

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

Lima, diecisiete de enero de dos mil trece.-

**VISTOS:** los recursos de nulidad interpuestos por el representante del Ministerio Público y los sentenciados Marcelino Bibiano Cari Flores y Mariano Ausberto Nacimiento Quispe, contra la sentencia de fecha veintinueve de febrero de dos mil doce, obrante a fojas setecientos sesenta y cinco, que condenó al encausado Mariano Ausberto Nacimiento Quispe, como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado de uso, en agravio del Estado y al procesado Marcelino Bibiano Cari Flores, como cómplice primario del delito contra la administración pública en la modalidad de peculado de uso, en agravio del Estado, imponiéndole a cada uno de ellos un año de pena privativa de libertad, suspendida por el periodo de prueba de un año; fijó en mil nuevos soles por concepto de reparación civil, que deberán abonar ambos sentenciados en forma solidaria a favor de la entidad agraviada; y les impusieron a cada uno de ellos la pena de inhabilitación por el período de un año; interviniendo como ponente el señor Juez Supremo Villa Stein; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO: FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE NULIDAD:**

1.1. El representante del Ministerio Público, a folios setecientos noventa y dos a setecientos noventa y cuatro, fundamenta su recurso de nulidad señalando, que en autos se ha comprobado la responsabilidad penal de los procesados en la comisión del delito instruido, sin embargo, la Sala Superior los condenó a tan solo un año de pena privativa de la libertad suspendida, por el mismo período, pese a no cumplirse con los requisitos aplicables para la suspensión

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

de la pena, por lo que solicita se incremente la pena a la inicialmente solicitada.

**1.2.** Asimismo, la defensa técnica del procesado Mariano Ausberto Nacimiento Quispe, en su medio impugnatorio, a folios ochocientos treinta y seis a ochocientos cuarenta y tres, argumenta que debe ser absuelto de los cargos inculpativos, por los siguientes fundamentos: **i)** el único documento que ha servido de sustento para condenarlo ha sido la Certificación Policial; sin embargo, la misma se encuentra desvirtuada con lo manifestado por su co procesado Marcelino Bibiano Cari Flores, lo cual a su vez, se condice con lo vertido por el procesado recurrente en su declaración instructiva; **ii)** el acta de visualización del video, carece de valor probatorio, pues dicha diligencia no contó con la presencia del representante del Ministerio Público, y menos aun se realizó en presencia del encausado y su abogado defensor; **iii)** la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica, es la propietaria del vehículo de placa número PF – cinco mil ciento noventa y cuatro, conforme se aprecia de la boleta informativa de fojas diez, la cual era prestada o asignada al Presidente de la Junta, lo que desvirtúa la tesis del Juzgador al señalar que el bien (vehículo) es público y del Municipio; puesto que dicha empresa es una Sociedad Anónima; por ende, se encuentra regulada por la Ley General de Sociedades, en consecuencia, su patrimonio corresponde a la esfera privada, la cual no estaba en disposición del encausado, menos aún, en su calidad de Alcalde y cumpliendo funciones de la administración pública; y, **iv)** se le condenó, sólo con los dichos y versiones de los Regidores, vulnerándose su derecho a la presunción de inocencia.

**1.3.** Por su parte, el procesado Marcelino Bibiano Cari Flores, a folios

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

ochocientos cuarenta y seis a ochocientos cuarenta y nueve, alega que la Sala Superior no ha valorado el hecho de que él no es funcionario ni servidor público, requisito establecido en el artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal. Asimismo, tampoco se valoró que durante el proceso ha manifestado que desconocía que su accionar constituía delito y que el vehículo es de propiedad privada, de la empresa EMAPICA.

**SEGUNDO: IMPUTACIÓN FÁCTICA Y JURÍDICA:** Que, según la acusación fiscal de fojas trescientos cinco, se tiene que se le imputa al procesado Mariano Ausberto Nacimiento Quispe que en su condición de Alcalde provincial de la municipalidad provincial de Ica, ha utilizado la camioneta color azul, marca Toyota, de placa de rodaje PF- cinco mil ciento noventa y cuatro, de propiedad de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A., conducida por su coprocesado Marcelino Bibiano Cari Flores, para fines ajenos al servicio público, toda vez que la utilizaba para recoger a sus menores hijos, cuando salían del Colegio "San Vicente" de Ica, hechos que fueron constatados por personal policial de la jurisdicción el día veinte de mayo de dos mil nueve.

