

Sumilla:

Para efectos de imponer una sanción penal debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena, por consiguiente, se fijaron los criterios necesarios para individualizarla judicialmente y concretarla, que dentro de ese contexto debe observarse el principio de proporcionalidad previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente, conforme al artículo 46 del citado texto legal.

Lima, treinta y uno de enero de dos mil dieciocho.-

VISTOS; el recurso de nulidad interpuesto por el sentenciado KLEVER RAUL CARHUACHIN TOLENTINO contra la sentencia conformada de 16 de agosto de 2017, -fojas 1727-, expedida por la Sala Mixta – Sala Penal de Apelaciones y Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Pasco, que lo condenó como autor del delito contra la Administración Pública – Peculado Doloso en agravio del Estado y la Municipalidad Provincial de Pasco, a 4 años y 3 meses de pena privativa de la libertad efectiva; e inhabilitación por el mismo periodo de su condena - privándolo en el ejercicio de la función pública e incapacidad para obtener empleo o comisión de carácter público; fijó en S/ 20,000.00 (veinte mil soles) el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar el condenado de forma solidaria a favor de la parte agraviada.

Con lo expuesto en el dictamen del señor Fiscal Supremo en lo Penal.

Interviene como ponente el señor Juez Supremo **NÚÑEZ JULCA.**

CONSIDERANDO

• **HECHOS MATERIA DE IMPUTACIÓN.**

PRIMERO: Fluye de la acusación fiscal -fojas 1084-, que se imputa al acusado KLEVER RAUL CARHUACHIN TOLENTINO conjuntamente con

sus co-acusados Mawell Tony Rivera Santiago y Raul Mayta Carhuamaca, haberse válido de su condición de Sub gerente de Recaudación de Tributos y Contribuciones desde el mes de julio de 2005 hasta enero de 2006, para apropiarse indebidamente de la suma de S/39,981.00 (treinta nueve mil novecientos ochenta y un soles) perteneciente al pago de los alquileres de inmuebles de la Municipalidad Provincial de Pasco, lo cual se advierte en el informe de Control Interno del Jefe de OCI de la Municipalidad Provincial de Pasco -fojas 220-, que señala que este monto no ingresó a la Caja de Tesorería de la Municipalidad Provincial de Pasco.

• **FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.**

SEGUNDO: En la sentencia conformada de mérito, declararon la responsabilidad penal del encausado, toda vez que este aceptó los cargos imputados en su contra por el representante del Ministerio Público, acogiéndose a la Conclusión Anticipada del proceso, conforme la Ley N° 28122; en consecuencia, atendiendo a la lesión del bien jurídico protegido: la administración pública (patrimonio del Estado), el grado de intervención delictiva, el comportamiento del encausado durante el proceso y el haberlo realizado conjuntamente con otras personas, el Colegiado Superior en razón de ello, le impuso cuatro años y tres meses de pena privativa de libertad y fijó en S/ 20,000.00 el monto por concepto de reparación civil.

• **EXPOSICIÓN DE AGRAVIOS DEL IMPUGNANTE.**

TERCERO: El acusado CARHUACHIN TOLENTINO fundamenta su recurso impugnatorio a fojas 669, mediante el cual sostiene que se acogió a la conclusión anticipada con el propósito de colaborar con la administración de justicia, aceptando su autoría y participación en los hechos incriminados, así como el pago de la reparación civil, por lo que demostró su arrepentimiento; señala que la Sala Superior no ha aplicado en *bonam partem* el sistema de tercios, establecido mediante

Ley N.º 30076, al momento de la determinación judicial de la pena, pues no ha compulsado correctamente sus condiciones personales ni la forma como se cometieron los hechos incriminados.

• **FUNDAMENTOS DEL SUPREMO TRIBUNAL.**

CUARTO: La imputación penal, implica la determinación de la existencia de un hecho delictivo y la atribución de éste a su autor como su propia obra; sólo luego de la atribución válida de responsabilidad penal al agente de la afectación del bien jurídico, se puede legitimar la aplicación de la pena y eventualmente las demás consecuencias previstas para el delito¹.

