

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 1438-2019/MOQUEGUA
PONENTE: CESAR SAN MARTIN CASTRO

Título: Conversión de la pena privativa de libertad

Sumilla 1. La conversión de la pena privativa de libertad tiene como presupuesto material que no fuera procedente la condena condicional, que es lo que sucede en el presente caso al amparo del Decreto Legislativo 1351, que modificó el último párrafo del artículo 57 del Código Penal. Sobre esta base el Código penal autoriza al juez a poder convertir la pena privativa de libertad de cuatro años a prestación de servicios a la comunidad. Desde luego esta conversión no es automática y corresponde al juez evaluar si corresponde desde el principio de proporcionalidad y los fines de la pena (en sentido amplio: artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal). **2.** El Tribunal Superior ha incidido en el móvil egoísta que impulsó la actuación del agente, pero se trata de una perspectiva muy limitada –que no tendría elementos de racionalización idóneos– para entender, desde la prevención especial, el rol que ha de tener la pena en incidir en la personalidad del agente, de modo de favorecer su recuperación. Es de reconocer que ha de otorgarse a la culpabilidad –al grado de ella– el criterio principal o preeminente para la determinación de la pena –que se corresponde con lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal y el propio artículo 45-A del mismo Código al destacar en su segundo párrafo la responsabilidad o culpabilidad para determinar la pena–, por lo que debe elegirse una sanción idónea, en tipo y en la medida, para favorecer la resocialización del agente. **3.** El delito cometido por un servidor público menor está referido al apoderamiento de una cantidad limitada de gasolina, que por lo demás, reparó aunque tardíamente. El recurrente es una persona sin antecedentes, sin mayor cultura, y no integrado a una red delictiva alguna. No tiene una personalidad criminal definida. No es claro que una pena privativa de libertad de cuatro años efectiva pueda favorecer la resocialización del imputado, más bien una pena de prestación de servicios a la comunidad sería más idónea al fin de resocializador.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, veintiséis de abril de dos mil veintiuno

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación por infracción de precepto material interpuesto por la defensa del encausado ROLANDO AGAPITO ANDIA ZEBALLOS contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y nueve, de veinticinco de junio de dos mil diecinueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia conformada de primera instancia de fojas doscientos cincuenta y tres, de catorce de marzo de dos mil diecinueve, lo condenó como autor del delito de ~~pæul~~ ~~do~~ ~~lo~~ ~~so~~ en agravio del Estado –Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, seis años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como

al pago de mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que el fiscal provincial penal provisional de la Quinta Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios de Moquegua, culminado el procedimiento preparatorio formalizado, por requerimiento de fojas cuarenta y tres, de tres de octubre de dos mil dieciocho, formuló acusación contra Rolando Agapito Andia Zeballos por delito de peculado doloso (artículo 387, primer párrafo, del Código Penal) en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto.

∞ El Primer Juzgado Unipersonal, sede Nuevo Palacio, de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, mediante auto de fojas doscientos cuarenta y cinco, de dieciséis de enero de dos mil diecinueve, dictó el auto de citación al juicio oral correspondiente.

∞ El citado Juzgado Unipersonal, tras el juicio oral, público y contradictorio, con fecha catorce de marzo de dos mil diecinueve, dictó la respectiva sentencia conformada por la que condenó a ROLANDO AGAPITO ANDIA ZEBALLOS como autor del delito de peculado doloso en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Mariscal Nieto a cuatro años de pena privativa de la libertad con carácter efectivo, pena que conforme al artículo 52 del Código Penal convirtió en doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad; además, impuso como penas accesorias seis años de inhabilitación con carácter efectivo conforme lo establece el artículo 36, incisos 1 y 2, del Código Penal, ciento ochenta días multa, que equivale a dos mil quinientos cincuenta soles, que pagará dentro de los diez días conforme al artículo 44 del Código Penal; por último, fijó en mil soles el monto por concepto de reparación civil.

