

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 496 - 2009**

**AMAZONAS**

**-1 -**

Lima, veinticinco de marzo de dos mil diez.-

**VISTOS**; interviniendo como ponente el señor Santa María Morillo; el recurso de nulidad interpuesto por la defensa de los encausados Almester Altamirano Montenegro, Fernando Berna Romero y Ricardo Tovar Flores, por el Fiscal Superior y por el Procurador Público de la Municipalidad agraviada contra la sentencia de fojas doscientos ochenta y uno, del diez de diciembre de dos mil ocho; de conformidad con lo dictaminado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que el abogado defensor de los encausados Altamirano Montenegro, Berna Romero y Tovar Flores en su recurso formalizado de fojas doscientos noventa y cinco alega que no se ha tenido en cuenta que sus defendidos no están comprendidos en la carrera administrativa y, por ende, no tienen la condición de funcionarios públicos, por lo que se ha incurrido en error al ser condenados como autores del delito de peculado; que, asimismo, al haber devuelto el combustible en su totalidad, la entidad agraviada no sufrió perjuicio económico alguno y, en esa condición, no se les debió imponer el pago de la reparación civil. **Segundo:** Que el Fiscal Superior de la Fiscalía Mixta Descentralizada de Utcubamba - Bagua Grande en su recurso formalizado de fojas doscientos noventa y cuatro sostiene que la sanción impuesta a los sentenciados Almester Altamirano Montenegro, Fernando Berna Romero y Ricardo Tovar Flores es indebidamente benigna al no existir justificación alguna, lo cual también hace extensivo al monto de la reparación civil. **Tercero:** Que la parte civil en su recurso formalizado de fojas trescientos seis denuncia que el monto indemnizatorio es diminuto, pues dada la gravedad de los hechos debe ser incrementada. **Cuarto:** Que se atribuye a

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 496 - 2009**

**AMAZONAS**

**-2 -**

los encausados Altamirano Montenegro y Fernando Berna Romero que como operadores de maquinaria pesada -un rodillo DIMAPAT número dos y una moto niveladora KOMATSU, respectivamente- perteneciente a la Municipalidad Provincial de Utcubamba, el día veintinueve de diciembre de dos mil siete sustrajeron combustible -petróleo diesel dos- de los tanques de las precitadas maquinarias pesadas: seis bidones y tres baldes; que, asimismo, se imputa al encausado Ricardo Flores Tovar, quien se desempeñaba como chofer del camión compactador de basura de Bagua Grande -a cargo de la misma municipalidad-, haber manejado el vehículo Station Wagón que transportó los bidones con el combustible sustraído, ocasión en que fueron interceptados por integrantes de las juntas vecinales del Sector Visalot Alto y del Caserío de Goncha, para posteriormente ser puestos a disposición de las autoridades respectivas. **Quinto:** Que, ahora bien, el tema objeto de impugnación por los procesados Almester Altamirano Montenegro, Fernando Berna Romero y Ricardo Flores Tovar ha de resolverse con arreglo a lo dispuesto por el Acuerdo Plenario número cuatro - dos mil cinco/CJ - ciento dieciséis, del treinta de setiembre de dos mil cinco, que se pronuncia ampliamente sobre la definición y estructura típica del delito de peculado -artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal-; que, en principio, conforme al Acuerdo Plenario en mención, para la configuración típica del delito de peculado es necesario tener en cuenta los siguientes elementos materiales del tipo penal: a) la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos -se entiende por relación funcional el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 496 - 2009**

**AMAZONAS**

**-3 -**

cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos-; b) la percepción -acción de captar o recepcionar caudales o efectos de procedencia diversa pero siempre lícita-, administración -que implica las funciones activas de manejo y conducción- O custodia -que importa la típica percepción que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos-; c) la apropiación -estriba en hacer suyo caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolo de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos- y/o utilización; d) destinarlo para Sí O para otro -el sujeto activo puede actuar por cuenta propia, apropiándose él mismo de los caudales o efectos, pero también puede cometer el delito para favorecer a terceros-; y e) caudales y efectos -lo primero son bienes en general de contenido económico, incluido el dinero, mientras que lo segundo son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables-. **Sexto:** Que los encausados no cuestionan la apropiación de los bienes de propiedad de la entidad agraviada sino aducen que al no estar comprendidos dentro de la carrera administrativa no deben ser considerados como servidores públicos; empero, el inciso tres del artículo cuatrocientos veinticinco de Código Penal, califica como servidor o funcionario público a "todo aquél que independientemente del régimen laboral en que se encuentre, mantiene vínculo laboral o contractual de cualquier naturaleza con entidades u organismos del Estado", por lo que debe entenderse como servidor público a todo aquél que presta servicios en entidades de Administración Pública ya sea mediante nombramiento o contrato con la autoridad competente -obviamente con las formalidades de ley

