

EXPEDIENTE : 00302-2018-35-2801-JR-PE-03 – REF. SALA N° 320-2019-35
ESPECIALISTA : VICTOR DAVID CUELLAR SALAS
MINISTERIO PÚBLICO : SEGUNDA FISCALA SUPERIOR PENAL DE MOQUEGUA IMPUTADO
: ROSPIGLIOSI MENDOZA, CHRISTIAN MARIO
DELITO : PECULADO DOLOSO
AGRAVIADO : EL ESTADO

SENTENCIA DE VISTA

RESOLUCIÓN N° 15

Moquegua, cuatro de diciembre
de dos mil diecinueve.-

VISTOS:

La apelación interpuesta Iván Bedoya Salazar en su condición de abogado del sentenciado Christian Mario Rospigliosi Mendoza en contra de la resolución N° 10 que contiene la sentencia N° 060 de fecha ocho de agosto del año dos mil diecinueve que corre a fs. 128 a 168 emitido por el Juez del Tercer Juzgado Unipersonal del Módulo Penal de Mariscal Nieto – Moquegua, que DECLARA al apelante Christian Mario Rospigliosi Mendoza autor del delito Contra La Administración Pública - Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, en su modalidad de Peculado, en su forma de Peculado de Uso, previsto y sancionado en el Artículo 388° del Código Penal, bajo el texto de la Ley N° 30111 (vigente al tiempo de los hechos), en agravio del Estado Peruano, representado por el Gobierno Regional de Moquegua; como tal LE IMPONEN dos años de pena privativa de la libertad con el carácter de suspendida, por el periodo de dos años, sujeto a determinadas reglas de conducta, entre ellas el pago de la reparación civil, bajo apercibimiento de hacer efectivo lo señalado en el Artículo 59° del Código Penal; LE IMPONEN la co penalidad de ciento ochenta días multa equivalente a tres mil setecientos sesenta y cinco con 00/100 soles (S/. 3,765.00 Soles); LE IMPONEN inhabilitación por el plazo de dos años, referido a lo que señala el Artículo 36° incisos 1) y 2) del Código Penal; FIJA por reparación civil la suma de cinco mil soles (S/. 5,000. 00 soles), que pagará el sentenciado a favor de la agraviada; con pago de las costas procesales; disponiendo que consentida o ejecutoriada sea la presente sentencia, se remitan las comunicaciones y los testimonios correspondientes a las autoridades pertinentes, sin perjuicio de

remitirse los autos al Juzgado de Investigación Preparatoria para su Ejecución; con lo demás que contiene.

PRIMERO.- DE LA INCRIMINACION DEL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público en contra del acusado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, en lo relevante formula la siguiente incriminación:

A.- IMPUTACIÓN FÁCTICA.-

1.- Le atribuye al acusado Christian Mario Rospigliosi Mendoza haberse apropiado de un cucharón de 06 uñas de la Excavadora Komatsu PC 350 LC 8 del Gobierno Regional de Moquegua.- En lo relevante y pertinente se menciona lo siguiente.

2.- Hechos precedentes.- El Ministerio Publico señala como antecedentes, que el Gobierno Regional de Moquegua (en adelante GRM), es propietario de un cucharón o bucket original de seis uñas perteneciente a la excavadora Komatsu PC 350 LC 8, la misma que desde inicios del 2015 se encontró bajo custodia y administración de la Oficina de Servicios y Equipos Mecánico del GRM. (En adelante OSEM).

En setiembre 2015, el acusado Rospigliosi Mendoza se encontraba prevalido ilegalmente del manejo y disposición de la maquinaria pesada de propiedad del GRM., ante el nombramiento ilegal que le hiciera entonces el presidente del GRM señor Jaime Alberto Rodríguez Villanueva, de lo que incluso surge una denuncia penal en contra de este último.

La denuncia penal está referida a que personal de confianza del presidente del GRM señor Jaime Alberto Rodríguez Villanueva, en este caso el acusado Rospigliosi Mendoza favoreció a personas de entorno personal y familiar del citado Jaime Alberto Rodríguez Villanueva, con partes de maquinaria pesada de propiedad del GRM, entre ellas del cucharón o bucket original de seis uñas perteneciente a la excavadora Komatsu PC 350 LC 8 de propiedad del GRM.

3.- Circunstancias concomitantes.- Christian Mario Rospigliosi Mendoza en su condición de Asistente Técnico Coordinador de Maquinaria de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua (GRM), sustrajo el cucharón o bucket original de seis (06) uñas perteneciente a la excavadora Komatsu PC 350 LC 8 de propiedad del Gobierno Regional se hallaba bajo su cargo, apropiándose de dicho bien, al haber entregado en el mes de julio de 2015, la mencionada excavadora a la obra "Construcción de la carretera a nivel de Trocha Carrozable, ruta tramo Quinistaquillas - Yaragua - Yojo", con un cucharón de cinco (05) uñas que no le correspondía; y luego, entre los días 18 y 19 de septiembre del 2015 se apersonó a las instalaciones de la referida obra "presentándose como Jefe de la OSEM" y "cambió" por otro

cucharón de seis (06) puntas, el cucharón de cinco (05) puntas con que operaba la máquina excavadora marca KOMATSU PC 350 LC-8.

4.- Dicho "cambio de piezas", fue practicado (ex profesamente) por el imputado, como acto de respuesta obstructora, a la denuncia interpuesta por el ciudadano Larry Ormeño Cabrera, quien sindicaba en su denuncia que el cucharón original de seis (06) uñas estuvo operando en otra excavadora de propiedad particular, cercana al entorno personal del actual Gobernador Regional de Moquegua, en la obra denominada Construcción de la Carretera Moquegua-Omate-Arequipa. Por ello el acusado ha infraccionado su deber en la función pública que realizaba.

B.- IMPUTACIÓN JURÍDICA.-

Los hechos antes mencionados, el Ministerio Público le imputa en la acusación fiscal, a título de autor, delito de peculado doloso por apropiación, previsto en el artículo 387 primer párrafo del Código Penal en agravio del Estado – GRM, peticionando una pena concreta de 06 años 08 meses de pena privativa de la libertad, e inhabilitación por el mismo periodo conforme al artículo 36 inciso 1 y 2 del CP, y 304 días multa que equivalen a S/. 10,345.12 soles. Y existiendo constituido actor civil, y cesado su legitimidad a petionar, se abstiene de petionar pretensión concreta por este concepto.-

SEGUNDO.- DESVINCULACION DEL A QUO SOBRE LA ADECUACION TIPICA O DE SUBSUNCION JURIDICA.-

1.- De acuerdo al Artículo 374° inciso 1) del Código Procesal Penal, El Juez A Quo, en el curso del juicio, antes de la culminación de la actividad probatoria, el Juez Penal observa la calificación jurídica de los hechos objeto de la acusación y debate como peculado por apropiación por peculado de uso, que no ha sido considerada por el Ministerio Público.

En sesión de audiencia del 25 de julio del 2019 el Juez A Quo anuncio una desvinculación de la calificación jurídica de Peculado Doloso por Apropiación por el de Peculado por Uso, previsto en el artículo 388 del Código Penal, expresando las partes con sus defensas técnicas sus posiciones.

Luego el Juez A Quo emite condena por Peculado de uso, lo que ha quedado firme para el Ministerio Público que no ha emitido ninguna impugnación a esta desvinculación jurídica; y la apelación del sentenciado es sostener que no ha cometido delito de peculado de uso.

Luego el análisis por el Ad Queen, ha de centrarse si el hecho imputado se subsume en ese delito de peculado de uso, e igual respecto a la prueba actuada y su valoración, en el mismo sentido.-

TERCERO.- DE LA SENTENCIA RECURRIDA: FUNDAMENTOS Y SUSTENTO DEL A QUO.-

El Juez A Quo emite sentencia condenatoria, la cual en lo pertinente y relevante, en el segundo considerando denominado Análisis probatorio, en el rubro 2.5 Determinación de hechos debatidos y

responsabilidad penal, en el acápite 2.5.1 realiza la valoración individual de la prueba en lo medular y relevante lo sustenta en el acápite 2.5.2 Valoración conjunta de la prueba cuando en lo relevante y pertinente la sustenta en lo siguiente:

SEGUNDO: ANÁLISIS PROBATORIO Y JURÍDICO: (...)

2.5.- DETERMINACIÓN DE HECHOS DEBATIDOS Y RESPONSABILIDAD PENAL: (...)

2.5.2.- VALORACIÓN CONJUNTA DE LA PRUEBA: (...)

2.5.2.1.- ESTA PROBADO LA CONDICIÓN DE SERVIDOR PÚBLICO DEL ACUSADO CHRISTIAN MARIO ROSPIGLIOSI MENDOZA:

En juicio oral, el Juzgador ha comprobado que el acusado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, tenía la condición de servidor público al haberse desempeñado como Jefe de la Oficina de Servicios Mecánicos, esto se desprende a partir de la Resolución Ejecutiva Regional N° 030-2015-GR/MOQ, de fecha 07 de Enero de 2015; y, posteriormente se desempeñó como Asistente Técnico/ Coordinador de Maquinaria; para efectos de poder subsumir correctamente el hecho imputado al tipo penal de Peculado de Uso tipificado en el artículo 388° del Código Penal, previamente se debe establecer claramente a quien se considera sujeto activo, teniendo en cuenta que se trata de un delito especialísimo de infracción de deber, donde el agente debe contar con la condición de funcionario o servidor público. En el presente caso materia de juicio oral, se ha comprobado tal circunstancia, con la oralización de la documental denominada Resolución Ejecutiva Regional N° 030-2015-GR/MOQ. (...) Hace mención para el caso la Ejecutoria Suprema del 10/03/1992, Expediente N° 394-1991-LIMA, "Para la configuración del delito de Peculado es requisito indispensable que el sujeto activo del delito sea funcionario o servidor público"¹.

Concluyéndose; que el Acusado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, tenía la condición de servidor público al haberse desempeñado como Asistente Técnico/Coordinador de Maquinaria, en el Gobierno Regional de Moquegua, a partir de Enero de 2015.