**TERCERO: FUNDAMENTOS DEL TRIBUNAL:**

**3.1.** Que, la doctrina procesal objetivamente ha considerado que para los efectos de imponer una sentencia condenatoria es preciso que el Juzgador haya llegado a la certeza respecto a la responsabilidad penal de los encausados, la cual sólo puede ser generada por una actuación probatoria suficiente que permita crear en él tal convicción de culpabilidad, sin la cual no es posible revertir la inicial condición de inocencia que tiene todo acusado de cometer un delito; ello implica, que para ser desvirtuada, se

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

exige una mínima actividad probatoria efectivamente incriminatoria, producida con las debidas garantías procesales y de la cual pueda deducirse la culpabilidad de los procesados, puesto que: "los imputados gozan de una presunción *iuris tantum*, por tanto, en el proceso ha de realizarse una actividad necesaria y suficiente para convertir la acusación en verdad probada; asimismo, -las pruebas- deben haber posibilitado el principio de contradicción y haberse actuado, con escrupuloso respeto a las normas tuteladoras de los derechos fundamentales" (Véase SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*, volumen uno, Editorial Jurídica Grijley, mil novecientos noventa y nueve, página sesenta y ocho).

**3.2.** En el presente caso, se encuentra acreditado que el procesado Mariano Ausberto Nacimiento Quispe, ostentó el cargo de Alcalde de la Municipalidad Provincial de Ica, desde el primero de enero de dos mil siete hasta la actualidad, conforme lo reconoce el propio encausado en su declaración instructiva del trece de mayo del dos mil diez, obrante a fojas doscientos cincuenta y uno; por lo que, al momento de los hechos tenía la calidad de Funcionario Público (cualidad especial del sujeto activo, conforme lo exige el tipo penal contemplado en el artículo trescientos ochenta y ocho del Código Penal); aunado a ello, también poseía la calidad de Presidente de la Junta General de Accionistas de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A. - EPS. EMAPICA S.A., en mérito a que la Municipalidad Provincial de Ica es la accionista mayoritaria de dicha empresa, tal como se aprecia del Estatuto de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A. - EPS. EMAPICA S.A., de fojas cuatrocientos veintiséis a cuatrocientos sesenta y siete, y la Copia literal certificada de la Partida número uno uno cero cero cero uno seis tres, del Registro de Personas Jurídicas de la Oficina Registral de Ica de la Inscripción de la Empresa Municipal de Agua Potable y

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

Alcantarillado de Ica -EMAPICA S.A., de fojas quinientos ochenta y cuatro a seiscientos setenta y ocho.

**3.3.** De igual forma, el encausado Marcelino Bibiano Cari Flores, al momento de ocurridos los hechos, mantenía un vínculo laboral con la Municipalidad Provincial de Ica, tal como se aprecia de la copia certificada de la Resolución de Gerencia de Administración número ciento cincuenta y nueve – dos mil nueve – GA – MPI, obrante a folios doce, el Contrato Administrativo de Servicios, obrante a fojas trece y el oficio número mil setecientos ocho – dos mil once – SG – RRHH – GA – MPI, obrante a fojas quinientos setenta; por lo tanto, tenía la calidad de servidor público, cumpliendo así con el elemento constitutivo para la configuración del tipo penal, esto es la cualidad del agente. Asimismo, en cuanto a lo sostenido por el encausado Cari Flores sobre el desconocimiento de su ilícito accionar, es de señalar que conforme al oficio número setecientos sesenta y cinco – dos mil once – SGLSI – GA – MPI, obrante a folios quinientos sesenta y nueve, remitido por el Sub Gerente de Logística y Soporte Informático de la Municipalidad Provincial de Ica, informó que el encausado laboró para dicho Municipio desde enero del año dos mil siete, desempeñándose en el área de logística, cumpliendo las labores asignadas, como traslado de personal y otros, habiéndosele asignado la camioneta de placa de rodaje número PF – cinco mil ciento noventa y cuatro, siendo que toda salida debía estar relacionada con labores de la comuna, hecho que debió ser de conocimiento del imputado, máxime si el mismo ya venía laborando en dicho Municipio; por lo que, debe considerarse lo alegado como un mero argumento de defensa, tendente a evadir su responsabilidad.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

