuando se busque adjudicar responsabilidad penal en un hecho determinado. De esta manera, se observan

tres elementos generales que componen esta propuesta: la conducta, el nexo causal (que surge a causa de un riesgo), y el resultado.

La evaluación de la conducta desde una perspectiva de esta teoría busca determinar, objetivamente, la creación de un riesgo prohibido o el incremento de un riesgo permitido por parte del agente activo. Esta circunstancia es un hecho factual que puede comprobarse en función al estudio del caso (Prado, 2017).

Por su parte, la evaluación del resultado desde esta teoría analiza el nexo causal entre la acción y su desarrollo en el resultado del acto presuntamente delictivo. De manera que, una persona será imputada objetivamente si se verifican estos supuestos en donde una conducta típica, detallada específicamente como tal por una norma en virtud del principio de legalidad, se realiza en el resultado en función al nexo causal que las asocia (Salinas, 2023).



Fuente: *Elaboración propia, adaptada de Derecho Penal General, Percy García Cavero (2012). La acción y la tipicidad representan categorías diferentes, pero está referidas aquí de forma conjunta para fines didácticos.*

V.3.2. *La imputación objetiva en el delito de peculado por apropiación y el principio de confianza como supuesto negativo de exclusión*

De acuerdo a Meini (2014) existen diversos criterios de imputación que deben ser tomados en cuenta para determinar una responsabilidad penal en el área inicial de análisis del delito en sede de tipicidad. Estos criterios se basan en un análisis lógico, sistemático y coherente con el estudio de los hechos factuales de la conducta, el nexo causal y el resultado.

Es así que existen escenarios en donde es aplicable la prohibición de regreso. Este criterio determina la exclusión de imputación de quien a causa de sus actos se produce un resultado típico a razón del aprovechamiento del acto por parte de un agente doloso.

Del mismo modo, el criterio de protección de la norma excluye al sujeto que no es responsable por los resultados anexos o ajenos al tipo penal. Es por esta razón que este criterio se circunscribe únicamente al bien jurídico que la norma protege, todo lo que está fuera de él no puede ser objeto de imputación.

Un tercer criterio es el principio de confianza, en virtud del cual una persona es excluida de la imputación porque los hechos responden a la confianza depositada en terceros respecto a determinadas acciones. Es decir, una persona será excluida de una imputación si el acto que ocasionó el resultado responde a los supuestos de aplicación de dicho principio (Meini, 2014).

Existen otros criterios de exclusión desarrollados por la doctrina tales como la responsabilidad de la propia víctima, el consentimiento, disminución del riesgo, entre otros. Sin embargo, para fines del presente informe el análisis estará enfocado en el principio de confianza.

Como se señaló previamente, la imputación objetiva es un método por el cual se adjudica, en un primer nivel, la responsabilidad penal de un acto lesivo a un bien jurídico protegido, al agente activo. Ello, en base a la relación del acto, el nexo causal, y el resultado como consecuencia. Esta circunstancia en un hecho

factual, comprobable a través de la observación y estudio del material probatorio (Cancio, 2001).

La teoría plantea el análisis en base a la conducta y el resultado del agente, sobre el cual subyacen criterios determinados para afirmar o negar la imputación del agente activo. Si uno de estos criterios es aplicable al caso, se excluye la responsabilidad del agente.

El principio de confianza es un criterio de exclusión general a todos los ciudadanos susceptibles de imputabilidad. Su desarrollo obedece a razones estrictamente funcionales para la vida en sociedad puesto que permite la correcta división del trabajo. La ley reconoce esta utilidad regula su aplicación, de manera que cada persona responda penalmente por sus acciones y no por la de terceros (Caro, 2003).

De acuerdo a Prado (2017), el Derecho Penal divide su estudio en dos grandes áreas: la parte general y la parte especial. Los delitos contra la Administración Pública están comprendidos en la parte especial, y se rige en base a cuatro funciones: garantista, sistémica, dogmática y crítica.

El peculado es un delito contra la Administración Pública y corresponde a la categoría de delitos especiales dada la naturaleza del agente activo que los comete. Es el caso de funcionarios o servidores público que, a razón de su cargo, sea por comisión u omisión, vulneran el principio del correcto funcionamiento de la administración pública (Salinas, 2023).

De acuerdo a García (2011), existen dos tipos de roles en la sociedad: los roles generales y los especiales. Los primeros corresponden principalmente a la esfera civil, en su capacidad de actuar libremente en función de sus propios intereses y particularidades.