2.5.2.2.- ESTA PROBADO EL DEBER DE ADMINISTRACIÓN QUE TENÍA EL ACUSADO CHRISTIAN MARIO ROSPIGLIOSI SOBRE EL BIEN UTILIZADO:

En juicio oral, el Juzgador ha comprobado que el acusado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, en su condición de Asistente Técnico/Coordinador de la Maquinaria de la Oficina de Servicios Mecánicos del Gobierno Regional de Moquegua, tenía como funciones rutinarias el manejo y disposición de maquinaria y equipo a cargo de la Sub Gerencia de Equipo Mecánico antes Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM), resaltando específicamente, el de coordinar los trabajos de mantenimiento preventivo y correctivo de la maquinaria, donde se encuentra la maquinaria y el de coordinar con el personal, mecánicos, operadores de la maquinaria y personal administrativo, sobre el mantenimiento de la maquinaria del Gobierno Regional.

Concluyéndose; que existía una relación estrecha entre las funciones propias del cargo que ostentaba el acusado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, y el bien mueble Excavadora Sobre Oruga "Komatsu" PC 350 LC - 8, ya que, dentro de las funciones que tenía el acusado estaba la de coordinar para la asignación de maquinaria a proyectos, y el de coordinar con el personal mecánico entre otros sobre el mantenimiento de la maquinaria del Gobierno Regional de Moquegua.

2.5.2.3.- ESTA PROBADA LA UTILIZACIÓN DEL BIEN (CUCHARÓN O BUCKET DE LA EXCAVADORA "KOMATSU" PC 350LC-8 6 UÑAS) POR OTRA EXCAVADORA DE PROPIEDAD DE UN PARTICULAR:

2.5.2.3.1.- En juicio oral, el Juzgador ha comprobado que el bien que ha sido usado, esto es, la máquina Excavadora Sobre Oruga, marca "Komatsu" PC 350LC-8, fue recepcionada por la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico, oficina que dio la conformidad de la recepción en fecha 07 de diciembre de 2011, tal como se desprende del Informe N° 1388-2011-OSEM-GRI/GR.MOQ. Así también, ha quedado plenamente probado que la referida Excavadora Sobre Oruga modelo PC 350LC-8, se encontraba operando en el proyecto: "Construcción de carretera a nivel de trocha carrozable tramo Quinistaquilla EMP MO-100-Yaragua-Yojo-EMP. MO102", tal como se tiene de la Orden de Tránsito N° 1348, del 08 de Julio de 2015.

2.5.2.3.2.- Ha quedado acreditado en juicio oral, que el servicio ajeno de uso del cucharón o bucket de la máquina Excavadora Sobre Oruga "Komatsu" modelo PC350LC, fue desde el mes de Julio del 2015, dado que, mediante Informe N° 002-2015-ERBL-AT-SGO-GRI/GR.MOQ, de fecha 02 de Julio de 2015, el ingeniero Eumar René Beltrán Laura - Asistente Técnico de la Obra, pone de conocimiento al Residente de Obra, que se realizó un recambio de piezas originales por "hechizo", indicando que la excavadora referida, tenía un cucharón o bucket que no le pertenecía, ya que este tenía sólo cinco (05) uñas, y el cucharón original de la excavadora tiene seis (06) uñas; las vistas fotográficas que se adjuntan al informe, permiten ver que efectivamente el cucharón de la excavadora tiene solo cinco (05) uñas.

¹ ROJAS VARGAS, Fidel "Código Penal Dos Décadas de Jurisprudencia Tomo III", ARA EDITORES 2012. Pág.243.

2.5.2.3.3.- Agregándose, a lo anteriormente manifestado, está el Acta Fiscal de fecha 17 de Septiembre de 2015, diligencia fiscal en donde se realizó la verificación a la excavadora marca "Komatsu", donde se evidenció que dicha máquina excavadora, tenía stickers pegados con el número de modelo PC 350 LC-8, y que al proceder a retirar dichos stickers, se pudo visualizar que la pintura original era N° 300, teniendo el mismo sticker LC 8; así mismo, de las tomas fotográficas de los actos descritos en el Acta Fiscal referida, es importante resaltar que el cucharón o bucket de la excavadora de modelo original PC 300LC8, que fue incautada por el Ministerio Público, tiene seis (06) uñas o puntas.

2.5.2.3.4.- Por otra parte, con la declaración testimonial de Abad Eugenio Arana Ramos, y las documentales Informe N° 01 de fecha 21 de septiembre de 2015 e Informe N° 001-2015, emitidos por los guardianes Abad Eugenio Arana Ramos y Luis Ilaquita Huaricallo respectivamente; e Informe N° 0326-2015-DANC-RO-SGO-GRI/GRM de fecha 26 de Junio de 2015, emitido por Daniel Niebles Cuayla, Residente de Obra; se toma conocimiento de que dos camionetas y un volquete ingresaron a la obra: "Construcción de la carretera nivel de trocha carrozable Ruta Tramo Yaragua-Yugo-Provincia Sánchez Cerro-Mariscal Nieto Región Moquegua", cuyos ocupantes se encontraron renuentes a identificarse y a brindar explicaciones, los que transportaban el cucharón o bucket de la Excavadora Sobre Oruga "Komatsu" PC 350 LC-8 de seis uñas en un volquete.

2.5.2.3.5.- Es importante resaltar que, en el Informe N° 001-2015, el guardián Luis Ilaquita Huaricallo, reconoce al Acusado Christian Rospigliosi Mendoza, como uno de los ocupantes que se encontraban a bordo de las camionetas; y el hecho de que estos hayan registrado el celular del Luis Ilaquita, para verificar que no haya registros fotográficos o filmaciones de su visita; y, en el Informe N° 0326-2015-DANC-RO-SGO-GRI/GRM, el residente informa que el operador de la excavadora Komatsu, Alfonso Mamani Mamani, se comunicó con él, para informarle que un personal técnico del Taller OSEM lo había buscado, y recibió una llamada del acusado, quién autoriza el retiro de 01 alternador, 01 turbo y un mando final lado izquierdo de la máquina excavadora Komatsu Modelo PC 350. A partir de lo cual, se acredita plenamente que el acusado, haciendo uso de su cargo de Asistente Técnico/ Coordinador de Maquinaria, se comunicó con el operador de la máquina excavadora "Komatsu", autorizando el retiro de piezas de la misma; así como el hecho de que estuvo presente el día 18 y 19 de Septiembre de 2015, cuando fue intervenida la excavadora "Komatsu" por otras personas no identificadas.

2.5.2.3.6.- Si bien se aprecia que, en las documentales Informe N° 01 e Informe N° 0326-2015-DANC-RO-SGO-GRI/GRM, se indica que los hechos ocurrieron el 18 de Septiembre de 2018, y en el Informe N° 001-2015, refiere que los hechos acontecieron el 19 de septiembre de 2015, existiendo dos fechas distintas, no por ello, dichos informes deben carecer de valor, ni restarles su valor probatorio, ya que ambas fechas guardan relación con la imputación fiscal (acusación), y los hechos narrados en ambos informes guardan gran similitud, como se ha resaltado en los párrafos precedentes.

2.5.2.3.7.- Finalmente, está el Acta de Constatación Fiscal y Toma de Dichos, de fecha 07 de Octubre de 2015, mediante la cual, se deja constancia del estado físico en que se encontró la Excavadora Sobre Oruga marca "Komatsu" modelo N° PC 350-LC 08, con N° de serie A10661, y Número de producto KMTPC191E54A10661 de color amarillo, este Juzgado, resalta el hecho que en el referido documento, se constata que dicha máquina excavadora tiene una placa de metal adulterada en sus códigos y que su cucharón tiene seis (06) uñas desgastadas y barras soldadas (reforzadas), de 3.5 mts. cúbicos aproximadamente de capacidad

2.5.2.3.8.- Concluyéndose; que la Excavadora Sobre Oruga "Komatsu", modelo N° PC 350-LC 08, se encontraba operando en el proyecto: "Construcción de la carretera nivel de trocha carrozable Ruta Tramo Yaragua -Yugo - Provincia Sánchez Cerro - Mariscal Nieto Región Moquegua"; el cucharón original de seis (06) uñas o puntas, fue colocado en otra excavadora, puesto que, en la excavadora "Komatsu", le fue colocado un cucharón o bucket de cinco (05) uñas o puntas, como se desprende de lo vertido en el Informe N° 002-2015-ERBL-AT-SGO-GRI/GR.MOQ, de fecha 02 de Julio de 2015, donde se informa sobre el recambio de piezas originales; así también, que se trató de hacer pasar a la excavadora PC 300 LC 8, por la Excavadora Sobre Oruga modelo PC 350 LC-8, para lograr tal cometido, le colocaron stickers con el número de modelo PC 350 LC-8, empero, dicho fin no fue logrado, puesto que, los stickers fueron retirados por el Ministerio Público durante la diligencia, quedando al descubierto el modelo PC 300 LC-8; ante ello, el acusado se comunicó con el operador de la excavadora "Komatsu", para autorizar el retiro de piezas como son: 01 alternador, 01 turbo y un mando final lado izquierdo; así mismo, se constituyó al Campamento donde se encontraba la excavadora, acompañado de otras personas, procedieron a cambiar el cucharón de cinco (05) uñas o puntas, los días 18 y 19 de Septiembre de 2015, no queriendo identificarse con los guardianes del campamento, así como evitaron que haya registros fotográficos y filmaciones de tal evento, revisando el celular del guardián Luis Ilaquita Huaricallo, quién reconoce al acusado Christian Rospigliosi Mendoza. Posteriormente, en la diligencia fiscal, del 07 de Octubre de 2015, se constató que la excavadora "Komatsu" tenía una placa de metal adulterada en sus códigos y que su cucharón tiene seis (06) uñas desgastadas y barras soldadas (reforzadas), de 3.5 mts. cúbicos aproximadamente de capacidad, con lo que se acredita que

el cucharón original de seis (06) uñas o puntas, fue nuevamente retornado a la Excavadora Sobre Oruga "Komatsu".