**3.4.** De otro lado, se tiene que si bien el vehículo de placa de rodaje PF – cinco mil ciento noventa y cuatro, pertenece a la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica – EMAPICA, la cual es una Sociedad Anónima, conforme la Boleta Informativa emitida por la Zona Registral número XI de Ica, obrante a fojas diez; sin embargo, la Municipalidad Provincial de Ica es accionista mayoritaria de la referida empresa, conforme se aprecia del Estatuto de la EPS Emapica S.A., obrante a fojas trescientos treinta y siete a trescientos ochenta y seis; lo cual en concordancia con lo estipulado con **el inciso tercero, del artículo cincuenta y seis de la Ley número veintisiete mil novecientos setenta y dos, Ley Orgánica de Municipalidades, que establece que son bienes de las municipalidades "las acciones y participaciones de las empresas municipales", también es de concluirse que son bienes de tales entidades los inmuebles y muebles de las empresas municipales;** en consecuencia, el vehículo antes mencionado era un bien de la Municipalidad, más aún, si conforme se aprecia de Convenio de Colaboración Interinstitucional entre la empresa de prestación de servicios EMAPICA S.A. y la Municipalidad Provincial de Ica, obrante a fojas quinientos setenta y siete y el oficio número setecientos sesenta y cinco – dos mil once – SGLSI – GA – MPI, obrante a fojas quinientos sesenta y nueve, se entregó el vehículo antes veces mencionado al Alcalde para la realización de actividades funcionariales a favor de la Comuna; debiendo añadir que el presente caso, no se equipara al pronunciamiento emitido por la Segunda Sala Penal Transitoria, en la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad número mil trescientos ochenta y tres – dos mil seis, del veintisiete de noviembre del dos mil seis, al ser una hipótesis jurídica diferente, debiendo por

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

lo tanto, ser tratada desigualmente. Por consiguiente, en el caso de análisis el mencionado vehículo de la Empresa Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica, utilizado para fines particulares, pertenece a la Municipalidad Provincial de Ica y debía ser utilizado únicamente para actividades funcionariales a favor de dicha Entidad Edil.

**3.5.** Asimismo, la incriminación que pesa sobre los procesados Cari Flores y Nacimiento Quispe, se encuentran acreditadas con el siguiente caudal probatorio: **i)** La copia legalizada de Constatación Policial – Ocurrencia de Calle Común número setecientos ocho, de fojas nueve, efectuada a las dos y quince de la tarde, del día veinte de mayo de dos mil nueve, en el frontis de la I.E.P. San Vicente – Ica, realizada por Manuel Schrader Romero, Sub Oficial Técnico de Tercera de la Policía Nacional de la Comisaría de Ica, constatando que en el lugar se encontraba estacionada una camioneta de color azul, de placa de rodaje PF – cinco mil ciento noventa y cuatro, conducida por Marcelino Cari Flores, quien al ser entrevistado por el efectivo policial le refirió que se encontraba esperando a los hijos del Alcalde del Municipio de Ica para transportarlos hacia su domicilio; **ii)** Lo cual concuerda con la manifestación del Sub Oficial Manuel Schrader Romero, obrante a folios cuarenta y cinco a cuarenta y seis, quien refirió "*...sí hice la constatación policial que obra en la ocurrencia (...), debo decir que fue a solicitud del señor Víctor Hugo Ramírez Tipacti, quien me pidió que realice una constatación de una camioneta perteneciente al Estado que estaba siendo utilizada con fines particulares, es así que conjuntamente con el solicitante me constituí a inmediaciones del Ovalo del Estadio, cerca del Colegio "San Vicente", encontrando estacionada una camioneta de color azul, de placa de rodaje PF – cinco mil ciento noventa y cuatro, el mismo que era conducido por Marcelino Cari Flores a quien al intervenirle y preguntarle por la camioneta me dijo que el vehículo*

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

pertenecía a la Municipalidad Provincial de Ica, y que estaba a cargo del señor Alcalde Mariano Nacimiento Quispe, que se encontraba estacionado esperando que salgan del colegio los menores hijos del citado Alcalde para conducirlos hacia su domicilio, y que dicha labor la hacía todos los días de la semana (...), una vez concluida mi diligencia de constatación, vi que dos menores de edad, que salieron del Colegio de San Vicente, una mujercita y un varoncito, portando sus mochilas, subieron al vehículo de Placa PF-cinco mil ciento noventa y cuatro, asumiendo que eran los hijos del Alcalde que había referido el chofer Marcelino Cari Flores, y se retiraron con dirección al sur"; la cual fue ratificada a nivel judicial y en los debates orales, con fecha quince de octubre de dos mil nueve, conforme se aprecia a fojas ciento cuarenta a ciento cuarenta y uno;