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 496 - 2009**

**AMAZONAS**

**-4-**

y sujeto a retribución remunerativa permanente en período regulares-; que, siendo así, la condición de servidores públicos de los imputados se encuentra debidamente acreditado en autos con la propia declaración brindada durante el proceso por los citados encausados -fojas diez, trece, dieciocho, cuarenta y nueve, cincuenta y tres, cincuenta y siete, doscientos cincuenta y cinco, doscientos cincuenta y siete y doscientos sesenta-, al sostener ser empleados de la Municipalidad Provincial de Utcubamba -operadores de maquinarias pesadas-, lo cual se corrobora con el informe número cien - dos mil ocho/OPRH-MPU-BG -fojas doscientos sesenta y cuatro- expedido por el Jefe de Personal de la citada municipalidad, de cuyo tenor se desprende que los encausados laboraron mediante contrato en Proyectos de Inversión y en esa condición se apoderaron del combustible de propiedad de la comuna agraviada, el cual fue recuperado al ser interceptados por pobladores del lugar. **Séptimo:** Que para la dosificación punitiva es de tener presente que la finalidad esencial está orientada a buscar en el sujeto culpable su reeducación y reinserción en la sociedad -sin excluir los fines de prevención general-, y en tal sentido su dosimetría no constituya un exceso y pierda su objetivo final; que el legislador ha establecido las clases de pena y el quantum de estas, pero no de una manera fija y absoluta, por tanto, se han determinado los criterios necesarios para que el Juzgador pueda individualizarla judicialmente y concretarla; que dentro de este contexto debe observarse el principio de proporcionalidad -establecido como un criterio rector de toda actividad punitiva del Estado para evitar todo perjuicio para el autor que sobrepase la medida de su culpabilidad por el hecho- que conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 496 - 2009**

**AMAZONAS**

**-5 -**

de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente que comprende la edad, educación, condición económica y medio social -conforme lo disponen los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del Código Penal-; que las circunstancias que acompañaron a la comisión del delito y la conducta desarrollada por los procesados Almester Altamirano Montenegro, Fernando Berna Romero y Ricardo Flores Tovar han sido valoradas correctamente por el Tribunal sentenciador -conforme se advierte considerando octavo y noveno de la sentencia impugnada-, teniendo en cuenta la forma, modo y circunstancias como acontecieron los hechos, así como la condición de agentes primarios -pues carecen de antecedentes penales, así resultan de las instrumentales de fojas ciento sesenta y uno a ciento sesenta y tres-; que, por consiguiente, la pena impuesta se encuentra arreglada a ley. **Octavo:** Que la reparación civil está en función al daño causado, sin que en la concreción de su monto deba advertirse las posibilidades económicas del responsable o su situación personal, en tanto que se orienta a reparar e indemnizar al agraviado por el daño generado por la conducta del responsable; que, siendo así y, al haberse recuperado la totalidad de los bienes sustraídos por parte de los encausados, se advierte que el monto fijado por la Sala Penal Superior se encuentra de acuerdo a ley. Por estos fundamentos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia recurrida de fojas doscientos ochenta y uno, del diez de diciembre de dos mil ocho, que condena a Almester Altamirano Montenegro, Fernando Berna Romero y Ricardo Tovar Flores (como autores los primeros y cómplice primario el último) del delito contra la Administración Pública -peculado por

**SALA PENAL PERMANENTE**

**R. N. N° 496 - 2009**

**AMAZONAS**

**-6 -**

apropiación en agravio del Estado -representado por la Municipalidad Provincial de Utcubamba-, a dos años de pena privativa de libertad, la misma que se suspende por el período de prueba de un año, inhabilitación por el tiempo de la condena conforme a los incisos uno y dos del artículo treinta y seis del Código Penal, así como fija en quinientos nuevos soles la suma que por concepto de reparación civil deberán pagar en forma solidaria los citados sentenciados a favor de la comuna agraviada; con lo demás que la sentencia contiene y es materia del recurso; y los devolvieron.-  
SS.

SAN MARTÍN CASTRO

PRINCIPE TRUJILLO

NEYRA FLORES

CALDERÓN CASTILLO

**SANTA MARÍA MORILLO**