SEGUNDO. Que el Fiscal Adjunto Provincial del Cuarto Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en delitos de corrupción de funcionarios del Distrito Fiscal de Moquegua por escrito de fojas doscientos cincuenta y nueve, de veintidós de marzo de dos mil diecinueve, interpuso recurso de apelación. Concedido el recurso y elevada la causa al Tribunal Superior, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, tras el correspondiente juicio de apelación, mediante sentencia de vista de fojas doscientos setenta y nueve, de veinticinco de junio de dos mil diecinueve, confirmó en un extremo y revocó en otro la sentencia conformada de primera instancia de fojas doscientos cincuenta y tres, de catorce de marzo de dos mil diecinueve, lo condenó como autor del delito de peculado doloso en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, seis años de inhabilitación y ciento ochenta días



multa, así como al pago de mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene.

TERCERO. Que las sentencias de mérito fijaron formalmente como hechos establecidos que el encausado Rolando Agapito Andia Zeballos, en su condición de asistente de Almacén del Proyecto “Mejoramiento y ampliación del tránsito vehicular y peatonal de la Zona II del Centro Poblado San Francisco, distrito de Moquegua, provincia de Mariscal Nieto” es responsable del aprovisionamiento de combustible, en mérito al contenido de la carta número cero siete – dos mil diecisiete – ACB – RO – SOP – GIP – GM/PMN, por haberse apropiado de ciento cincuenta galones de petróleo diésel B cinco, correspondiente a la dotación de combustible de la citada obra, valiéndose del cargo que ejercía para acceder a los vales de consumo para su canje. El día veintiséis de abril de dos mil diecisiete el citado encausado retiró de la estación de servicio del grifo municipal cincuenta galones de petróleo diésel B cinco, con vale de consumo número diez dieciséis, y, posteriormente, el seis de mayo de dos mil diecisiete, otros cien galones, mediante el vale de consumo número once cero ocho. El combustible nunca ingresó a la obra pero fue incluido en las valorizaciones de combustible número diecisiete y número veinte, emitidas por la estación de servicio, con lo que se acreditó su retiro. Luego de advertirse tales hechos por parte del residente de proyecto, Alexander Cáceres Bernedo, la almacenera de éste, Felicitas Quispe Coronel, y por tal circunstancia, el día diez de junio de dos mil diecisiete el encausado Rolando Agapito Andia Zeballos devolvió los galones de combustible, valorizados en mil setecientos cincuenta y cinco soles.

CUARTO. Que el encausado Andia Zeballos en su escrito de recurso de casación de fojas doscientos noventa y tres, de nueve de julio de dos mil diecinueve, denunció como motivos de casación: inobservancia de precepto constitucional y apartamiento de doctrina jurisprudencial (artículo 429, incisos 1 y 5, del Código Procesal Penal). Afirmó que se vulneró el principio de proporcionalidad de las penas y, además, se apartó de lo dispuesto por el Acuerdo Plenario 5-2008/CJ-116.

∞ Alegó, desde acceso excepcional al recurso de casación, que debe determinarse, al no ser factible la suspensión condicional de la pena, convertir la pena de privación de libertad por la pena de prestación de servicios a la comunidad. Además, debe precisarse si es legal que consigne un móvil del hecho delictivo, que no fue postulado por la Fiscalía.

QUINTO. Que, cumplido el trámite de traslados a las partes recurridas, este Tribunal de Casación, por Ejecutoria Suprema de fojas setenta y dos, de quince de mayo de dos mil veinte, del cuadernillo formado en esta sede suprema, declaró bien concedido el citado recurso formulado la defensa del encausado Rolando Agapito Andia Zeballos por el motivo de infracción de precepto material.



∞ Este Supremo Tribunal estimó particularmente relevante incidir en una interpretación de los alcances del artículo 57, último párrafo, del Código Penal y determinar si es posible la conversión de la pena privativa de libertad a la pena de prestación de servicios comunitarios conforme al artículo 52 del Código Penal, desde los criterios fijados por el Acuerdo Plenario 9-2019/CIJ-116, de diez de setiembre de dos mil diecinueve.

SIXTO. Que instruido el expediente en Secretaría y señalada fecha para la audiencia de casación el día diecinueve de abril del presente año, ésta se realizó con la concurrencia del doctor Luis Achagui Loayza, abogado defensor del encausado Andía Zevallos, cuyo desarrollo consta en el acta correspondiente.