**iii)** Versión que no ha sido negada por el procesado Cari Flores conforme se aprecia de su declaración instructiva de fojas doscientos treinta y cuatro a doscientos treinta y siete al referir que: "(...) no recuerda exactamente pero de repente algún efectivo como hay tanto de repente le haya preguntado por que estaba estacionado y que posible le haya dicho que esperaba a los hijos del Alcalde, pero es falso que le haya manifestado que recogía a los hijos del alcalde todos los días de la semana para llevarlos a su casa (...)"; **iv)** La que guarda concordancia con la manifestación de Víctor Hugo Martínez Tipacti, de fojas cuarenta y dos a cuarenta y cuatro, efectuada en Sede Policial, donde señala: "(...) dicho conductor fue abordado por el policía le dijo que era chofer de la Municipalidad de Ica y que se encontraba esperando a los hijos del Alcalde que salieran del Colegio "San Vicente", para trasladarlos a su domicilio";

**v)** De igual modo, obra a fojas cincuenta y ocho, el Acta de Visualización de Video, efectuada en Sede Policial, con fecha diez de julio de dos mil nueve, realizada por el instructor Mayor PNP Óscar Estrada Pedraza, donde señaló: "... se pudo visualizar el frontis del Colegio San Vicente, en cuyo lugar se observan varios vehículos estacionados, entre ellos, una camioneta marca Toyota de placa de rodaje PF – cinco mil ciento noventa y cuatro. También se observa una persona de sexo masculino en



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

actitud de espera. En el video se observan niños vistiendo uniformes, saliendo del Colegio San Vicente, se observa al conductor de la citada camioneta Marcelino Bibiano Cari Flores, llevando consigo una mochila y un niño siguiéndolo hacia el vehículo antes atado, posteriormente, dos colegiales, un niño y una niña que salieron del Colegio San Vicente abordaron la mencionada camioneta y se retiran del lugar". Asimismo, en el video se visualiza doce tomas estáticas (fotográficas) que corresponden a la secuencia de la escena visualizada, y llevan un rótulo en la parte inferior izquierda y derecha que dice: "Colegio San Vicente – dos horas, veinte minutos pm" y "diecinueve de mayo de dos mil nueve"; respectivamente, la cual si bien no contó con la participación del representante del Ministerio Público, motivo por el cual el encausado Nacimiento Quispe pretende restarle validez; sin embargo, durante el proceso se visualizó el video, siendo sometido a contradicción con las garantías de ley, tanto a nivel judicial conforme se advierte a fojas doscientos cincuenta y tres a doscientos cincuenta y cuatro, contando con la presencia del representante del Ministerio Público y en los debates orales, conforme se aprecia en la sesión número siete de fecha veintidós de noviembre de dos mil once, que corre a fojas quinientos veintinueve a quinientos treinta y uno, en la que reconoció el procesado Cari Flores su imagen y que estacionó el vehículo que conducía de placa de rodaje PF- cinco mil ciento noventa y cuatro, en el frontis del Colegio "San Vicente" para recoger a los hijos del Alcalde; **vi)** Asimismo, se encuentra acreditado que los menores que aparecen en las Vistas fotográficas de fojas veinticuatro a veintiocho y en las Actas de Visualizaciones de los Videos son los hijos menores del procesado Nacimiento Quispe, como él mismo ha reconocido en la sesión de juicio oral número cinco, del siete de noviembre de dos mil once, obrante a fojas quinientos cinco, corroborada con la versión

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

del procesado Cari Flores, conforme se aprecia del acta de sesión número siete, del veintidós de noviembre de dos mil once, obrante a fojas quinientos veintinueve y siguientes y por el mérito del oficio número cero cuarenta y dos – dos mil nueve – E.I.P.P. "S.V."-I, de fojas ciento treinta y dos, remitido por el Sub Director del Colegio "San Vicente" de Ica, que informa al Juzgado que cuatro menores hijos del Alcalde estudian en dicho Colegio en los niveles de inicial, primaria y secundaria.