2.5.2.4.- ESTA PROBADO EL DESTINATARIO PARA OTRO DEL BIEN (CUCHARÓN O BUCKET DE LA EXCAVADORA "KOMATSU") PARA OTRA EXCAVADORA DE PROPIEDAD DE UN PARTICULAR:

2.5.2.4.1.- En juicio oral, el Juzgador ha comprobado que el destinatario del bien, fue la Empresa Hermes Distribuciones e Inversiones E.I.R.L., ello se determina, en razón a que en el Informe Pericial de fecha 27 de Enero de 2016, se concluyó a que en la Excavadora PC 350LC-8-A10661 (de propiedad del Gobierno Regional de Moquegua) y Excavadora PC 300LC-8-A90335 (Empresa Hermes Distribuciones e Inversiones E.I.R.L.), ambos cucharones fueron manipulados y removidos, así también los tubos de escape, de ambas excavadoras, fueron manipulados para una reparación o reacondicionamiento, mostrando ambos signos de haber sido soldado. Así también, se debe tener presente que el testigo Sabino Emilio Suazo Núñez, quien se desempeñó como mecánico, durante el tiempo en que ocurrieron los hechos, indicó que el Gobierno Regional en este tiempo tenía cinco (05) excavadoras, de las cuales solo una era de marca "Komatsu", así mismo, manifestó que anteriormente ya se habían intercambiado los cucharones en distintas oportunidades.

2.5.2.4.2.- Concluyéndose, que el cucharón original de seis (06) uñas o puntas de la Excavadora Sobre Oruga "Komatsu", modelo PC 350LC-8, fue usada para fines particulares de la Empresa Hermes Distribuciones e Inversiones E.I.R.L., ya que, tal como quedó registrado en el Acta Fiscal de fecha 17 de Septiembre de 2015, diligencia realizada en la obra de Asfaltado de la Carretera Moquegua-Omate-Arequipa, se encontró a la Excavadora PC 300LC-8-A90335, con un cucharón de seis (06) uñas o puntas, que tenía stickers pegados, que tenían la inscripción "PC 350", pretendiendo así engañar al personal del Ministerio Público y la policía.

2.5.2.5.- ESTA PROBADA LA EXISTENCIA DEL EFECTO (CUCHARÓN O BUCKET DE SEIS UÑAS):

Este Juzgado ha comprobado, que el cucharón o bucket original de la Excavadora Sobre Oruga marca "Komatsu" modelo PC 350LC-8, tiene seis (06) uñas o puntas, como se tiene del Contrato N° 080-2011-DLSG-DRA/GR.MOQ LP-007-2011-CE/GR.MOQ de fecha 18 de Noviembre de 2011, y del Acta de Recepción de fecha 28 de Noviembre de 2011.

2.5.2.6.- Los indicios abordados en la presente Sentencia en relación al acusado Christian Rospigliosi Mendoza, resultan ser plurales, convergentes y concomitantes (Artículo 158° del Código Procesal Penal - Prueba Indiciaria), así como que no se han presentado durante el Plenario del juicio oral ningún contra indicio consistente, cumpliéndose con las exigencias de la prueba indiciaria y la norma procesal penal; siendo posible atribuir responsabilidad penal conforme a ley.

2.5.3.- Que, respecto a los otros medios probatorios (personales y documentales) actuados en actividad probatoria del juicio oral, y que no se hacen mención en la presente Sentencia, el Juzgador no le ha encontrado utilidad y/o beneficio para el esclarecimiento de la teoría del caso -Debate Probatorio- postulado por las partes en el presente juicio.

TERCERO: CONCLUSIONES ARRIBADAS:

Esbozados así los hechos materia de imputación fiscal y de Debate Probatorio, y analizados las pruebas actuadas en el juicio oral a nivel individual y conjunta, se ha desvirtuado la Presunción de Inocencia (artículo 2.24 literal e, de la Constitución) del acusado Rospigliosi Mendoza, así mismo, queda descartado a favor del acusado el Principio In Dubio Pro Reo -la duda favorece al reo- (Artículo 139.11 Constitución); puesto, HA QUEDADO PROBADO:

3.1.- Que; el acusado Christian Rospigliosi Mendoza, tenía la condición de servidor público al haberse desempeñado dentro del Gobierno Regional de Moquegua, en Asistente Técnico/ Coordinador de Maquinaria, entre los meses de julio - septiembre del año 2015.

3.2.- Que; el Acusado Christian Rospigliosi Mendoza, en su condición de Asistente Técnico/ Coordinador de Maquinaria, tenía como funciones propias de su cargo el coordinar la asignación de maquinaria a proyectos, y el de coordinar con el personal sobre el mantenimiento de la maquinaria del Gobierno Regional de Moquegua.

3.3.- Que; el acusado Christian Rospigliosi Mendoza, utilizó el cucharón o bucket de seis (06) uñas o puntas de la Excavadora Sobre Oruga "Komatsu" modelo N° PC-350-LC 08, al que le fue colocado un cucharón o bucket de cinco (05) uñas o puntas, como ha sido informado mediante Informe N° 002-2015-ERBL-AT-SGO-GRI/GR.MOQ, de fecha 02 de Julio de 2015, con la finalidad de que dicho cucharón o bucket de seis (06) uñas sea usado en la excavadora modelo PC300 LC-8; así mismo, en la diligencia fiscal realizada el 17 de Septiembre de 2015, se halló una Excavadora que tenía un cucharón de seis (06) uñas o puntas, con stickers colocados con la inscripción "PC 350", los que al ser despegados, se vio que el original era "PC300", posteriormente entre los días 18 y 19 de Septiembre de 2015, el acusado acompañado de otras personas, se constituyó al lugar donde se encontraba la Excavadora "Komatsu", transportándose en dos camionetas y un volquete que tenía un cucharón o bucket, conforme se detalla en el Informe N° 001-2015, emitido por el guardián Luis Ilaquita Huaricallo, quién reconoce al acusado Christian Rospigliosi Mendoza, con la finalidad de devolver el cucharón de seis (06) uñas o puntas a la excavadora "Komatsu"; lo que se corrobora con lo descrito en el Acta Fiscal de fecha 07 de Octubre de 2015, donde se constató que la excavadora "Komatsu"

tenía una placa de metal adulterada en sus códigos y que su cucharón tenía seis (06) uñas desgastadas, con lo que se acredita que el cucharón original de seis (06) uñas o puntas, fue nuevamente retornado a la Excavadora Sobre Oruga "Komatsu".

3.4.- Que; el Acusado Christian Rospigliosi Mendoza, utilizó el cucharón o bucket de seis (06) uñas o puntas de propiedad del Gobierno Regional de Moquegua, para colocarlo en la Excavadora modelo PC300 LC-8, fue usada para fines particulares de la Empresa Hermes Distribuciones e Inversiones E.I.R.L., inferencia que se hace a partir de las conclusiones del Informe Pericial, de fecha 27 de Enero de 2016, el Acta Fiscal de fecha 17 de septiembre de 2015 (que han sido analizadas en el punto 2.5.2.4. de la presente resolución), por lo que, ha quedado acreditada el uso del cucharón para un tercero, esto es, la Empresa Hermes Distribuciones e Inversiones E.I.R.L.

3.5.- Que; el bien mueble Excavadora Sobre Oruga marca "Komatsu" modelo PC350LC-8, tiene un cucharón original de seis (06) uñas o puntas, como se especifica en el Contrato N° 080-2011-DLSG-DRA/GR.MOQ LP-007-2011-CE/GR.MOQ, de fecha 18 de Noviembre de 2011, y del Acta de Recepción, de fecha 28 de Noviembre de 2011; quedando acreditado la existencia de un cucharón de seis (06) uñas o puntas de la Excavadora modelo PC350LC-8." (SIC)

CUARTO.- DE LA APELACION DEL SENTENCIADO.

1.- Iván Bedoya Salazar en su condición de abogado interpone apelación a favor del sentenciado Christian Mario Rospigliosi Mendoza en contra de la sentencia citada supra que lo declara responsable del delito de peculado de uso y le impone condena, con la finalidad: **(i)** Que se revoque la apelada y se le absuelva de los cargos, **(ii)** Como pretensión alternativa subsidiaria, pide se revoque la pena impuesta y se le imponga una pena menor.

Como agravios menciona afectación del principio de legalidad, falta de motivación de la sentencia, falta de objetividad y afectación a la tutela jurisdiccional efectiva; no hay caudal probatorio de cargo.

2.- Sobre la posición de la defensa por su defendido, dijo en audiencia negar los hechos que le imputa el Ministerio Público.

En lo relevante y pertinente de la apelación escrita y de lo oralizado por la defensa en la audiencia de apelación de sentencia, refiere que el A Quo se desvinculó de la acusación que era por peculado por apropiación por el de peculado por uso del que ha sido condenado, sentencia que se sustenta en prueba indiciaria; pero no se ha cumplido con aspectos formales de la prueba indiciaria, relacionado con el hecho indiciario a partir del cual se va a extraer como conclusión un hecho relevante para el proceso; lo cual considera fundamental.

3.- El hecho indiciario debe: **(i)** Estar plenamente probado, para que sea premisa; si es dudoso igual será la conclusión, solo será mera sospecha. **(ii)** Deben ser plurales; no importa la cantidad, sino la calidad o capacidad indicativa de los indicios, su contundencia. **(iii)** Deben ser pertinentes; es decir relacionados o vinculadas al hecho objeto del proceso, útiles para apoyar una conclusión, que tenga valor indicativo respecto del hecho principal.

4.- El A Quo en el punto 2.5.2.3.2 tienen acreditado el uso ajeno del cucharón que no era el suyo, con el informe 02-2015 del 2 de julio que da cuenta de cambio de varias piezas de la excavadora por hechizas y que tenía un cucharón de 5 uñas cuando el suyo es de 6 evidenciado con tomas

fotográficas. Pero esa tomas fotográficas solo se presenta una fotografía de un cucharón, más no de la maquina completa ni se aprecia características que acredite que se trata de la misma maquina; luego no está totalmente acreditado ni se puede saber si es de una excavadora o de una retroexcavadora.