QUINTO: En el inicio del juicio oral –sesión de audiencia de 14 de agosto de 2017, fojas 1718-, el acusado KLEVER RAÚL CARHUACHIN TOLENTINO se acogió a la conclusión anticipada del juicio oral, conforme a lo preceptuado en el artículo 5 de la Ley N.º 28122, reconociendo los hechos que le imputa el Representante del Ministerio Público y, por ende, su responsabilidad penal, así como la reparación civil; lo que fue aceptado por su abogado defensor, por ello se dictó la sentencia conformada del 16 de agosto de 2017.

SEXTO: Fluye de autos la aceptación de los cargos realizada por el procesado con el asesoramiento de su abogado defensor, lo que garantiza que esta aceptación fue dada en forma libre, sin violencia física o psicológica de por medio, dándosele valor al haber sido corroborado con las diligencias actuadas con mérito probatorio, sustento de la acusación fiscal, es decir, la materialidad y la responsabilidad penal por el delito de peculado por lo se cumple con lo preceptuado por el Acuerdo Plenario N.º 5-2008/CJ-116, de fecha 18 de julio de 2008, que señala: “(...) *El aspecto sustancial de la institución de la*

¹ Tal como refiere Roxin: “El injusto penal presupone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico y que sobre esa base, la teoría de la imputación objetiva fija el ámbito de lo penalmente prohibido ponderando los particulares intereses de protección y de libertad”. ROXIN, Claus: La teoría del delito en la discusión actual. Grijley, Lima, 2007, p.95.

conformidad, tal como está regulado en la Ley, estriba en el reconocimiento, aunque con características singulares, del principio de adhesión en el proceso penal. La conformidad tiene por objeto la pronta culminación del proceso –en concreto del juicio oral- a través de un acto unilateral del imputado y su defensa (...)”.

SÉTIMO: Estando a la admisión de cargos de parte del acusado Carhuachin Tolentino, no hay discusión respecto a la existencia del delito –*peculado doloso*- así como su culpabilidad; en ese sentido, este Supremo Tribunal emitirá pronunciamiento sólo acerca del extremo del *quantum* de la pena impuesta, conforme al numeral 1 del artículo 300 del Código de Procedimientos Penales, teniendo en consideración los agravios expresados en el acotado recurso de nulidad, todo ello en cumplimiento del principio de congruencia procesal.

-De la determinación judicial de la pena.-

OCTAVO: Nuestro ordenamiento jurídico penal señala, en el artículo IX del Título Preliminar del Código Penal, que la pena tiene función preventiva, protectora y resocializadora. En ese sentido, nuestro código sustantivo se inscribe en la línea de una teoría unificadora preventiva², pues la pena sirve a los fines de prevención especial y general; así también lo ha precisado la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente número 0019-2005-PI/TC, de 21 de julio de 2005: *“las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática”*.

NOVENO: Para efectos de imponer una sanción penal debe tenerse presente que el legislador ha establecido las clases de pena, por

² Cfr. ROXIN, Claus. Derecho Penal-Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito. Trad. Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal, Madrid, Ed. Civitas, 1997, p.95.

consiguiente, se fijaron los criterios necesarios para individualizarla judicialmente y concretarla, que dentro de ese contexto debe observarse el principio de proporcionalidad previsto en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal, que nos conduce a valorar el perjuicio y la trascendencia de la acción desarrollada por el agente culpable bajo el criterio de la individualización, cuantificando la gravedad del delito y su modo de ejecución, el peligro ocasionado y la personalidad o capacidad del presunto delincuente, conforme al artículo 46 del citado texto legal.

DÉCIMO: La determinación de la pena no es más que una teoría sobre los factores relacionados con el injusto y la culpabilidad que configuran el significado comunicativo del hecho concreto³. Para ello, debe tomarse en cuenta los criterios necesarios para individualizar la pena, en estricta observancia del principio de proporcionalidad señalado en el considerando precedente, que establece *“la pena no puede sobrepasar la responsabilidad por el hecho (...)”*; la cual debe fijar el punto en que la pena sea necesaria y suficiente a la culpabilidad del autor aunque con sujeción a la importancia de la norma protectora, lo mismo que a la magnitud del daño, no teniendo cabida criterios de retribución talional o de venganza⁴.

UNDÉCIMO: Los hechos materia de imputación se subsumen en el tipo penal de delito de peculado, artículo 387 del Código penal, modificado por el Artículo Único de la Ley N° 26198, publicada el 13 junio 1993, tipo penal vigente al momento de la comisión de los hechos y que señala: *“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 la libertad **no menor de dos ni mayor de ocho años**”*.