SÉPTIMO. Que cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan en la audiencia de la lectura de la sentencia programada el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el Tribunal Superior en la sentencia de vista impugnada estimó que era de aplicación la ley 30304, que reformó el artículo 57 del Código Penal, que dispuso que la suspensión de la ejecución de la pena era inaplicable a los condenados por delitos de peculado. Que si bien correspondía al órgano jurisdiccional, respetando los hechos, por razones de legalidad y justicia podía controlar la pena, la cual puede graduar proporcionalmente. Que como el imputado, en su condición de responsable de aprovisionamiento de combustible de un proyecto de la Municipalidad agraviada, en dos ocasiones, se apropió de ciento cincuenta galones de gasolina, de suerte que su móvil fue egoísta y, por tanto, el desvalor de la acción y del resultado es de mayor intensidad, luego, el reproche es mayor, tanto más si el valor de lo apropiado lo devolvió con posterioridad, al ser descubierto el hecho. Que en estas condiciones, insistió, no corresponde la conversión de la pena privativa de libertad por la de prestación de servicios a la comunidad.

SEGUNDO. Que, ahora bien, no está en discusión la comisión del delito de peculado doloso simple, previsto y sancionado en el artículo 387, primer párrafo, del Código Penal, con cuatro a ocho años de privación de libertad, ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días multa e inhabilitación, según el Decreto Legislativo 1243, de veintidós de octubre de dos mil dieciséis, vigente cuando se produjo la apropiación, en dos ocasiones, de un total de ciento cincuenta galones de gasolina y cuyo valor ascendía a mil setecientos cincuenta y cinco soles.

∞ Por otro lado, en la fecha de los hechos (abril y mayo de dos mil diecisiete) se encontraban vigentes, primero, el Decreto Legislativo 1351, de siete de enero de dos



mil diecisiete –no la disposición anterior citada por el Tribunal Superior: Ley 30304, de veintiocho de febrero de dos mil quince–, que al modificar el artículo 57 del Código Penal disponía la inaplicación de la suspensión de la ejecución de la pena a los funcionarios o servidores públicos que, entre otros delitos, cometían el de peculado –cabe aclarar que la Ley 30710, de veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete, agregó la prohibición los delitos de violencia familiar–; y, segundo, la Ley 29499, de diecinueve de enero de dos mil diez, que al modificar el artículo 52 del Código Penal, sobre conversión de la pena privativa de libertad, cuando no fuera procedente la condena condicional y la reserva del fallo condenatorio, estableció que cuando se imponía pena privativa de libertad no mayor de cuatro años el juez podrá convertirla en prestación de servicios a la comunidad o limitación de días libres –corresponde acotar que el Decreto Legislativo 1514, de cuatro de junio de dos mil veinte, solo derogó lo relacionado a la conversión a vigilancia electrónica personal–.

TERCERO. Que el Tribunal Superior citó como **antecedente** la Ley 27770, de veintiocho de junio de dos mil dos, en cuyo artículo 3 no autorizó la conversión de la pena privativa de libertad del artículo 52 del Código Penal tratándose, entre otros, del delito de peculado doloso. Empero, es de aclarar que esta disposición legal fue **abrogada** por los nuevos preceptos fijados por las normas con rango de ley citadas anteriormente (Ley 29499 y Decreto Legislativo 1514), que no reprodujeron limitaciones a su aplicación. Luego, como pauta general, es de afirmar que no existen limitaciones legales por razón del delito para la conversión de la pena privativa de libertad.

CUARTO. Que es claro que la **conversión** de la pena privativa de libertad tiene como presupuesto material que no fuera procedente la condena condicional, que es lo que sucede en el presente caso al amparo del Decreto Legislativo 1351, que modificó el último párrafo del artículo 57 del Código Penal. Sobre esta base el Código penal autoriza al juez a poder convertir la pena privativa de libertad de cuatro años a prestación de servicios a la comunidad. Desde luego esta conversión no es automática y, para decidirla, corresponde al juez evaluar si corresponde hacerlo desde el principio de proporcionalidad y los fines de la pena (en sentido amplio: artículos VIII y IX del Título Preliminar del Código Penal).

