CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
SALA PENAL PERMANENTE

REVISIÓN SENTENCIA N.° 503-2017/CALLAO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

HECHO NUEVO. NOCIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO

Sumilla. **1.** El concepto "hecho" es amplio. Incluye todo acaecimiento histórico y, como tal, puede serlo los hechos jurídicos. Un nuevo dispositivo legal es un hecho jurídico por su propia existencia, más allá de la eficacia jurídica que despliegue sobre las situaciones jurídicas que regule. **2.** El Código Penal acoge un concepto amplio de funcionario público, situándose un poco más allá del Derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo –es un concepto funcionarial autónomo y exclusivo del Código Penal–. El Derecho penal exige, (*i*) un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas; y (*ii*) un título de habilitación de dicha participación, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente –determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta–.

–SENTENCIA DE REVISIÓN–

Lima, cinco de noviembre de dos mil dieciocho

VISTOS: la demanda de revisión por el motivo de prueba nueva interpuesta por el imputado [redacted] contra la sentencia de vista fojas sesenta y siete, de ocho de setiembre de dos mil dieciséis, que confirmando la sentencia de primera instancia de fojas ocho, de veintitrés de febrero de dos mil dieciséis, lo condenó como cómplice primario del delito de peculado de uso en agravio de del Estado – Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú (V Comandancia Departamental del Callao) a un año y cuatro meses de pena privativa de libertad, suspendida condicionalmente por el plazo de un año, e inhabilitación por el término de la pena anterior, así como al pago solidario de veintiún mil soles por concepto de reparación civil; con lo demás que al respecto contiene.
Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que la sentencia de vista, que confirmó la sentencia de primera instancia –ambos fallos cuestionados por la presente demanda de revisión–, declaró probado que el condenado [redacted] en su condición de representante legal de la empresa ALFA GAS SA, contribuyó de manera necesaria para que Alejandro Navarrete Rodríguez, Comandante Departamental de la V Comandancia del Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú –en adelante, CGBVP–, autorice el uso de las motobombas, que tienen un fin social determinado para acudir en casos de siniestros, en beneficio de las actividades particulares de la empresa que representaba, todo ello a cambio de una contraprestación dineraria que no se ingresó a la institución agraviada, a cuyo efecto se firmó las cartas que comprometían el uso particular de la citada maquinaria pese a que se conocía tenía la finalidad social citada. Este hecho ocurrió en los años dos mil once a dos mil doce.

SEGUNDO. Que la demanda de revisión de fojas una, presentada el catorce de diciembre de dos mil diecisiete por el condenado [redacted] invocó el motivo de revisión previsto en el artículo 439, inciso 4, del Código Procesal Penal: prueba nueva.

Argumentó que con posterioridad a la sentencia condenatoria de vista se publicó el Decreto Legislativo número 1260 –el ocho de diciembre de dos mil dieciséis–, que en su artículo 3 estipuló que "[...] *los miembros del Cuerpo General de Bomberos no son funcionarios ni servidores públicos*". Siendo así, afirmó que no es posible, al respecto, la comisión por aquellos del delito de peculado de uso; que ese dispositivo legal aclaró la condición real del personal del CGBVP, que no estuvo regulado cuando se emitió condena en su contra. Por tanto, el sustento material de la condena dejó de tener fundamento fáctico y jurídico.

Acompañó como prueba nueva la disposición legal en referencia.

TERCERO. Que la citada demanda de revisión fue admitida conforme al auto calificación de fojas ciento cinco, de nueve de marzo de dos mil dieciocho. Solicitada y remitida la causa que dio lugar a la presente acción de impugnación extraordinaria penal; y, sin la actuación de pruebas ante este Supremo Tribunal, se señaló fecha para la audiencia de revisión para el dieciocho de octubre de dos mil dieciocho.

Por requerimiento escrito de fojas ciento treinta y tres, de diecisiete de los corrientes, el señor Fiscal Supremo Provisional solicitó, por los argumentos allí expuestos, se declare infundada la demanda de revisión.

CUARTO. Que la audiencia de revisión se realizó con la intervención del abogado defensor del promotor de la acción, doctor Humberto Delgado Achahui, así como del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Abel Salazar Suárez, según consta en el acta precedente.

QUINTO. Que, sin interrupción, en esa misma fecha, una vez concluida la audiencia de revisión, se reunió la Sala en sesión secreta para la deliberación y votación de la causa. Obtenido el número suficiente de votos, por unanimidad, se procedió inmediatamente a la redacción de la sentencia por el ponente. Se programó para su correspondiente lectura en la audiencia de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el artículo 439, inciso 4, del Código Procesal Penal estipula que la revisión de sentencias condenatorias firmes procede: "Si *con posterioridad a la sentencia se descubren hechos o medios de prueba, no conocidos durante el proceso, que* [...] *sean capaces de establecer la inocencia del condenado*". Se requiere, pues, nuevos hechos o nuevos medios de pruebas desconocidos en el proceso "*a quo*" que evidencien la inocencia del condenado y que de haberse podido aportar, hubiera sucedido un fallo absolutorio, de tal manera que las nuevas pruebas anulen y eliminen el efecto incriminador de las anteriores, poniendo de relieve un error claro y manifiesto ocasionado por el desconocimiento de estos nuevos datos que hubieran cambiado el signo de las valoraciones y conclusiones obtenidas por el Tribunal Sentenciador [GIMENO SENDRA, Vicente: *Derecho Procesal Penal*, Civitas, Navarra, 2015, p. 944].