³ FEIJOÓ SÁNCHEZ, Bernardo, *Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho*, en: Indret. Revista para el análisis del Derecho, Barcelona, enero 2007, p. 9.

⁴ VILLA STEIN, JAVIER. Derecho Penal Parte General. Ara Editores. Lima. 2014. p. 144.

DUODÉCIMO: Que, en el análisis de la sentencia impugnada se observa que el Colegiado Superior, en el momento de graduar la pena contra el recurrente Carhuachin Tolentino, determinó la pena según las modificaciones establecidas en la Ley N.º 30076, publicada en el diario El Peruano, el 19 de agosto de 2013, y en atención a que los hechos se suscitaron en el año 2005 y 2006, dicha norma no puede ser de aplicación al presente caso, puesto que se trata de una norma de derecho sustantivo y según el artículo 6 del Código Penal, la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible.

DÉCIMO TERCERO: Ahora bien, para la determinación de la pena, deben analizarse todas las circunstancias del hecho y personalidad del acusado, siendo así, se verifica que el acusado Carhuachin Tolentino, es agente primario conforme se advierte del certificado de antecedentes penales de fojas 359; además, cabe señalar que el recurrente ha aceptado los cargos imputados por el Fiscal, en los cuales se establece que la conducta delictiva desplegada por el recurrente fue con la concurrencia de sus coimputados Maxwell Tony Rivera Santiago y Raúl Mayta Carhuamaca, para quienes el proceso se encuentra en reserva, es decir, existió una pluralidad de agentes en la perpetración del delito. Asimismo, también se debe tener en consideración, para efectos de establecer la pena a imponer, lo siguiente: **i)** La gravedad del delito de peculado materia de juzgamiento, perpetrado por quien ostentaba el cargo de Sub Gerente de Recaudación de Tributos y Contribuciones de la Municipalidad de Pasco, y quien se apropió de la suma de S/ 39,981.00 soles; **ii)** Sus condiciones personales, esto es, tiene grado de instrucción superior completa, al momento que cometió el delito tenía 31 años de edad, eso conlleva a concluir que es persona joven con alto grado de poder resocializarse; **iii)** Finalmente, por haberse acogido a la conclusión anticipada del juicio, se puede beneficiar con una reducción de pena de hasta un séptimo, conforme a los lineamientos establecidos en el Acuerdo Plenario N° 05-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008,

emitido por las Salas Penal Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República. En consecuencia, este Supremo Tribunal considera que la pena impuesta debe ser reducida, teniendo en cuenta los límites punitivos en la ley penal, así como también sus condiciones personales y el beneficio por conclusión anticipada en concordancia con los principios de proporcionalidad, lesividad y razonabilidad; en consecuencia, corresponde imponer cuatro años de pena privativa de la libertad, la cual resulta proporcional y cumple los fines de la pena que es reincorporar al sujeto infractor dentro de la sociedad y no perjudicarlo física y moralmente.

-Del carácter de la pena.-

DÉCIMO CUARTO: Esta Sala Suprema, en reciente pronunciamiento ha señalado que: *“Es importante precisar que, en aquellos supuestos en que, luego del proceso de determinación legal y judicial de la pena, la sanción resultante sea de cuatro años de pena privativa de la libertad, o menos, los Jueces están facultados para suspender su ejecución, bajo reglas de conducta por un periodo determinado. La suspensión anotada, no es una obligación, como se alegó en el informe oral ante este Tribunal Supremo, ya que el artículo 57º del Código Penal, introduce el verbo "puede" y no "debe". Ello sólo corresponde siempre y cuando se verifiquen, de modo copulativo, los tres presupuestos enunciados; respecto de los cuales, deberá existir una motivación suficiente y contextualizada; es decir, debe considerarse todos los factores positivos y negativos sobrevenidos durante el proceso penal, con incidencia en el tipo de delito cometido y su impacto social; la magnitud del daño y/o perjuicio generado; la cantidad de víctimas; la voluntad de reparación o resarcimiento, sea mediata o inmediata; la colaboración con la investigación policial y judicial, y la sujeción a las mismas; el acatamiento o el rechazo a las disposiciones judiciales; el comportamiento procesal; y, el plazo razonable, entre otras circunstancias conexas. La motivación, en estos casos, deberá ser cualificada”*.⁵

⁵ Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad N.º 2151-2017 –LIMA, considerando vigésimo tercero.