**3.6.** De lo expuesto, se tiene que al encausado Mariano Ausberto Nacimiento Quispe (quien tenía la calidad de Presidente de la Junta General de Accionistas de la EPS EMAPICA S.A., por ostentar el cargo de Alcalde de la Municipalidad de Ica, por ser ésta la accionista mayoritaria), se le asignó el vehículo de placa de rodaje PF – cinco mil ciento noventa y cuatro, para la realización de actividades funcionariales que incidan en la mejora de la calidad de la vida de la comunidad Iqueña (véase el Oficio número cuatrocientos sesenta y dos – dos mil once – GG – EPS EMAPICA SA, de fojas quinientos setenta y seis); habiendo éste dispuesto en diversas oportunidades sirva para el recojo y traslado de sus hijos desde el Colegio "San Vicente" de Ica hacia su domicilio (es decir, se usó el vehículo antes mencionado para fines ajenos al servicio); no resultando creíble la versión de descargo del encausado Nacimiento Quispe, que desconocía que su coencausado Marcelino Bibiano Cari Flores efectuaba el recojo de sus menores hijos a su salida de su Colegio y los trasladaba hasta su domicilio; por lo que, estando a lo expuesto, se encuentra acreditado el delito instruido y la calidad de autor del mismo, habiendo colaborado para ello su coimputado Marcelino Bibiano Cari Flores, en calidad de cómplice primario en el delito de peculado de uso.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

3.7. Finalmente, respecto al cuestionamiento formulado por el representante del Ministerio Público, es menester señalar que la determinación de la pena prevista en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal, deviene en un procedimiento técnico y valorativo que importa un proceso intelectual por parte del Juzgador, en la que la fijación de la pena a imponerse debe ser consecuencia de una decisión debidamente razonada y ponderada y ajena de toda consideración subjetiva. En tal sentido, la individualización de la pena, ciertamente implica la sujeción a los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad y proporcionalidad (artículos II, IV, VII y VIII del Título Preliminar del Código Sustantivo), bajo la estricta observancia del deber constitucional de motivación de las resoluciones judiciales, criterios que son recogidos en el Acuerdo Plenario número uno – dos mil ocho / CJ – ciento dieciséis, de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha dieciocho de julio de dos mil ocho. Para el caso concreto, se advierte que el Colegiado Superior ha meritado debidamente lo antes expuesto, aunado a ello, cabe añadir que constituye una facultad discrecional del Juez la aplicación de la suspensión de la ejecución de la pena (véase Recurso de Nulidad número cuatrocientos veintinueve – dos mil cuatro, del dieciocho de octubre de dos mil cuatro), la misma que cumple con los requisitos previstos en el artículo cincuenta y siete del Código Penal: *"el Juez puede suspender la ejecución de la pena privativa de libertad cuando esta sea menor de cuatro años (en el presente caso, se cumple con dicho requisito, toda vez que el delito materia de pronunciamiento es el de peculado de uso, el cual contempla una pena privativa de libertad no mayor de cuatro años), además, la naturaleza del hecho y la personalidad del agente hacen prever que no cometerá nuevo delito y que el agente no tiene la condición de reincidente o habitual"*. Tanto más si el representante del Ministerio Público, en su acusación fiscal obrante a fojas

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA**

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 1297-2012**

**ICA**

trescientos cinco y siguientes, solicitó se les imponga a los encausados dos años de pena privativa de libertad; en consecuencia, la condena establecida a los encausados se encuentra conforme a Derecho.

Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha veintinueve de febrero de dos mil doce, obrante a fojas setecientos sesenta y cinco, que condenó al encausado Mariano Ausberto Nacimiento Quispe, como autor del delito contra la administración pública, en la modalidad de peculado de uso, en agravio del Estado y al procesado Marcelino Bibiano Cari Flores, como cómplice primario del delito contra la administración pública en la modalidad de peculado de uso, en agravio del Estado, imponiéndole a cada uno de ellos un año de pena privativa de libertad, suspendida por el período de prueba de un año; fijó en mil nuevos soles por concepto de reparación civil, que deberán abonar ambos sentenciados en forma solidaria a favor de la entidad agraviada; y les impusieron a cada uno de ellos la pena de inhabilitación por el período de un año; no haber nulidad con lo demás que contiene; Interviene el señor Juez Supremo Príncipe Trujillo, por licencia de la señora Jueza Suprema Tello Gilardi; y los devolvieron.-

**S.S.**

**VILLA STEIN**

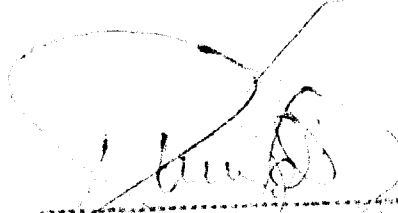
PARIONA PASTRANA

SALAS ARENAS

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VS/mcay

  
Luz María Cárdenas Barrios  
Secretaría de la Sala Penal Permanente  
CORTE SUPREMA