∞ El Tribunal Superior ha incidido en el móvil egoísta que impulsó la actuación del agente, pero se trata de una perspectiva muy limitada –que no tendría elementos de racionalización idóneos– para entender, desde la prevención especial, el rol que ha de tener la pena en incidir en la personalidad del agente, de modo de favorecer su recuperación. Es de reconocer que ha de otorgarse a la culpabilidad –al grado de ella– el criterio principal o preeminente para la determinación de la pena –que se corresponde con lo dispuesto en el artículo 45 del Código Penal y el propio artículo 45-A del mismo Código al destacar en su segundo párrafo la responsabilidad o culpabilidad para determinar la pena–, por lo que debe elegirse



una sanción idónea, en tipo y en la medida, para favorecer la resocialización del agente.

QUINTO. Que el delito cometido por un servidor público, de menor jerarquía, está referido al apoderamiento de una cantidad limitada de petróleo diésel B cinco, que, por lo demás, reparó aunque tardíamente. El recurrente es una persona sin antecedentes, sin mayor cultura, y no integrado a una red delictiva alguna. No tiene una personalidad criminal definida ni el delito cometido es parte de una carrera criminal; es un delito ocasional y de ejecución única, con exclusión de codelincuencia. No es claro que una pena privativa de libertad de cuatro años efectiva pueda favorecer la resocialización del imputado, más bien una pena de prestación de servicios a la comunidad sería más idónea al fin de resocializador.

SEXTO. Que esta conclusión es compatible con lo establecido en el Acuerdo Plenario 9-2019/CIJ-116, de diez de septiembre de dos mil diecinueve. Las prohibiciones del artículo 57 del Código Penal no alcanzan al artículo 52 del mismo Código. La conversión, señaló el párrafo quincuagésimo segundo, está condicionada al cumplimiento estricto del principio de proporcionalidad, adecuada a los fines que se esperan de la pena.

∞ En consecuencia, el recurso defensivo debe estimarse y así se declara. No se aplicó, como correspondía, el artículo 52 del Código Penal. Debe dictarse una sentencia rescindente y rescisoria, y confirmarse la sentencia de primera instancia.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **FUNDADO** el recurso de casación por **infracción de precepto material** interpuesto por la defensa del encausado ROLANDO AGAPITO ANDIA ZEBALLOS contra la sentencia de vista de fojas doscientos setenta y nueve, de veinticinco de junio de dos mil diecinueve, que confirmando en un extremo y revocando en otro la sentencia conformada de primera instancia de fojas doscientos cincuenta y tres, de catorce de marzo de dos mil diecinueve, lo condenó como autor del delito de peculado doloso en agravio del Estado – Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto a cuatro años de pena privativa de libertad efectiva, seis años de inhabilitación y ciento ochenta días multa, así como al pago de mil soles por concepto de reparación civil; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CASARON** la sentencia de vista en el extremo de la pena privativa de libertad impuesta. **II.** Actuando como instancia: **CONFIRMARON** la sentencia conformada de primera instancia de fojas doscientos cincuenta y tres, de catorce de marzo de dos mil diecinueve, en la parte que impuso a ROLANDO AGAPITO ANDIA ZEBALLOS, como autor del delito de peculado doloso en agravio del Estado – Municipalidad Distrital de Mariscal Nieto, cuatro años de pena privativa de la libertad efectiva, que convirtió en



doscientos ocho jornadas de prestación de servicios a la comunidad; con lo demás que contiene en este punto; registrándose. **III. DISPUSIERON** se lea la presente sentencia casatoria en audiencia pública, se publique en la página web del Poder Judicial y se comunique al Tribunal de Origen para la ejecución procesal de la sentencia condenatoria por ante el órgano jurisdiccional competente. **IV. ORDENARON** se levante la ubicación y captura dispuesta contra el condenado ROLANDO AGAPITO ANDIA ZEBALLOS; oficiándose. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

TORRE MUÑOZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/AST