Los segundos, se corresponden a los roles que se adjudican a los miembros de instituciones reconocidas socialmente. Las instituciones son grupos organizados con determinadas funciones que buscan preservar la existencia de la sociedad. Una de ellas, y entre las más significativas, es el estado.

Siendo el estado un concepto abstracto, son sus miembros los que definen su funcionamiento, por lo que recae sobre ellos deberes positivos respecto con la sociedad. Los deberes positivos son llamados a la acción a funcionarios y servidores públicos que permitan el correcto funcionamiento del estado y, en consecuencia, el bien social.

Con esto en cuenta, los funcionarios y servidores tienen un deber especial respecto a los demás ciudadanos, ya que sus actividades no se rigen únicamente por un rol general, sino por uno de naturaleza especial dada la importancia de sus actividades para la preservación de la sociedad a través del fortalecimiento de la institución estatal (Rojas, 2021).

Un análisis de la imputación objetiva en el delito de peculado debe tomar en cuenta este aspecto, ya que el análisis de la adjudicación de responsabilidad penal del agente activo no puede ser el mismo entre un ciudadano que ejerce un rol común a uno especial.

Cabe ahora plantear la interrogante ¿el principio de confianza puede ser factor de exclusión de imputación en el delito de peculado por apropiación?

El tipo penal de peculado señala al funcionario y servidor público como agentes posibles y únicos del delito. La apropiación es uno de los verbos rectores de la acción tipificada. De acuerdo a Prado (2023), el elemento fundamental del delito es la relación existente entre el funcionario y los caudales o efectos confiados en razón a su cargo.

En este primer nivel, cabe imputación únicamente observando la relación funcional del funcionario o servidor. Esta relación está determinada no por la voluntad o cuestiones subjetivas, sino por la legitimidad que otorga la ley que adjudica un rol específico al funcionario o servidor público.

Según el Acuerdo Plenario N° 4-2005, existe una base jurídica que respalda la obtención de un cargo público determinado, el cual determina las funciones y derechos que posee el funcionario o servidor. Este es el núcleo de la relación funcional que explica el enunciado “por razón de su cargo” que se detalla en el tipo penal, el cual brinda al sujeto activo una posición de garante respecto a los bienes que lo son encomendados. Todo ello, bajo el cumplimiento de un rol determinado de carácter especial.

En este escenario, el principio de confianza no puede ser un criterio aplicable de exclusión de imputación, puesto que el funcionario o servidor no actúa en base a un rol general, sino a uno especial. Y dicha cualidad tiene sus bases en la participación de dicho agente en una institución estatal que busca la preservación del estado como núcleo organizacional de la sociedad.

Considerar lo contrario, sería vulnerar principios elementales de la Administración Pública, las cuales están detalladas en el Título Preliminar de la Ley de Procedimiento Administrativo General y emanan, a su vez, de los artículos 39 y 40 de la Constitución, el cual taxativamente señalada que todos los funcionarios están al servicio de la nación.

De esta manera, sería impensable que un funcionario o servidor actúe en plena confianza de que terceros cumplan adecuadamente sus actividades, sin observar el mandato legal por el cual ha sido designado en el cargo.

Análisis aplicado al caso:

La casación expone el análisis de la determinación de la autoría de Christian Mario Rospigliosi Mendoza como autor del delito de peculado por apropiación en su calidad de jefe la Oficina de Servicio Y Equipo Mecánico (OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua entre el 07 de enero y 15 de marzo de 2015. Ello, de acuerdo a la denuncia presentada por el Ministerio Público.

De acuerdo al pronunciamiento de la primera y segunda instancia, se excluyó de la imputación a Rospigliosi Mendoza en función a una interpretación tergiversada de los conceptos que subyacen a la aplicación del principio de confianza. De acuerdo a dicho razonamiento, se señaló que fue el servidor Leonel Gonzáles Peñares, el encargado directo de suministrar el combustible lo cual dejó fuera del ámbito de competencia directa o material al funcionario Rospigliosi Mendoza.

La segunda instancia agregó que los registros de la administración del combustible, si bien fueron adulterados, no se pudo determinar que dichas modificaciones fueran hechas por el funcionario Rospigliosi Mendoza. A pesar de ello, el colegiado reconoció que, de acuerdo al Manual de Organización y Funciones de la OSEM, era Rospigliosi Mendoza el encargado de organizar, dirigir, ejecutar, controlar y evaluar la administración de su oficina.