5.- En el punto 2.5.2.3.3 se habla de verificación o acta de fecha 17 de setiembre, donde se encuentra otra maquinaria Komatsu 300 LC 8, donde haberse encontrado un sticker que simulaba ser una Komatsu 350 LC 8, encontrando vinculación con el supuesto delito de peculado de uso, cuando en realidad ambas maquinarias se incautaron con cucharones idénticos, ambos de 6 uñas, siendo irrelevante los stickers o calcomanías que pudiera mostrar la maquinaria del particular, máxime si este hecho no fue materia de investigación ni de pronunciamiento por el Ministerio Público.

6.- En los puntos posteriores se hace una narración de un supuesto hecho que ni siquiera ha sido imputado por el Ministerio Público, utilizando la circunstancia de los stickers encontrados en maquinaria particular, no teniendo sentido jurídico el razonamiento del A Quo de esta circunstancia usada para colocarle un cucharón de 6 puntas pues ésta siempre tuvo un cucharón de seis uñas, como es normal en las excavadoras Komatsu.

7.- En el punto 2.5.2.4.1 tiene por probado que quien se benefició o el destinatario de ese uso fue la Empresa Hermes, cuando no se ha determinado del juicio oral que ambos cucharones de 6 puntas siquiera estén intercambiados y además se aprecia de las pericias mecánicas que ambas muestran desgaste, ambas tienen 6 uñas, luego no puede sostener un cambio si no se precisa como se intercambió o donde se encuentra el cucharón de 5 puntas.-

8.- Concluye mencionando que se le condena en base a prueba indiciaria que no cumple con requisitos de la prueba indiciaria para acceder a una condena, pues esos indicios no están claramente probados, dejan duda, y si hay duda, no se puede condenar; por lo que pide la nulidad de la sentencia y se le absuelva.

QUINTO.- DE LA POSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.-

Pide se confirme la sentencia por estar con arreglo a derecho y a la prueba actuada en juicio, por cuanto si se encuentra la sentencia motivada, existen suficientes pruebas de cargo que acreditan el hecho punible acusado y a responsabilidad penal del acusado Rospigliosi Mendoza.

Que el A Quo se desvincule en juicio de la calificación jurídica de peculado de apropiación de la acusación por el de peculado de uso, ante lo cual el Fiscal y la defensa del acusado mostraron conformidad, no hubo ningún cuestionamiento. El origen de esta causa es una denuncia del ciudadano Larry Ormeño en setiembre 2015, por versión de un trabajador en la obra de

Quinistaquillas señor Asqui que fue quien le dijo que la maquina Komatzu estaba trabajando con cuchara de cinco uñas y no de seis; por ello señor Larry Ormeño se constituye a la altura de Puente Otorá y toma fotos de una maquina Komatzu particular que venía trabajando con una cuchara de seis uñas, y que estaba escondida entre arbustos; Larry Ormeño es quien hace la denuncia penal el 17 de setiembre de 2015 pues encontró a una maquina particular con cuchara de seis uñas.

El acusado ha dicho que fue en esa fecha a Quinistaquillas a hacer mantenimiento a la máquina Komatzu del GRM que venía trabajando en una obra, falso, no había ese mantenimiento, fue ante la denuncia referida, que para cambiar la cuchara de 5 uñas que venía trabajando y le pusieron la otra de seis uñas, para eso fueron, en dos camionetas y un volquete, llevando una cuchara de seis uñas en el volquete, que luego cambio. Hay prueba de ello. Cuando él va a la obra hay vigilantes, y dan cuenta que iba el sentenciado, a él lo reconocen, iba con otras personas en dos camionetas y un volquete como antes dijo llevando la cuchara de seis uñas, se negaba a identificarse, no quería que le tomen fotos, le reviso al vigilante que no haya tomado fotos, está la declaración en juicio del vigilante Abad Arana Ramos, hay los informes 01-2015, 001-2015 y 0326-2015 que dan cuenta de ello; hay el acta fiscal del 17 setiembre 2015 en la maquinaria particular, que da cuenta que tenía pala de seis uñas; hay acta de recepción del 28 nov 2011 que esa máquina Komatzu se recibió con cucharón de seis uñas. Que esta máquina Komatzu estaba laborando en una obra cerca de Quinistaquillas, por el lugar aproximado que se llama San Pedro. Asqui era el operador de esa máquina y él fue quien de los hechos a Larry Ormeño quien ha ce la denuncia. Asqui ha fallecido. Sobre la desvinculación del Juez A Quo, no ha introducido hechos, se mantiene el factico fiscal. Que no está incorporado en la investigación el supuesto beneficiario particular del uso de la pala de seis uñas del Estado. Conviene y reproduce los fundamentos del A Quo que sustentan la condena.

SEXTO.- DE LA POSICIÓN DE LA PROCURADURÍA PÚBLICA ANTICORRUPCIÓN.

Si bien no es parte apelante, por equidad hace uso de la palabra. En lo relevante y pertinente menciona que ha estado en todo el juicio en primera instancia. En este caso no hay prueba directa, hubo negligencia fiscal cuando incautan la maquina particular donde supuestamente estaba el cucharón de 6 uñas del Estado, pero luego el Fiscal lo devuelve sin hacer actas, nada. Considera que si se ha probado la imputación con prueba indirecta o indiciaria, como lo sustenta el A Quo, conviene en esa sustentación. Que ese peculado de uso se dio en setiembre 2015. Por lo que considera que se debe confirmar la sentencia condenatoria como el pago de la reparación civil.

SETIMO.- DE LA DECLARACIÓN DEL ACUSADO EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN DE SENTENCIA.

1.- El sentenciado Christian Mario Rospigliosi Mendoza ha asistido a la audiencia de apelación de sentencia, e instruido por el Director de debates de su derecho a guardar silencio o prestar declaración, sin perjuicio de su autodefensa material al término de la audiencia, previa consulta con su abogado defensor, ha prestado declaración en la audiencia de apelación de sentencia.

2.- En lo relevante y pertinente refiere ser inocente, laboraba en setiembre en mantenimiento de maquinarias del Gobierno Regional de Moquegua, de enero a marzo fue encargado, luego fue asistente de maquinarias. Es verdad que esa Komatsu del GRM estaba laborando en una obra por Quinistaquillas. Que un viernes programó mantenimiento a esa máquina, fueron desde Moquegua a ese lugar donde estaba la máquina, hubo problemas en el desplazamiento y se demoraron, llegaron como a la media noche a la obra, como desconocía donde estaba exactamente esa máquina Komatsu, cruzaron el río, y de la máquina en mantenimiento realizado sacaron el alternador, el turbo, los mecánicos estaban cansados, pernoctaron en el lugar, regresaron al día siguiente del mantenimiento, ese mantenimiento se hizo día sábado. Nunca se cambió el cucharón pues la retroexcavadora Komatsu estaba con su cucharón de seis uñas; que esa máquina pertenecía a Agricultura. Un cucharón pesa como cinco toneladas. Otras máquinas tienen 5 uñas, otras tienen 6 uñas. Depende de su uso para cambiar esas cucharas, según lo que se va a trabajar o porque se salen las uñas. En taller había de 2 a 3 cucharones, para usarse según los requerimientos técnicos de la obra que se realice. Donde estuvo para hacer mantenimiento a la máquina como dijo antes, no se cambió cucharón, la máquina tenía siempre en esa obra cucharón de seis uñas. En otros lugares por averías o por necesidades del trabajo a realizar si se cambian cucharones. Que a ese mantenimiento fueron en una camioneta, salen del taller del GRM de Moquegua, a la obra de Quinistaquillas, Alfonso Mamani era el operador de la excavadora Komatsu 350 que fue a dar mantenimiento, desconoce qué tiempo antes estaba operando. Jesús Alvarado es el Jefe de taller de máquinas del GRM., y él fue quien le ordenó ese mantenimiento de la máquina de Quinistaquillas. Se le entrega un cargo a los operadores, este operador antes referido estaba en una Caterpillar malograda, luego se le encargó esa máquina Komatsu que fue a dar mantenimiento. Alfonso Mamani hizo un informe, de movimientos en el PIN de la máquina, se movía el cucharón por desgaste, por lo que se cambió el pin del cucharón, el PIN es un pasador que sujeta el cucharón a la máquina.

3.- Que los vigilantes lo conocen que era del taller de máquinas del GRM, donde era asistente y laboraba de lunes a viernes. Fue encargado del Área del taller de Maquinas de enero a primera quincena de marzo 2014; y desde marzo de 2014 asume la jefatura Jesús Alvarado y su persona pasó a ser asistente encargado de mantenimiento, desde marzo a diciembre 2014. Los hechos que

se le imputa son de setiembre 2014, cuando no era jefe sino asistente de mantenimiento. Que la fecha del manteamiento realizado a esa Maquina Komatzu, habiendo viajado de Moquegua a Quinistaquillas fue del 17 al 18 de setiembre 2014. Las uñas son de 5 o de 6 uñas, lo que hacen es desquinchar, una y otra son cucharas casi igual, solo varían en número de uñas. Tiene entendido que si hubo desprendimiento de estas uñas, de otras cucharas en otro lugar. Además que habían cucharas hechizas o renovados. Que la cucharas son cambiadas atendiendo a la obra a realizar y requerimientos técnicos, según el suelo.

4.- En su autodefensa materia o derecho a la última palabra, en lo relevante y pertinente ha referido que fue a apoyar de Moquegua a Quinistaquillas para manteniendo de esa máquina Komatzu del GRM por órdenes de su Superior o jefe Jesús Alvarado; y que ese mantenimiento ya estaba programado mucho más antes. Que fueron un día viernes a ese mantenimiento pero por problemas imprevistos llegaron ya de noche, no podía dejar ese mantenimiento a medias, por ello acabaron el sábado como a las tres de la tarde.

OCTAVO.- ITER EN LA AUDIENCIA DE APELACIÓN DE SENTENCIA.-

A la audiencia de apelación si ha concurrido el sentenciado con su abogado defensor; el acusado ha prestado declaración, como ha ejercitado su autodefensa a material; no se han ofrecido ni admitido pruebas para actuar en segunda instancia. Y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: DELIMITACIÓN DE ÁMBITO DE LA APELACIÓN; COMPETENCIA Y FACULTAD DEL TRIBUNAL REVISOR.