DÉCIMO QUINTO: En el caso bajo análisis, se verifica la concurrencia copulativa de los presupuestos para una suspensión de la ejecución de la pena, como se ha señalado en el considerando precedente de esta Ejecutoria Suprema, pues al recurrente le corresponde una pena concreta de 4 años de pena privativa de la libertad, y teniendo en consideración que es una persona que carece de antecedentes penales, es un agente primario, lo que satisface los presupuestos requeridos en el inciso 1 y 3 del artículo 57 del Código Penal.

DÉCIMO SEXTO: Respecto el inciso número 2, referente a la naturaleza, modalidad del hecho punible, comportamiento procesal y la personalidad del agente deberán ser valoradas adecuadamente a efectos de que el juzgador infiera válidamente que no incurrirá en nueva conducta delictiva. Ante ello, este Supremo Tribunal, de la revisión de autos, verifica que el acusado resulta imputado por el delito de peculado desde julio de 2005 hasta enero de 2006, habiéndose apropiado de un monto ascendente de S/. 39,981.00; sin embargo, no se advierte que haya participado en las demás defraudaciones que se prolongaron hasta octubre de 2016 según la acusación fiscal. El acusado, más allá de cualquier dilación que tuvo el proceso penal se puso a derecho conforme es de verse en la razón de secretaria de la Sala Superior de fojas 1613 y escrito de fojas 1616, donde señala la intención de no rehuir a la justicia y colaborar con ésta; aunado a ello, se tiene la aceptación de los cargos a pesar de acercarse al plazo máximo de persecución penal teniendo en cuenta el plazo prescriptorio extraordinario, en conclusión, el encausado ha tenido una conducta procesal que ha permitido al Órgano Jurisdiccional desplegar las consecuencias jurídicas sobre éste. Finalmente, se ha acreditado que el encausado cuenta con arraigo domiciliario, toda vez que vivía con su esposa Gabriela Ernestina Santiago Lazaro e hijo en el distrito de Yanacancha – Pasco (ver certificado domiciliario de fojas 1674 y acta de matrimonio de fojas 1693), venía laborando en la Caja Municipal de

Ahorro y Crédito de Maynas S.A. (ver contrato de trabajo y boletas de pago de fojas 1680 y ss.), lo que constituye un arraigo laboral, finalmente el acusado en juicio oral señaló comprometerse a pagar la reparación civil y a devolver la suma apropiada indebidamente, extremo que ciertamente no ha sido materia de impugnación; todos estos elementos, permiten a esta Suprema Instancia colegir que por su personalidad y actividades, una pena suspendida evitará la comisión de un segundo delito. En buena cuenta, los presupuestos del artículo 57 del Código Penal se cumplen cabalmente, por lo no existe motivo para mantener una pena efectiva sino reformarla a una de carácter suspendida, manteniendo las penas accesorias impuestas en la recurrida.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia conformada de 16 de agosto de 2017, -fojas 1727-, expedida por la Sala Mixta – Sala Penal de Apelaciones y Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Pasco, que condenó al acusado KLEVER RAUL CARHUACHIN TOLENTINO como autor del delito contra la Administración Pública – Peculado Doloso en agravio del Estado y la Municipalidad Provincial de Pasco; **HABER NULIDAD** en la propia sentencia, en el extremo de la pena que le impuso 4 años y 3 meses de pena privativa de libertad; y, **reformándola, IMPUSIERON:** 4 años de pena privativa de libertad suspendida en su ejecución por el periodo de 3 años, sujeto a las siguientes reglas de conducta: **1)** Prohibición de frecuentar lugares de dudosa reputación; **2)** Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez; **3)** Comparecer mensualmente a la Sala Penal Superior, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades; bajo apercibimiento de revocársele la pena a carácter efectiva en caso de incumplimiento; **ORDENARON** su inmediata libertad, que se ejecutará siempre y cuando no exista mandato de detención o de



prisión preventiva emanado de autoridad competente; **OFÍCIANDOSE**, vía fax, a fin de concretar la libertad del imputado a la Sala Mixta – Sala Penal de Apelaciones y Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Pasco; **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene; y, los devolvieron.-

S. S.

HINOSTROZA PARIACHI

FIGUEROA NAVARRO

NÚÑEZ JULCA

PACHECHO HUANCAS

CEVALLOS VEGAS

HN/jjcn