Por su parte, la Corte Suprema manifestó que las interpretaciones realizadas por las instancias anteriores no tomaron en cuenta las competencias institucionales internas del Gobierno Regional, las cuales están detalladas en su reglamento. Sostiene su análisis al afirmar que Rospigliosi Mendoza, en su calidad de superior jerárquico, tenía un deber positivo especial por razón de su cargo.

En ese sentido, la Corte Suprema admite la posibilidad de que el delito de peculado por apropiación pueda ser cometido por un subordinado, pero que la responsabilidad penal también alcanza a Rospigliosi Mendoza por su calidad de jefe y sus deberes expuestos en los lineamientos legales previamente citados.

Posición personal:

El Colegiado Superior incurre en infracciones materiales de aplicación de la doctrina sobre el principio de confianza respecto a la imputación objetiva del encausado.

Esto se observa en la exclusión de la imputación basado únicamente en la conexión material del encausado con el objeto del delito; esto es, el combustible donado. La justificación central de tal exclusión alude a que el encausado únicamente realizó actos neutrales respecto a la administración del combustible.

Esta interpretación representa un error conceptual respecto a cómo deben concebirse los actos neutrales y la naturaleza de su aplicación. Éstos son definidos como acciones realizadas por las personas en la condición cotidiana de su interacción social que presentan determinada regularidad en relación con la creación de un riesgo determinado (Meini, 2014). Son neutros porque quien los realiza los hace en función al desarrollo previsible de su rol.

Sin embargo, el error del Colegiado Superior recae en interpretar al funcionario Rospigliosi Mendoza como uno que ejecuta un rol general y no especial. Ello se infiere de lo sostenido en la casación cuando se señala que el Colegiado Superior determinó que las acciones realizadas por el encausado fueron inocuas en relación al delito de peculado porque no fue él quien realizó las adulteraciones de los registros.

Esta lectura deja de lado la obligatoriedad del funcionario en controlar y vigilar el contenido de dichos registros, independientemente de su participación como autor material de la adulteración de los registros. Es decir, el Colegiado Superior analiza al encausado bajo una óptica equivocada, la cual le sirve de sustento para argumentar el principio de confianza como una exclusión de imputación objetiva.

Como se vio en el análisis conceptual de dicha teoría, la imputación objetiva busca determinar la relación triada existente entre el acto, el nexo causal y el resultado. La configuración correlativa de estos supuestos permite afirmar un supuesto de aplicación de la imputación objetiva.

En ese sentido, la subsunción de los hechos sería la siguiente: el acto es la apropiación del combustible, mientras que el resultado es la obtención de beneficios económicos derivados de su valorización determinadas por peritaje. Sin embargo, el nexo causal no se deriva del dominio material del objeto del delito, sino de la responsabilidad que radica en el funcionario, el cual a su vez está determinada por un mandato legal.



Elaboración propia

Esta distinción es fundamental porque permite realizar una imputación adecuada por medio de una interpretación acorde a los planteamientos teóricos señalados previamente. Con esto en cuenta, el encausado Rospigliosi Mendoza sí es imputable objetivamente del delito de peculado por apropiación ya que, presuntamente por omisión, es responsable.

Al respecto, la Corte Suprema se pronuncia acertadamente sobre los elementos conceptuales relevantes al caso; sin embargo, solo los enuncia, y únicamente resalta el deber de control y vigilancia del encausado. Pero no profundiza en el análisis, el cual se espera en todo pronunciamiento de alta jerarquía.

En ese aspecto, detalla que la aplicación del principio de confianza no puede ser materia de exclusión de la imputación, ya que existió un deber de controlar que tuvo el encausado en observancia de la relación funcional. También sostiene que la omisión del Colegiado Superior al no pronunciarse sobre los visados en las anotaciones del registro de combustible, también debe ser analizado ya que tampoco fue tomado en cuenta en el estudio del caso.

Sin embargo, la Corte Suprema no realiza la descripción necesaria por la cual la imputación por peculado sí le corresponde al encausado, toda vez que dicho pronunciamiento serviría de hoja de ruta para futuros casos en donde la posibilidad de una imputación resulte incierta o difusa.

V.4. ¿Cuáles son las afectaciones constitucionales de una interpretación inadecuada de la imputación objetiva del tipo penal de peculado por apropiación?

V.4.1 El principio constitucional a la debida motivación

Uno de los principales rasgos que se exige a todo pronunciamiento jurisdiccional es la razonabilidad y coherencia. Se busca que lo resuelto se sostenga en base a una argumentación basada en razones y no meras conjeturas subjetivas o arbitrarias alejadas de la ley y la razón.