1.- La actividad recursiva en nuestro sistema procesal tiene como uno de sus principales principios el de limitación, conocido como "*tantum appellatum, quantum devolutum*", sobre el que reposa el principio de congruencia procesal, lo que importa, que el órgano revisor al resolver la impugnación debe pronunciarse solamente sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el recurrente en su recurso; principio normado en el artículo 409.1 del Código Procesal Penal, que establece que la "impugnación confiere al Tribunal competencia solamente para resolver la materia impugnada, así como declarar la nulidad en caso de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante".²

² Esta es la regla general basada en el principio de congruencia procesal desarrollada en la Casación 215-2011-Arequipa de fecha 12 de junio de 2012. A lo que cabe aditar que existen excepciones a la citada regla general, como las desarrolladas en la Casación N° 300-2014 del 13 noviembre de 2014 y Casación No. 413-2014-Lambayeque del 07 de abril de 2015; que en el caso concreto no viene al caso desarrollar.

2.- Conforme al artículo 419 del Código Procesal Penal y en aplicación del principio de congruencia recursal, cabe emitir pronunciamiento, en relación a los postulados del abogado defensor, siendo su competencia: i) Declarar la nulidad total o parcial en caso de supuestos de nulidades absolutas o sustanciales no advertidas por el impugnante, disponiendo se remita la causa al Juez que corresponda para la subsanación a que hubiere lugar; y ii) Dentro de los límites de la pretensión impugnatoria, que impone el recurso materia de alzada y atendiendo al principio de congruencia procesal, examinar la declaración de hechos en cuanto a la aplicación del derecho, pudiendo disponer la revocación total o parcial de la recurrida. Corresponde entonces a este Tribunal, proceda a la revisión de la sentencia apelada concedida, en armonía con éste marco normativo, en observancia debida al principio de legalidad procesal.

SEGUNDO.- PRESUPUESTO NORMATIVO: BASES DOGMÁTICAS.

1.- El delito de peculado de uso está previsto en el artículo 388 del Código Penal, vigente a la fecha de hechos imputados setiembre 2015, modificado por la Ley 30111 publicada el 26 de noviembre de 2013, cuyo texto es el siguiente:

“ARTÍCULO 388. PECULADO DE USO.-

El funcionario o servidor público que, para fines ajenos al servicio, usa o permite que otro use vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo pertenecientes a la administración pública o que se hallan bajo su guarda, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años; y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Esta disposición es aplicable al contratista de una obra pública o a sus empleados cuando los efectos indicados pertenecen al Estado o a cualquier dependencia pública.

No están comprendidos en este artículo los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo.”

2.- **Del delito de peculado.-** En lo que corresponde al delito de peculado, existe una modalidad por apropiación y/o de utilización, previsto en el artículo 387 del Código Penal, que establece: “El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza (usa), 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 (...)”. El artículo 388 C.P. peculado de uso, glosado supra, constituye “una especie” respecto del género “utilización” del primero.

3.- En el Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116³, se proporciona una definición y la estructura típica del delito de peculado (apropiación o utilización) prevista en el artículo 387 primer párrafo del Código Penal, a desarrollar en lo relevante más adelante. Para la existencia de este delito, no es necesario que sobre los bienes que se le hayan confiado al funcionario o servidor público, por razón de su cargo en cualquiera de las formas y que constituyan el objeto material del hecho ilícito, el

³ El Acuerdo Plenario N° 4-2005/CJ-116 de fecha 30 de setiembre 2005, tiene como asunto: Definición y estructura típica del delito de peculado. Art. 387 del Código Penal.

agente ejerza una tenencia material directa, siendo suficiente que el agente activo tenga la llamada disponibilidad jurídica; es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica.

3.1.- Del bien jurídico protegido en el peculado por apropiación.- El peculado constituye un delito pluriofensivo, donde el bien jurídico protegido se desdobra en dos aspectos merecedores de protección por la norma penal: **a)** Garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y **b)** Evitar el abuso de poder del que se halla investido o facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. *En consecuencia*, el peculado es un delito de infracción al deber, que se construye en la posición que domina en relación al deber estatal que le corresponde al sujeto activo, cual es el de conducirse correctamente, con lealtad y probidad en el ejercicio de la administración pública y en relación a los bienes que se encuentran bajo su ámbito.

3.2.- De los caudales o efectos.- Por el primero –caudales- son bienes en general de contenido económico, que incluye al dinero. Por el segundo –efectos-, son todos aquellos objetos, cosas o bienes que representan un valor patrimonial público, incluyendo los títulos valores negociables.

3.3.- Presupuestos materiales del delito de peculado.- Este Plenario ha delimitado los elementos materiales del delito de peculado cuales son: **(a)** Existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos, entendida como 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 cargo, el poder de vigilar y cuidar los efectos o caudales; **(b)** La percepción, la administración o custodia. **Entendida la primera –percepción-**, como la acción de captar o recepcionar caudales de fuentes diversas pero siempre lícitas; **por la segunda –administración-**, la constituyen las funciones activas de manejo y conducción; **y por la tercera –custodia-**, importa la típica posesión que implica la protección, conservación y vigilancia debida por el funcionario o servidor de los caudales y efectos públicos. **(c)** Apropiación o utilización. En el primer caso –apropiar- estriba en hacer suyos caudales o efectos que pertenecen al Estado, apartándolos de la esfera de la función de la Administración Pública y colocándose en situación de disponer de los mismos. En el segundo caso –utilizar-, se refiere el aprovecharse de las bondades que permite el bien

(caudal o efecto) sin tener el propósito final de apoderarse para sí o para un tercero.⁴ (d) El destinatario para sí. 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, lo que se refiere al acto de traslado del bien, de un dominio parcial y de tránsito al dominio final del tercero.

4.- Desde ya cabe dejar establecido por éste Tribunal, que el delito de peculado previsto en el artículo 387 y el tipo penal de peculado de uso previsto en el artículo 388 del C.P., es un delito de resultado y no un delito de mera actividad⁵ ⁶. Es de resultado por cuanto requiere la efectiva separación del bien de la esfera de tenencia de la administración⁷, o la efectiva utilización del bien en cuestiones ajenas a la función.

5.- En el peculado, el verbo rector “utilizar” del artículo 387 C.P. y “usar” del artículo 388 C.P., ambos en puridad constituyen un peculado de uso, con la precisión, como se mencionó anteriormente, que el primero es el género y el segundo es la especie que constituye un tipo atenuado respecto del primero.

6.- Es pues aplicable en lo pertinente, lo desarrollado en el delito de apropiación y/o utilización (art. 387CP), en el peculado de uso (art. 388 CP); en consecuencia este delito de uso constituye un delito especial funcional propio o de infracción al deber.

7.- El peculado de uso, también es conocido como peculado por distracción, haciéndose alusión de tal modo al hecho que el bien es distraído de su destino o empleado en usos distintos al oficial, sin apropiarse del mismo.⁸

8.- Sobre el bien jurídico protegido en el peculado de uso, a decir de Rojas Vargas, *“la norma penal busca garantizar el normal desenvolvimiento de la administración pública y la buena imagen institucional, fundadas ambas en el hecho de la adecuada disponibilidad funcional de los bienes mencionados en el tipo penal, por parte de los sujetos públicos”*⁹.

⁴ PEÑA CABRERA FREYRE ALONSO RAUL, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo V, segunda edición, agosto 2014, Editorial IDEMSA, Lima – Perú. Pág. 392.- Este autor afirma lo mismo sobre el peculado de uso, cuando dice en lo pertinente: aquí el sujeto se limita a usar arbitrariamente los bienes públicos que tiene bajo su cuidado, no con el ánimo de quedarse definitivamente con ellos, sino por el contrario, de restituirlos; no hay ánimo de dominio sino solo de servirse del bien.

⁵ ROJAS VARGAS FIDEL, Delitos contra la Administración Pública, 3ra edición, octubre 2002, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., Lima – Perú. (895 págs.); pág. 323.

⁶ SALINAS SICCHA RAMIRO, Delitos contra la Administración Pública, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., edición año 2009; Lima – Perú; Pág. 359.

⁷ CREUS CARLOS; Derecho Penal, Parte Especial, Tomo 2, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma S.R.L., 2da. edición año 1988; Buenos Aires – Argentina; pág. 298.

⁸ ROJAS VARGAS FIDEL, Delitos contra la Administración Pública, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., tercera edición año 2002; Lima – Perú; Pág. 376.

⁹ ROJAS VARGAS FIDEL, ob. cit., pág. 376, quinto párrafo.

Para Salinas Siccha, "el bien jurídico general es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la función pública al interior de la administración pública. El bien jurídico específico o concreto que se pretende proteger con el peculado de uso, es el deber de lealtad y probidad de los funcionarios o servidores públicos en el cumplimiento de su deber particular encomendado en razón del cargo que desempeñan. De modo que este bien jurídico específico solo se verá afectado cuando el agente lesione el patrimonio del Estado infringiendo sus deberes de lealtad y probidad que tiene para con los bienes muebles especificados en el tipo penal, que le han sido encomendados en razón de su cargo que estén bajo su guarda"¹⁰.

En la jurisprudencia nacional, "el delito de peculado, (ya de apropiación, utilización o de uso) el bien jurídico es el normal desarrollo de las actividades de la administración pública, garantizando el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de dicha administración y evitando el abuso de poder del que se halla facultado el servidor o funcionario público que quebranta los deberes de lealtad y probidad"¹¹.