Esta idea es un elemento que forma parte del principio de la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Debido Proceso. El primero, basado en el acceso de los ciudadanos a un sistema de justicia que resuelva con efectividad y celeridad sus conflictos legales. El segundo, de influencia del constitucionalismo americano, enfatiza la

necesidad de la razonabilidad de las sentencias como aspecto capital que otorga valor a los pronunciamientos de los jueces. En ese sentido, ambos principios suponen la existencia de garantías procesales que responden principalmente a dos aspectos: i) el respeto a los derechos subjetivos, esto es, el derecho de cada ciudadano a acudir a la justicia conforme a su propio contexto y, ii) el respeto a los derechos objetivos fundamentales, el cual implica la existencia de un conjunto de derechos que forman parte del núcleo constitucional normativo y de observancia imperativa (Landa, 2001).

El debido proceso se desprende de las garantías procesales para dotar de seguridad jurídica el acceso y aplicación del sistema de justicia. De acuerdo a Landa (2001) al ser un orden conformado por personas, este es susceptible de ser perfectible, y ello requiere de la observancia de ciertas reglas que han sido otorgadas por el desarrollo histórico del derecho procesal en el siglo XX (Priori, 2019).

Tras ser concebido inicialmente como una rama independiente, el estudio del Derecho Procesal fue adherido al constitucionalismo por la importancia de su naturaleza en el sistema de justicia. De esta manera, el debido proceso o *due process of law* adquirió un matiz más elevado como garantía del acceso a la justicia para proteger elementos sustantivos del proceso vinculados al aseguramiento del respeto de los derechos fundamentales de los justiciables, así como también determinar la existencia de un debido proceso adjetivo asociado a garantías puramente procesales para proteger dichos derechos (Landa, 2001).

La debida motivación forma parte de este esquema conceptual y su existencia subyace al reconocimiento de una necesidad objetiva de sustento razonable de pronunciamientos jurisdiccionales en consonancia con el ordenamiento legal. Así

lo determina la Constitución del Perú a través de los Principios de la Administración de Justicia:

“La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan” (Artículo 139, numeral 5).

De esta manera, la debida motivación se erige como principio constitucional por su relevancia en un proceso judicial el cual, a su vez, está comprendido en el respeto a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y el Debido Proceso (Liza, 2022).

V.4.2. Efectos de la infracción constitucional a la debida motivación en la imputación objetiva del tipo penal de peculado por apropiación

El sistema jurídico está creado, principalmente, para que los ciudadanos acudan a las instancias judiciales para resolver determinados conflictos. Esto implica el inicio de un proceso, el cual está sujeto a determinadas reglas procesales claramente definidas y acorde al principio de Tutela Jurisdiccional Efectiva (Priori, 2019).

De esta manera, los justiciables esperan ser parte de un proceso que no solo cumpla con las garantías procesales, sino también las sustanciales, confiados en que los operadores de justicia hagan su trabajo y actúen acorde a ley. Si esto no ocurre, los ciudadanos pueden considerar, con toda razón, que la justicia no se aplica en su país, y que sus operadores podrían estar al servicio de intereses ajenos a la ley.

De acuerdo al Tribunal Constitucional (Exp. N° 1480-2006-AA/TC), la debida motivación constituye una garantía de los ciudadanos frente a eventuales arbitrariedades de los magistrados. Al respecto, el Tribunal también ha

establecido la existencia de determinados errores en la motivación que generan afectación a derechos fundamentales. Estos son:

- i) Inexistencia de motivación o motivación aparente.
- ii) Falta de motivación interna del razonamiento.
- iii) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas.
- iv) La motivación insuficiente.
- v) La motivación sustancialmente incongruente.
- vi) Motivación cualificada.

El Tribunal Constitucional precisa que estos tipos de errores tienen como eje central la afectación al derecho a la debida motivación; en consecuencia, la decisión emitida en base a este equivocado razonamiento, será arbitraria e inconstitucional (Exp. N° 05601-2006-PA/TC).

Además, agrega que las decisiones emitidas erradamente, colisionan con el principio de interdicción o prohibición de la arbitrariedad que es una de las bases del Estado Democrático y Constitucional de Derecho. Es decir; se sujeta a ley y no a la arbitrariedad. En ese sentido, el Tribunal distingue dos aspectos respecto a dicho principio: i) La justicia y arbitrariedad como dos elementos contrapuestos y ii) La arbitrariedad como aquello carente de fundamento objetivo o razonabilidad (Exp. N° 0090-2004-AA/TC).