9.- Teniendo como base el principio de lesividad, incorporado en el artículo IV del Título Preliminar del Código Penal, "la pena debe requerir necesariamente de lesividad o puesta en peligro del bien jurídico, en cuyo supuesto esta puesta en peligro debe ser cierta de inminente realización; en este caso del entorpecimiento o daño a los fines de la administración pública, teniendo como base dicho principio de lesividad; por tanto el Juez al momento de decidir y evaluar los componentes del tipo penal, deberá merituar la trascendencia de la ofensividad para el bien jurídico tutelado, ante deficiencias del tipo de no establecer mecanismos de atenuación del injusto como por ejemplo en el uso momentáneo."¹²

10.- El delito de peculado en general (apropiación, utilización o de uso); no lo constituye exclusivamente el fraude a la función, sino también en el daño real o por lo menos potencial, que ocasione el agente delictual, aunque ello no se mencione expresamente en el tipo penal. Es evidente que conforme al principio de lesividad que encuentra su fundamento en el Código Penal, no basta con que la conducta sea típica para que sea punible, sino que ella debe comportar algún sentido de lesividad para el bien jurídico tutelado. Y si el bien jurídico tutelado, a más de la buena marcha y el buen funcionamiento de la administración, es el patrimonio de esa misma administración, debe afectarse, real o potencialmente, ese objeto jurídico; lo contrario, no podría decirse que la conducta es antijurídica. Por consiguiente, no son punibles, cuando presentan tal defecto, aquellos comportamientos que ni siquiera de manera potencial afectan a ese bien jurídico,

¹⁰ SALINAS SICCHA RAMIRO, Delitos contra la Administración Pública, Editora Jurídica Grijley E.I.R.L., edición año 2009; Lima – Perú; Pág. 353 - 354.

¹¹ PEÑA CABRERA FREYRE ALONSO RAUL, Derecho Penal, Parte especial, Tomo V, Editorial IDEMSA, segunda edición agosto 2014, Lima – Perú; Pág. 376, segundo párrafo. Que a su vez cita y toma de Salazar Sánchez Nelson, de Jurisprudencial Penal, Jurista Editores, edición año 2005, Lima – Perú; pág. 207.

¹² ROJAS VARGAS FIDEL, ob. cit., pág. 379, quinto párrafo.

llegándose así estructurar la teoría de los “peculados inocuos”, entendiendo por tales aquellos en que la conducta no ocasiona perjuicio a la administración oficial.¹³”

11.- El artículo 388 C.P., constituye un tipo penal atenuado de peculado de uso respecto de vehículos, máquinas o cualquier otro instrumento de trabajo de la administración pública que se halle bajo su guarda del acusado. La acción típica consiste en concreto, en usar o dejar que otro use tales bienes que se hallan bajo su custodia¹⁴. Sin embargo, en lo referente a la ajenidad del servicio, tal norma en su tercer párrafo, menciona que no se encuentran comprendidos los vehículos motorizados destinados al servicio personal por razón del cargo, lo cual configura un supuesto de atipicidad que excluye el rango de la acción típica del delito de peculado de uso, cuando se trata de usar en fines particulares tales vehículos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

TERCERO.- IMPUTACION CONCRETA.-

Se imputa al acusado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, quien laboraba entonces a la fecha de hechos imputados setiembre de 2015, como asistente técnico coordinador de la Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (en adelante OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua, haber utilizado para terceros, el cucharón de 06 puntas o uñas de la Excavadora Komatsu PC 350 LC 8 del Gobierno Regional de Moquegua, por haber entregado la referida máquina en julio de 2015 en la Obra “Construcción de la carretera a nivel de trocha carrozable, tramo Quinistaquillas – Yagua – Sojo” con otro cucharón distinto de 5 puntas o uñas, y no la de 6 uñas que le correspondía, y ante la denuncia a instancia de parte del ciudadano Lary Ormeño Cabrera el 17 de setiembre de 2015 de tal irregularidad, el acusado se constituye el 18 y 19 de setiembre de 2015 a la obra donde laboraba la máquina, cambiando y reponiendo el cucharón original de seis uñas por el de cinco uñas. Siendo que el cucharón original de 06 uñas estaba siendo utilizado por un tercero para fines particulares, ajenos al Estado. (Ver detalle la imputación en el rubro primero del vistos, al que nos remitimos en extenso).

CUARTO.- HECHOS NO CUESTIONADOS POR LAS PARTES.-

1.- Para este Superior Tribunal, se han determinado hechos facticos acreditados relevantes que no han cuestionado las partes. Así tenemos que el Gobierno Regional de Moquegua, con fecha 18 de noviembre 2011, compró una Máquina Excavadora sobre oruga de 246 HP, marca Komatsu modelo PC 350 LC – 8 de la Empresa Komatsu Mitsui – Mitsui Maquinarias Perú S.A., la cual contaba entre sus componentes con un cucharón de 06 puntas o uñas. Corre el contrato a fs. 227 a 235; el acta de

¹³ MOLINA ARRUBLA CARLOS MARIO, Delitos contra la Administración Pública; Editorial Leyer Limitada, tercera edición año 2,000; Bogotá – Colombia; Pág. 79.

¹⁴ FRISANCHO APARICIO MANUEL, Delitos contra la Administración Pública, Editora Fecat, edición del año 1999, Lima – Perú. Pág. 303.-

recepción de la máquina de fecha 28 de noviembre de 2011 que corre a fs. 236 a 237, también a fs. 241 a 242; el acta del formato de protocolo de pruebas de operatividad idónea de la citada máquina que corre a fs. 238 a 239; como informes de conformidad de recepción N° 024-2011-MAV-RO-OSEM-GRI/GR-MOQ de fecha 7 de diciembre de 2011 emitido por el ingeniero mecánico Marco Antonio Valcárcel que corre a fs. 240, y el Informe N° 1388-2011-OSEM/GRI/GR-MOQ de fecha 07 de diciembre de 2011 emitido por Ausberto Cuayla Cordova, entonces Jefe de la Oficina de Servicios y Equipo Mecánico (OSEM) del Gobierno Regional de Moquegua que corre a fs. 243, todas las fojas citadas del cuaderno de anexos, documentales actuadas en juicio.

2.- Otro dato relevante no cuestionado en absoluto, es que el Gobierno Regional de Moquegua, venía ejecutando la Obra "Construcción de la carretera a nivel de trocha carrozable, tramo Quinistaquillas – Yagua – Sojo", a cuyo efecto la OSEM Máquina Excavadora sobre oruga de 246 HP, marca Komatsu modelo PC 350 LC – 8, fue asignada para realizar labores propias que le era inherente, en la referida obra, en julio 2015, y en donde permaneció la máquina hasta setiembre 2015 en que se suscitan los hechos objeto de incriminación fiscal.

3.- Que respecto del acusado Christian Mario Rospigliosi Mendoza, laboró como encargado de la Jefatura de la Oficina de Servicios Mecánicos del GRM (OSEM) el 07 de enero 2015 al 16 de marzo de 2015 en que asume la Jefatura Jesús Ángel Alvarado Pacheco, por lo que el citado acusado a partir del 17 de marzo de 2015 asume el cargo de asistente técnico coordinador de maquinaria de la OSEM. (Por Resolución Ejecutiva Regional N° 030-2015-GR/MOG del 07 de enero de 2015 fue designado a tal Encargatura por todo el año 2015 (ver fs. 96), y ante cuestionamientos se designó a otro Jefe pasando a ser asistente técnico coordinador de maquinaria, como es de verse a fojas 100.). En consecuencia el acusado a la fecha de hechos imputados setiembre de 2015 venía laborando como asistente técnico coordinador de maquinaria de la OSEM. Ello lo corrobora el testigo Jesús Ángel Alvarado Pacheco cuando lo declara en juicio.

4.- LO CONTROVERTIDO por el acusado citado, quien niega la imputación, es que la Máquina Excavadora sobre oruga de 246 HP, marca Komatsu modelo PC 350 LC – 8 siempre estaba en la citada obra con la cuchara de 06 puntas y no de 05, que nunca cambio la citada cuchara, y que es verdad fue a la obra donde estaba la citada máquina para hacer mantenimiento, pero en absoluto hizo cambio de la cuchara. Sobre ello se analizará más adelante.

QUINTO.- OTRAS CONSIDERACIONES CONCRETAS DEL TRIBUNAL.-

1.- Conforme al Informe emitido por la Gerencia Regional de Infraestructura del GRM del 13 de marzo de 2018 (corre a fs. 101), eran entonces sus funciones del acusado Rospigliosi Mendoza, como asistente técnico coordinador de maquinaria de la OSEM., enmarcadas en funciones

rutinarias al manejo y disposición de maquinarias y equipos a cargo de la Subgerencia de equipo Mecánico, antes llamada Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM), siendo sus funciones específicas las siguientes: **(i)** Coordinación de trabajos de mantenimiento preventivo y correctivo de las maquinarias del GRM, donde se encuentre la maquinaria; **(ii)** Coordinación para la asignación de maquinarias y equipos a proyectos y oficinas del GRM; **(iii)** Coordinación para la elaboración de requerimientos de repuestos y servicios para el mantenimiento de la maquinaria del GRM; **(iv)** Coordinación con el personal, mecánicos, operadores de máquinas, y personal administrativo, sobre el mantenimiento de la maquinaria del GRM; **(v)** Verificación del estado de operatividad de la maquinaria; **(vi)** Otros que se le asigne.

Lo que se corrobora con lo dicho por el testigo Jesús Ángel Alvarado Pacheco en juicio, sobre las funciones específicas del acusado Rospigliosi Mendoza.

Luego se tiene inobjetablemente, por lo antes glosado, que concurre el elemento del tipo objetivo de sujeto cualificado que exige el tipo objeto de condena, al tener funciones específicas sobre manejo y disposición de las maquinarias y equipos centralizada entonces en la llamada Oficina de Servicio y Equipo Mecánico (OSEM) del GRM., entre ellas de la máquina Komatsu modelo PC 350 LC 8.- Esto es que existe una relación funcional propia del cargo del acusado Rospigliosi Mendoza de diligencia, cuidado y debida utilización y la máquina excavadora Komatsu PC 350 LC 8.

2.- Un dato fáctico relevante a tener en cuenta es que la denuncia de parte al Ministerio Público por el ciudadano Larry Ormeño Cabrera data de fecha jueves 17 de setiembre de 2015 por el cual hace la denuncia que la máquina del Estado Excavadora Komatsu PC 350 LC 8 venía laborando con una cuchara de 5 uñas y no con la cuchara que le correspondía de seis puntas, que venía siendo usada en otra máquina Komatsu particular en otra obra de construcción del asfaltado de la carretera de Moquegua - Omate (ver fs. 104 a 109 del cuaderno de anexos).

A mérito de la referida denuncia, con misma fecha 17 de setiembre de 2015 el Fiscal Penal Adjunto Wilson Arhuata Tuco se constituye al anexo de Otorá, altura del Km. 21 del Distrito de Torata, donde se venía ejecutando una obra de asfaltado de la carretera Moquegua – Omate, donde intervienen a una máquina excavadora Oruga marca Komatsu modelo PC 300 LC 8, que venía laborando con una cuchara de seis puntas o uñas, disponiendo su inmovilización, y extrañamente en un actuar inexplicable del Fiscal interviniente, designa como depositario y vigilancia al residente de obra Juan José Soto Acero, a quien deja la máquina, procediendo a retirarse.

Luego se tiene que la denuncia interpuesta antes mencionada, es evidente por ese actuar, que se hizo de conocimiento y dominio público. Y lógicamente de conocimiento del acusado Rospigliosi Mendoza.

3.- Para este Tribunal y como bien ha determinado el Juez A Quo, a la fecha de los hechos imputados, denuncia del 17 de setiembre de 2015, la Excavadora Komatsu PC 350 LC 8 del Gobierno Regional de Moquegua, que venía siendo utilizada en la Obra "Construcción de la carretera a nivel de trocha carrozable, tramo Quinistaquillas – Yagua – Sojo", lo venía haciendo con una cuchara de cinco (05) puntas o uñas y no de 06 uñas original que le correspondía; y que el acusado Rospigliosi Mendoza, ante el conocimiento de los hechos imputados el 17 de setiembre de 2015, el día siguiente viernes 18 de setiembre de 2015, junto a otras personas, se constituyó a la citada obra, y procede a realizar el cambio y/o restitución de la cuchara original de máquina de seis puntas, en vez de la de cinco puntas que no le correspondía y con la que venía laborando. Y ello ha quedado debidamente acreditado en el conjunto de la prueba actuada, con lo siguiente:

3.1.- El acusado en mención, en declaración dada en audiencia de apelación, expresamente asume (reconoce) haberse desplazado de la ciudad de Moquegua donde labora y constituido personalmente a la referida obra –Quinistaquillas, sector San Pedro) el viernes 18 de setiembre hasta el sábado 19 de setiembre de 2015, refiriendo que lo hacía por dar mantenimiento a la maquina Komatzu, versión que se tiene por forzada si se tiene que el imputado labora de lunes a viernes, y tal desplazamiento lo hizo en día viernes en horas de la tarde. Como que no está acreditado en absoluto alguna contingencia grave en la máquina, la cual venía operando normalmente.

El acusado a emitido el Informe N° 005-2015-CRM-AT/OSEM/GRM de fecha 23 de setiembre de 2019 a su jefe inmediato Jesús Alvarado Pacheco (corre a fs. 245 a 246 del cuaderno de anexos), donde expresamente menciona que hizo ese viaje de mantenimiento el viernes 18 de setiembre de 2015 a horas 3.00 p.m. Luego esa premura de ese "supuesto mantenimiento inusual se explica en la denuncia que se venía investigando que la maquina Komatzu del Estado venia laborando con una cuchara que no le correspondía.

3.2.- Que el Ing. Eumar R. Beltrán Laura, asistente de la Obra "Construcción de la carretera a nivel de trocha carrozable, tramo Quinistaquillas – Yaragua – Yojo", emite el Informe N° 002-2015-ERBL-AT-SGO-GRI/MOG de fecha 02 de julio de 2015 (corre a fs. 211 a 212), dirigido al residente de obra Ing. Daniel Niebles Cuayla, donde daba cuenta que la maquina Komatzu PC 350 LC 8, que venía trabajando en la citada obra, entre otras irregularidades informa expresamente "que venía laborando con una cuchara que no le pertenece pues la original es de 06 uñas y la que usa actualmente es de 05 uñas".

3.3.- Que el personal de vigilancia y residente de obra de la Obra "Construcción de la carretera a nivel de trocha carrozable v tramo Quinistaquillas – Yaragua – Yojo", altura del

Campamento San Pedro, donde venía laborando la maquina Komatsu PC 350 LC 8 del GRM., emiten informes en el que dan cuenta de la presencia del acusado Rospigliosi Mendoza junto a otras personas, en dos camionetas sin placas y un volquete con placa donde llevaban una cuchara de seis uñas, que se constituyen el viernes 18 y 19 de setiembre de 2015, han buscado al operador de la citada máquina Alfonso Mamani Mamani quien si se encontraba en el Campamento y a la máquina Komatsu misma, procediendo a cambiar el cucharón de la máquina Komatsu 350, lo que realizaron en circunstancias anómalas o de actuar funcional de evidente irregularidad, negándose a identificarse menos sus acompañantes, las camionetas no tenían placas, a revisar el celular de uno de los guardines su celular para verificar si habían tomado fotos o video de su presencia y de lo que llevaban procediendo a su borrado, entre otras irregularidades. Que solo puede explicarse no en su supuesta presencia de mantenimiento sino en la finalidad que le urgía realizar de restitución de la cuchara de seis puntas a la máquina Komatsu Pc 350 LC 8.

Veamos uno pos a uno.

- Así el vigilante Eugenio Arana Ramos con fecha 21 de septiembre de 2015 emite informe N° 01 (corre a fs. 110 del cuaderno de anexos) dirigido al Residente de Obra Daniel Niebles Coayla, por el cual da cuenta que el 18 de setiembre de 2015 a horas 01.35 p.m., ingresaron a la obra tres vehículos, dos camionetas sin placa de rodaje y un volquete con placa, dicho volquete cargado con un cucharón del escarbador PC 350 (Komatsu) y llegaron al sector donde estaba la máquina y cambiaron el cucharón (...) y a su persona no le permitían que se asome a la maquina; (...) ninguno de ellos que fueron se negaron a identificarse.
- En el Informe N° 001-2015 (corre a fs. 11 a 112 del cuaderno de anexos), que emite el guardián Luis Ilaquita Hoaricallo de su servicio del sábado 19 de setiembre de 2015, dirigido al Residente de Obra Daniel Niebles Coayla, por el cual da cuenta que en la tarde del citado día 19, que por ser sábado la garita estaba cerrada, por control, se aproximan con prisa y apurados una camioneta ploma plata sin placas Mitsubhisi y un volquete con placa (...) no se identificaron, alzando la voz y gritando que buscaban al operador de la máquina Komatsu Alfonso que trabaja en la obra exigiendo pasar y pasaron, encontraron al operador Alfonso que estaba en el campamento, y que ese señor que insistía es jefe del taller de máquinas;

a horas 15.03 vuelve la misma camioneta, se identificaron diciendo que eran de taller de maquinaria, era el señor Cristian, un tal Julio y el señor Alfonso operador de la maquinaria Komatsu, iban con dirección a San Pedro; a las 16.30 vuelve el volquete con placa y la camioneta Mitsubhisi para llevar la máquina de soldadura que está en el campamento, (...) a las 19.05 salió la camioneta Mitsubhisi estaba el señor Cristian y señor Alfonso, y dos personas más según ellos mecánicos, no quisieron dar más informaciones; (...) no quieren que les interroguen (...) y le pidieron su celular para ver sus fotos o filmaciones, que ha sacado (en su celular) lo que ellos actuaron y lo que tenía en su celular lo borraron; el señor Cristian conducía la última camioneta 4 x 4 color plomo plata Mitsubhisi sin placa y se dirige con dirección a Quinistaquillas.

- El residente de obra Ing. Daniel Niebles Cuayla emite el informe N° 0326-2015-DANC-RO-SGO-GRI/GRM presentado el 18 set 2015 dirigido a Eduardo Mejía Meza, por el cual da cuenta que se han sustraído piezas de la maquinaria Excavadora Komatsu modelo PC 350, sin coordinaciones de la residencia ni del inspector de obra; y detalla que el 18 set 2015 como a las 2.00 pm ingresaron dos camionetas sin registrarse en caseta de guardianía, sustrayendo autopartes como es un alternador, un turbo y un mando final lado izquierdo (...) y el operador de la máquina Alfonso Mamani Mamani se comunica con residencia e informa que como a las 2.00 pm aproximadamente, le buscan un personal técnico del taller OSEM y mediante llamada telefónica del Jefe taller OSEM señor Christian Rospigliosi Mendoza, autoriza el retiro de esas piezas de la máquina Komatsu modelo PC 350.

4.- El testigo Ing. Eumar Rene Beltrán Laura, quien en juicio ha mencionado que laboraba como asistente técnico en la Obra "Construcción de la carretera a nivel de trocha carrozable, tramo Quinistaquillas – Yaragua – Yojo", (quien emite el Informe N° 002-2015-ERBL-AT-SGO-GRI/MOG de fecha 02 de julio de 2015, analizado en el numeral 3.2 precedente), ha sostenido que la máquina excavadora Komatsu 350 venía laborando con una cuchara de 5 puntas y no de 6 puntas o uñas que le correspondía.

5.- El testigo Abad Eugenio Arana Ramos, quien a la fecha de hechos imputados setiembre 2015, laboraba como guardián en la Obra "Construcción de la carretera a nivel de trocha carrozable, tramo Quinistaquillas – Yaragua – Yojo", en juicio a mencionado que a esa fecha 18 de setiembre

de 2015, vio pasar dos camionetas y un volquete, en uno de los carros – volquete estaba una excavadora, y como dijo en su informe que hizo entonces, dio cuenta que vio en el volquete un cucharón del escarador PC 350 (Komatsu).

6.- El sentenciado apelante en absoluto ha cuestionado de manera específica esta prueba documental ni personal de testigos, prueba personal en su escrito de apelación ni en audiencia. Se limita a realizar en abstracto un cuestionamiento a la prueba por indicios, y que no concurren los elementos de la pericia, desde un punto dogmático. Más no desarrolla ni justifica cuestionamientos concretos específicos de la sentencia.