Del mismo modo, la Casación 678-2020 Apurímac, detalla la existencia de tres patologías de la motivación: falseada, irracional e insuficiente, las cuales representan un desarrollo similar al planteado por el Tribunal Constitucional. En ese sentido, precisa que los métodos de valoración probatoria deben ser acordes a las leyes de la lógica, los conocimientos brindados por la ciencia y las máximas de la experiencia. En consecuencia, su infracción devendrá en una motivación irracional o ilógica.

De esta manera, los efectos que surgen a partir de una interpretación equivocada de la teoría de la Imputación Objetiva en el delito de Peculado por apropiación impactan directamente en la garantía constitucional a la debida motivación, puesto que esta figura se erige como pieza fundamental en un Estado Constitucional de Derecho, donde la arbitrariedad está proscrita.

Si la decisión de los magistrados se conduce a través de un análisis errado de aspectos sustanciales en la imputación, el proceso se torna en trunco y deficiente. Más aún, si el juicio de tipicidad es uno de los pilares iniciales que sostiene la evaluación del hecho delictivo. En consecuencia, el agraviado se revela como indefenso ante el sistema de justicia y el acusado, impune.

En el delito de Peculado, el agraviado es el Estado. Ello comprende una afectación mayor alcance, ya que la vulneración tiene un matiz público y general debido a que es la correcta administración y los recursos del erario nacional los que se ven vulnerados por este delito. En la variante del peculado por apropiación, el agente delictivo es el funcionario o servidor público quien vulnera su posición de garante y traiciona la confianza de la ciudadanía (Salinas, 2023).

En este caso, la afectación no incide directamente sobre un aspecto asociado al derecho fundamental de las personas, sino al sistema democrático en general y la institucionalidad jurídico política del país, detallado en el artículo 43 de la Constitución.

Análisis aplicado al caso:

Los hechos señalan que la Sala Superior recibió la pericia que informó sobre la adulteración del Cuaderno de Registro del combustible, sobre el cual se

determinó la valorización del monto apropiado de S/. 7,570.06 soles por los 806 galones de combustible sustraídos.

Sin embargo, la Sala Superior señaló que, para determinar la comisión del delito, se requería que la pericia también informara quién fue el autor material de las modificaciones en el Cuaderno de Registro. Sin embargo, esta interpretación carece de lógica, ya que, para corroborar la existencia de las adulteraciones, y por ende, el delito, bastó únicamente el informe pericial, ya que la naturaleza del tipo penal de peculado y la correcta aplicación del principio de confianza así lo exigen. Por lo tanto, este hecho constituye un acto errado de interpretación y una valoración inadecuada de la prueba. Es decir, una inferencia probatoria equivocada que afecta la imputación y la debida motivación por ser ilógica.

Del mismo modo, tampoco se explica cómo la Sala Superior no tomó en cuenta las declaraciones del jefe posterior de la OSEM, Jesús Ángel Alvarado Pacheco, los operadores y trabajadores del área quienes declararon que el encausado Rospigliosi Mendoza tenía un determinado control respecto a la administración del combustible. Esta exclusión también es una muestra de afectación a la debida motivación, ya que resta sustancia a la absolución de la sala al no tomar en cuenta elementos probatorios relevantes al caso.

Asimismo, respecto a las máximas de la experiencia aplicadas, la Corte Suprema también se señala una falta de logicidad respecto a la interpretación de la sala. Hubo una incorrecta aplicación de una máxima de la experiencia porque la Sala Superior consideró que, entre las funciones de un puesto de jefatura, se encuentra la delegación de acciones y tareas a los subordinados.

Así las cosas, no se tomó en cuenta la naturaleza propia del peculado como un delito de infracción de deber. Esta aplicación incorrecta de dicha máxima de la experiencia apoyada en supuestos actos nuestros, llevaron a la construcción de una inferencia errada que tuvo como consecuencia la exclusión de la imputación.

Este hecho también es muestra de vulneración a la debida motivación por la inconsistencia del razonamiento planteado por la Sala Superior.

Se trata pues, de una cadena de sucesos que revelan cómo los errores de interpretación y aplicación de las categorías jurídicas pueden tener consecuencias fundamentales en la adjudicación o absolución de responsabilidad penal, como se observa en el presente caso.

Adicionalmente, también se advierte una motivación insuficiente, al no haberse realizado un análisis más detallado respecto a las actividades desarrolladas por el encausado Rospigliosi Mendoza durante su administración del combustible. Al precisarse que existe un deber positivo especial de cuidado a razón de su cargo, se colige que la función del encausado le exigía una posición proactiva respecto al cuidado y administración del combustible.

Sin embargo, los hechos vinculados a este punto no fueron analizados por la Sala Superior, lo cual no brinda un panorama total de dicha vinculación y la determinación de la gradualidad de los niveles de cuidado reprochables al encausado. Más aún si este no se presentó a la audiencia de apelación y no se pudo escuchar sus descargos. De esta manera, la motivación de la Sala Superior se manifiesta insuficiente y deviene en inconstitucional.

VI. Conclusiones:

- El Principio de Confianza es un concepto jurídico e interdisciplinario que responde a la necesidad funcional de la sociedad en base a su distribución adecuada de roles ciudadanos. Ello, a razón de la sistemática y compleja constitución social que implica el desarrollo de una serie de actividades a través del cual se optimiza la acción colectiva e individual.

- En el campo jurídico penal, el Principio de Confianza permite la delimitación de la responsabilidad de las personas, al tener en cuenta que sus alcances y límites permiten establecer un marco de entendimiento general sobre su incidencia en la imputación del agente activo.

- La aplicación del Principio de Confianza en los delitos contra la Administración Pública se ve limitada por la función específica del funcionario o servidor público; es decir, no es de aplicación absoluta y se ve restringida en observancia de los mandatos legales que rigen la actuación de los funcionarios y servidores públicos.

- La Sala Superior aplica incorrectamente el Principio de Confianza al considerar que el encausado Rospigliosi Mendoza actuó bajo el amparo de dicha figura. Esta interpretación no se condice con sus alcances ni la naturaleza del delito de peculado, ya que el Principio de Confianza presenta límites en virtud del cargo del encausado, el cual no permite que, bajo una supuesta delegación de labores, se le excluya de responsabilidad.

- La teoría de infracción de deber es una de las tres categorías vinculadas a la autoría, en adición al dominio del hecho y la ejecución por mano propia, desarrollado por Claus Roxin. Conforme a ello, la infracción de deber surge en respuesta al problema de autoría y participación porque establece la responsabilidad del agente activo de acuerdo al quebrantamiento del rol especial dispuesto.

- La teoría de infracción de deber es un elemento capital en la determinación de responsabilidad penal. Así lo establece el Acuerdo Plenario N° 2-2011/CJ-116, el cual le otorga un nivel mayor de relevancia respecto al dominio del hecho,

dada la funcionalidad de su aplicación en los delitos contra la Administración Pública.

- La teoría de infracción de deber en el delito de peculado considera a la relación funcional como un aspecto capital en el análisis de la responsabilidad penal. Dicha relación se materializa en el grado de vinculación que posee el agente activo y los caudales o efectos que administra.

- La Sala Superior interpreta incorrectamente la naturaleza jurídica del peculado como uno de infracción de deber y no toma en cuenta el quebrantamiento del deber de cuidado especial que recae sobre el encausado Rospigliosi Mendoza. Esta interpretación conlleva a una exclusión de imputación equivocada que surge a partir de una inferencia incorrecta.

- La Corte Suprema realiza una referencia inadecuada sobre la aplicación de la teoría mixta aportada por Silva Sánchez, en donde incluye elementos de dominio en el delito de peculado. Esta propuesta genera incertidumbre y se aparta de precedentes jurisprudenciales que han establecido al peculado como uno de infracción de deber, sobre el cual no es relevante el dominio del riesgo, sino la vulneración del deber institucional encomendado.

- La teoría de la teoría de la imputación objetiva surge para suplir las ausencias técnico jurídicas de la teoría causalista en su determinación de responsabilidad penal. Centra su análisis en la creación del riesgo y sus múltiples consecuencias que se derivan de las actividades que se suscitan en la sociedad.

- La imputación objetiva del delito de peculado debe tener en cuenta el deber especial de cuidado que rige la actuación de los funcionarios públicos. Ello, a

razón de que los supuestos de confianza exigibles al ciudadano común, son los mismos de quien ostenta la función pública.

- El encausado Rospigliosi Mendoza es excluido de imputación equivocadamente por la Sala Superior. El Principio de Confianza no puede ser un criterio aplicable de exclusión de imputación porque el funcionario o servidor no actúa bajo un rol general, sino especial. Ello, en base a su participación como agente de una institución estatal que la preservación del sistema político jurídico como núcleo organizacional de la sociedad.