7.- Que existe fuerte evidencia acreditada que el cucharón de 6 uñas perteneciente a la máquina excavadora Komatsu PC 350 LC 8 de propiedad del Gobierno Regional de Moquegua, estaba siendo utilizada en fines ajenos distintos, por cuanto: **(i)** Ya desde el 02 de julio de 2015, el Ing. Eumar René Beltrán Laura asistente técnico de la obra "Construcción de la carretera a nivel de trocha carrozable, tramo Quinistaquillas – Yaragua – Yojo", informa por escrito al residente de obra que la referida máquina Komatsu estaba con una cuchara de cinco uñas y no de seis que le correspondía, circunstancia que se mantuvo hasta el 18 de setiembre de 2015; **(ii)** Que a esa fecha 17 de setiembre de 2015 que se interpone la denuncia por Larry Ormeño Cabrera, y al 18 de setiembre de 2015 que el acusado se constituye en obra donde estaba la maquina Komatsu PC 350 LC 8, como se tiene establecido anteriormente, es evidente y objetivo que el cucharón referido de seis uñas no se encontraba en las instalaciones del Gobierno Regional de Moquegua, ni menos de la entonces denominada "Oficina de Servicio y Equipo Mecánico" (OSEM), que por excelencia es el lugar donde debería encontrarse caso de no estar siendo utilizado en la máquina, como era el caso; **(iii)** No existe justificación debida de ninguna naturaleza porque la máquina Komatsu del GRM, venía usando una cuchara de 5 uñas y no de 06 que era su pala original; **(iv)** El denunciante Larry Ormeño sostiene en su denuncia que tal información le fue proporcionada por el trabajador de la obra Eleudoro Asqui Huisa, que era anteriormente el operador por excelencia de la referida maquina Komatsu PC 350 LC 8 del Estado y que esa cuchara venía siendo utilizada por otra máquina distinta Komatsu privada en la obra de asfaltado de la carretera Moquegua – Omate, y ante el fallecimiento del citado trabajador que le diera esa información citada, el denunciante Larry Ormeño se constituye al Sector de Otoro verificando ello, anexando tomas fotográficas de ello, que anexa a su denuncia el 17 de setiembre de 2015; **(vi)** El Ministerio Público el mismo 17 de setiembre de 2015, constituido al Sector de Otoro, levanta la respectiva acta fiscal, del cual se verifica que se venía ejecutando la Obra "Mejoramiento Red Vial Departamental Moquegua – Arequipa, verificando que se venía utilizando en labores propias de esa obra, a cargo del residente de obra Juan José Soto Acero, a

una máquina excavadora marca Komatsu modelo PC 300 LC 8 operada por Willi Rodríguez Flores, titularidad de Empresa Hermes Distribuciones e Inversiones EIRL, la que venía utilizando a ambos lados de la máquina stickers pegados figuraba "350" tratando de hacer pasar como si fuera de ese modelo y características, pero al ser retirados tales stickers se verifica que en realidad sobre la pintura original el modelo que le corresponde era de "PC 300 LC 8" y que usaba un cucharón de 6 uñas, disponiendo el fiscal interviniente la inmovilización, acta que anexa bastantes tomas fotográficas que apreciadas en conjunto se aprecia la maquina descrita y el cucharón de seis uñas.

8.- Que si bien se ha realizado pericia técnica en ambas máquinas Komatsu PC 350 LC 8 y PC 300 LC 8, por el perito Walter Arenas Callenueva de fecha 25 presentada el 27 de enero de 2016, se tiene que entre la fecha de la pericia realizada 25 de enero de 2016 a la fecha de hechos imputados 18 de setiembre de 2015, existe por medio más de cuatro meses calendario, que explica omisión de determinaciones relevantes, mas, en lo relevante y pertinente se tiene como conclusión que ambas máquinas presentan manipulación del cucharón y consiguiente remoción, que abona a acreditar el extremo de la imputación a los intercambios de cucharones entre ambas máquinas, como detalla la acusación fiscal.

Cabe aditar que la pericia realizada por la Policía Nacional en la maquinaria Komatsu PC 350 LC 8 del GRM, no realiza ningún aporte al proceso.

9.- No pasa desapercibido el actuar fiscal displicente y negligente, a mérito de la denuncia de parte del ciudadano Larry Ormeño Cabrera del 17 de setiembre de 2015, y la supuesta intervención fiscal en la misma fecha 17 set 2015 a la máquina Komatsu PC 300 LC 8 particular que vendría utilizando la cuchara de seis uñas del estado, procediendo a su inmovilización, y luego, de manera sorpresiva e inexplicable lo deja en custodia en poder de la parte intervenida; incurriendo en un actuar negligente que ha afectado innecesariamente la trascendencia y calidad de la investigación fiscal. Más el Fiscal Superior Penal en audiencia de apelación ha dado cuenta que se han tomado acciones de control de fiscalización por el ente pertinente, lo que explica porque no se remite copias certificadas a su Órgano de Control.

10.- Verificado la concurrencia de los elementos del tipo objetivo de peculado de uso, se tiene de la secuencia de hechos acaecidos, acreditados, probados y analizados anteriormente, que el actuar del acusado fue doloso, con conocimiento que el hecho que realizaba constituía delito y con voluntad de alcanzar y cometer el mismo. No concurren justificantes por lo que la conducta atribuida es antijurídica, y en absoluto concurre causal alguna de inculpabilidad.

SEXTO.- En este orden de ideas acreditadas supra, se colige fundadamente que el actuar del acusado Christian Mario Rospigliosi Mendoza ha sido doloso, infraccionando su deber en el cargo

público de asistente público coordinador de maquinaria del Gobierno Regional de Moquegua, con el deber de cuidado control y fiscalización de la maquinarias del GRM, (sujeto cualificado), al disponer que la máquina excavadora Komatsu PC 350 LC8 del GRM fuere a realizar labores en la Obra "Construcción de la carretera a nivel de trocha carrozable, tramo Quinistaquillas – Yaragua- Yojo", no con el cucharón de 6 puntas o uñas que formaba parte de la citada maquinaria, sino con otro cucharón que no le correspondía de 5 uñas, permitiendo que ese cucharón original de 6 pulgadas sea utilizada por terceros en servicios ajenos a la Administración Pública; como se ha verificado en el caso concreto. Por lo que la conducta que ha realizado es típica; es antijurídica al no concurrir ninguna causal de justificación, y es culpable, al no concurrir causales de inculpabilidad, pues pudo realizar otra acción conforme a derecho que no realizó, por lo que le es reprochable su conducta; por lo que es merecedor de una pena. Como que se verifica que la dosificación de la pena concreta impuesta, y fijación de la reparación civil, se ha realizado conforme a derecho y a las jurisprudencias supremas sobre el particular; que justifican se confirme la sentencia recurrida.

SETIMO.- SOBRE EL OTRO EXTREMO APELADO DE REDUCCIÓN DE LA PENA.

En el escrito de apelación de sentencia, si bien propone como "pretensión impugnatoria alternativa subsidiaria a efectos se le imponga una pena menor", en el desarrollo de tal apelación escrita no existe ningún sustento sobre este extremo apelado, y en la audiencia de apelación de sentencia, en absoluto se ha pronunciado sobre esta supuesta pretensión alternativa subsidiaria. En consecuencia no se menciona que partes de la sentencia le causan agravio, ni menos que partes son las que cuestiona en este extremo, ni fundamentos para refutarla ni propuesta alguna de modificación concreta.

Luego si no existen cuestionamientos ni agravios concretos, es materialmente imposible darse respuesta a cuestionamientos concretos individualizados que no existen; lo que releva de mayor análisis y pronunciamiento sobre este particular. Por lo que cabe también desestimarse este extremo de la apelación.

OCTAVO.- DE LAS COSTAS.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 505.1 del Código Procesal Penal, la condena en costas se establece por cada instancia. En el presente caso, la apelación le ha sido desfavorable al apelante, por lo que está obligado al pago de costas, a determinarse en ejecución de sentencia.

Por estos fundamentos,

RESOLVIERON:

CONFIRMAR: La resolución N° 10 que contiene la sentencia N° 060 de fecha ocho de agosto del año dos mil diecinueve que corre a fs. 128 a 168 emitido por el Juez del Tercer Juzgado

Unipersonal del Módulo Penal de Mariscal Nieto – Moquegua, que DECLARA al apelante Christian²⁵ Mario Rospigliosi Mendoza autor del delito Contra La Administración Pública - Delitos cometidos por Funcionarios Públicos, en su modalidad de Peculado, en su forma de Peculado de Uso, previsto en el artículo 388° del Código Penal en agravio del Estado Peruano, bajo el texto de la Ley N° 30111 (vigente al tiempo de los hechos) representado por el Gobierno Regional de Moquegua y personificado por la Procuraduría Pública Anticorrupción de Moquegua; como tal LE IMPONEN dos años de pena privativa de la libertad con el carácter de suspendida, por el periodo de dos años, sujeto a determinadas reglas de conducta, entre ellas el pago de la reparación civil, bajo apercibimiento de hacer efectivo lo señalado en el Artículo 59° del Código Penal; LE IMPONEN la co penalidad de ciento ochenta días multa equivalente a tres mil setecientos sesenta y cinco con 00/100 soles (S/. 3,765.00 Soles); LE IMPONEN inhabilitación por el plazo de dos años, referido a lo que señala el Artículo 36° incisos 1) y 2) del Código Penal; FIJA por reparación civil la suma de cinco mil soles (S/. 5,000. 00 soles), que pagará el sentenciado a favor de la agraviada; con pago de las costas procesales; Disponiendo que consentida o ejecutoriada sea la presente sentencia, se remitan las comunicaciones y los testimonios correspondientes a las autoridades pertinentes; con lo demás que contiene. **DISPUSERON:** El pago por el sentenciado apelante de las costas por la segunda instancia, a determinarse en ejecución de sentencia. **Interviene como Juez Superior Ponente, el magistrado Pablo Walter Carpio Medina.- REGÍSTRESE Y HÁGASE SABER.-** SS.

FERNÁNDEZ CEBALLOS

CARPIO MEDINA

SALAS BUSTINZA



RONALD M. CHACÓN HURTADO
ESPECIALISTA LEGAL DE SALA MÓDULO PENAL
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE MOQUEGUA