- La Sala Superior incurre en infracción material de aplicación del Principio de Confianza respecto de la imputación objetiva del encausado Rospigliosi Mendoza. Señala, equivocadamente, la ejecución de actos neutros, los cuales no se corresponden con los hechos ya que sobre el encausado prevalecía un deber especial de cuidado sobre los Cuadernos de Registro de combustible que tenía bajo su administración.

- La Corte Suprema señala el error de la Sala Superior y considera que existe una lectura equivocada del Principio de Confianza que incide en la exclusión de imputación del encausado Rospigliosi Mendoza. Sin embargo, no profundiza en el análisis, lo cual habría dado mayor sustancia a sus argumentos y establecido la aplicación correcta de dicho principio, en lugar de un pronunciamiento enteramente descriptivo.

- Los errores de imputación efectuados por la Sala Superior devienen en una afectación a la debida motivación. Esta es una garantía constitucional exige coherencia y razonabilidad a todo pronunciamiento jurisdiccional. La debida motivación es un elemento fundamental del debido proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Ambos principios buscan respaldar el acceso ciudadano

a la justicia y la observancia de la legalidad por parte de los operadores de justicia, los cuales han sido vulnerados en el presente caso por las interpretaciones erradas de las instancias recurridas.

- En ese sentido, la Sala Superior incurre en una vulneración a la debida motivación por ilogicidad al realizar una valoración probatoria inadecuada. La Sala determina la comisión del delito e imputación en función al autor material de la adulteración del Cuaderno de Registro de combustible, sin tomar en cuenta el elemento principal del tipo delictivo: la apropiación el combustible confirmado por la pericia que reveló la adulteración. Esto es una manifiesta contravención a la lógica que subyace a la comisión del tipo penal de peculado en función a su naturaleza como uno de infracción de deber, que contempla la apropiación y el quebrantamiento de un deber especial de cuidado.

- La Sala Superior también incurre en una motivación insuficiente al no tomar en cuenta las declaraciones de operarios y testigos diversos que manifestaron que el encausado Rospigliosi Mendoza coordinaba la administración del combustible a su cargo mientras fue jefe del OSEM.

- La motivación insuficiente y la ilogicidad son dos patologías de la motivación mencionadas por la Corte Suprema, pero que no abundan en un mayor desarrollo respecto al caso y que podría haberse realizado para sentar un precedente mucho más sólido sobre las consecuencias de una motivación ajena a ley en el delito de Peculado y los de la Administración Pública en general.

VII. Bibliografía

Normativa:

Constitución Política del Perú de 1993.

Código Penal peruano.

Nuevo Código Procesal Penal peruano.

Ley del Procedimiento Administrativo General.

Jurisprudencia:

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, 13 de octubre de 2008.

Sentencia del Tribunal Constitucional del Exp. N° 0896-2009-PHC/TC, 24 de mayo de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente. Casación 678-2020 Apurímac, San Martín Castro, 18 de abril de 2022.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria, Casación 1500-2017 Moquegua, San Martín Castro, 15 de mayo de 2019.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 1362-2016 Puno, Calderón Castillo, 13 de setiembre de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Permanente, Recurso de Nulidad 615-2015 Lima, Pariona Pastrana, 16 de agosto de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala Penal Transitoria, Recurso de Nulidad 1865-2010 Junín. Villa Bonilla, 23 de junio de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Acuerdo Plenario N° 02-2011/CJ-116.

Corte Suprema de Justicia. Acuerdo Plenario N° 04-2005/CJ-116.

Doctrina:

Abanto, M. (2004). Autoría y participación y la teoría de los delitos de infracción de deber. *Revista Penal*, N° 14.

Blancas, C. (2017). *Derecho Constitucional*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Bolaños, M.(comp) (2005). *Imputación objetiva y Dogmática Penal*. Bogotá: Universidad de los Andes.

Calamandrei, P. (1960). *Proceso y democracia*. Traducción de Héctor Fix Zamudio. Buenos Aires: Editorial Ejea.

Cancio, M. (2001). *Líneas básicas de la teoría de la imputación objetiva*. Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

Caro, J. (2003). *La imputación objetiva en la participación delictiva*. Lima: Grijley.

Caro, J. (2014). *Manual teórico práctico de teoría del delito. Serie: Derecho Penal en el Perú*, Vol 1. Lima; Ara Editores.

Contraloría General de la República. *Primer encuentro de control y buen gobierno. La corrupción y la inconducta funcional en el Perú* (2023).

Contraloría General de la República. *Primer encuentro de control y buen gobierno. La corrupción y la inconducta funcional en el Perú* (2022).

Diamond, J. (2020). *Armas, gérmenes y acero*. DeBolsillo.

Feijoo, B. (2002). *Imputación objetiva en el Derecho Penal*. Lima: Grijley.

Feijoo, B. (2007). *La normativización del Derecho Penal. ¿Hacia una teoría sistémica o hacia una teoría intersubjetiva de la comunicación?* Lima: Ara Editores.

Ferrajoli, L. (2010). *Democracia y Garantismo*. 2da edición. Madrid: editorial Trotta.

García, P. (2006). Cuestiones generales de la imputación objetiva en el derecho penal peruano. *Aportes al Derecho Penal Peruano desde la Perspectiva Constitucional*. Revista Institucional (7).

García, P (2012). *Derecho Penal. Parte General (2ª ed.)*. Lima: Jurista Editores.

Gómez, V. (2003). Los delitos especiales. Tesis doctoral. Universitat de Barcelona. Facultat de Dret.

Harari, Y. (2015). *Sapiens, de humanos a dioses*. DEBATE.

Hurtado, J. (2005). *Manual de Derecho Penal. Parte general I (3ª ed.)*. Lima.

Jakobs, G. (1996). *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional* (trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez). Madrid: Civitas.

Jakobs, G. (1997). *La imputación objetiva en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc.

Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Landa, C. (2001). El derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional. *Pensamiento Constitucional*. Año VIII N° 8. 446-461.

Liza, L. M. (2022). Importancia de la motivación de las resoluciones. *Revista Oficial Del Poder Judicial*, 14(18), 289-304.
<https://doi.org/10.35292/ropj.v14i18.610>

Los Gobiernos Regionales al inicio de su segunda década. 46 experiencias de éxito de la gestión pública regional. *Asamblea Nacional de Gobiernos Regionales* (2015).

Maraver, M. (2007). *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*. Navarra.

Meini, I. (2014). *Lecciones de Derecho Penal - Parte General*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

Mir Puig, S (2002). La parte objetiva del tipo doloso: relación de causalidad e imputación objetiva. Imputación objetiva y antijuridicidad. *Estudios de Derecho Penal*. La Paz: Editorial Jurídica Bolivariana.

Montoya, Y. (2015) *Manual sobre delitos contra la administración pública*. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEHPUCP).

Pariona, R. (2011) *La teoría de los delitos de infracción de deber fundamentos y consecuencias*. Lima: Gaceta Penal.

Prado, V. (2017). *Derecho Penal. Parte Especial: los delitos*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Priori, G. (2019). *El proceso y la tutela de los derechos*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rojas, F (2021). *Delitos contra la Administración Pública (5.a ed.)*. Gaceta Jurídica.

Rubio, M. (2020). *El sistema jurídico. Introducción al derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual, traducción de Manuel Abanto Vásquez*. Lima: Grijley.

Roxin, C. (1997). *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos de la estructura de la teoría del delito*. Madrid: Civitas.

Roxin, C. (1976). *Problemas básicos del Derecho Penal, traducción de Diego Manuel Luzón*. Madrid.

Salinas, R. (2018). La teoría de infracción de deber en los delitos de corrupción de funcionarios. En J. Hurtado. (Dir.), *Problemas actuales de política criminal: anuario de derecho penal 2015-2016*, 93-126

Salinas, R. (2023). *Delitos contra la Administración Pública (5ª ed.)*. Lima: IUSTITIA.

Salmón, E. & Blanco, C. (2012). *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Silva, J. (2013). *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*. Barcelona: Edisofer S.L. y Bdef.

Silva, J. (1992). *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Barcelona: Bosch.

Taruffo, M. (2016). "Apuntes sobre las funciones de la motivación". En: *Argumentación Jurídica y Motivación de las Resoluciones Judiciales*. Lima: Editorial Palestra.

Villavicencio, F. (2017). *Derecho penal básico*. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley.

Zaffaroni, E (2002). *De la causalidad a las teorías de la imputación objetiva. En Imputación objetiva y antijuridicidad*. Estudios de Derecho Penal. Primera edición. La Paz: Editorial Jurídica Bolivariana.



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

persecutado 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 *intranei*, 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