SEGUNDO. Que el concepto "hecho" es amplio. Incluye todo acaecimiento histórico y, como tal, puede serlo los hechos jurídicos. Un nuevo dispositivo legal es un hecho jurídico por su propia existencia, más allá de la eficacia jurídica que despliegue sobre las situaciones jurídicas que regule.
A este respecto puntualiza, por ejemplo, la STSE de veintiuno de abril de mil novecientos noventa y siete, lo siguiente: "*Con el carácter ampliatorio que puede suponer interpretación de las normas en favor del reo, en este caso se podría considerar también posible la revisión cuando hayan cambiado las normas aplicables que hagan posible tal favorecimiento. Se trata de aplicar normas sobrevenidas, que podrían*

hacerles impunes en cuanto que fueran más favorables, y siempre que puedan considerarse sobrevenidas al no haber sido ya tenidas en cuenta en la sentencia que trata de revisarse. Faltaría si no el elemento esencial que un recurso de esta naturaleza siempre requiere, cual es el cambio de las reglas esenciales del enjuiciamiento".

TERCERO. Que las sentencias impugnadas en revisión establecieron que se utilizó o usó motobombas de la CGBVP, pese a que tiene un fin social determinado para acudir en caso de siniestros, en beneficio de las actividades particulares de la empresa ALFA GAS SA, cuyo representante legal era el accionante [redacted] En tal virtud, se le condenó como cómplice primario del delito de peculado de uso doloso (artículo 388, primer párrafo, del Código Penal, modificado por Ley número 29703, de diez de junio de dos mil once). Como fundamento jurídico de la condena se invocó la Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción –en adelante, la Convención–, cuyo artículo 3 estipula que "[...] *funcionario público es toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público*"; asimismo, se hizo referencia al artículo 1 de la Ley 27067, de veintiocho de noviembre de mil novecientos noventa y ocho, que estatuía que el CGBVP es una entidad con personería jurídica de derecho público interno y constituye un pliego presupuestal.

CUARTO. Que, ahora bien, con posterioridad a las sentencias cuestionadas en revisión, entró en vigor el Decreto Legislativo número 1260, publicado el ocho de diciembre de dos mil dieciséis. Varias son las reglas que establece. Las más relevantes, desde el caso en examen, son las siguientes:

1. El artículo 3 prescribe lo siguiente: "*El Cuerpo General de Bomberos Voluntarios del Perú, cuya sigla es CGBVP, está conformado por los bomberos* [...], *que prestan servicio público de manera voluntaria y ad honorem. No son considerados como funcionarios ni servidores públicos*" [el subrayado es nuestro].

2. El artículo 6, literal a), preceptúa que: "*Los bienes muebles e inmuebles afectados en uso se sujetan a las normas de administración de los bienes nacionales. Los bienes que estén afectados no pueden ser destinados a otra función ni ser compartidos con otras entidades públicas o privadas*".

3. En esta misma línea, el artículo 3 del Decreto Supremo número 019-2017-IN, de diecisiete de junio de dos mil diecisiete, que aprobó el Reglamento del citado Decreto Legislativo, precisa que: "*El servicio público de bomberos es un servicio cívico destinado a la atención y prevención de emergencias, rescates y extinción de incendios. El estado lo regula teniendo en cuenta el interés social de evitar la producción de incidentes que pongan en riesgo o afecten la vida humana y el patrimonio, público o privado, y atender aquellos que se produzcan*".

4. El citado Reglamento, en su artículo 9, dispone: "*Para el desarrollo del servicio público de bomberos, el Estado afecta bienes en uso y contrata servicios para el CGBVP a través de la Intendencia Nacional de Bomberos del Perú, sujetos a los controles correspondientes y conforme a lo señalado en el artículo 6 de la Ley*".

Ante lo previsto por el artículo 3 del Decreto Legislativo número 1260, en el sentido de que los bomberos no son funcionarios ni servidores públicos, se invoca en la demanda de revisión la existencia de error de hecho sobrevenido de dichas sentencias como consecuencia de la interpretación y aplicación de la normativa precedente en orden a la determinación del estatus jurídico de los bomberos, lo que podría tener una repercusión en la posterior tipificación de los hechos declarados probados. Bajo esa perspectiva, como se atribuye al accionante ser cómplice primario de un delito funcionarial, si los bomberos no serían funcionarios o servidores públicos, entonces, no podría ser condenado por delito de peculado de uso doloso.

En efecto, "*si bien el injusto del partícipe tiene un contenido propio, que lo diferencia del injusto del autor; sin embargo, de cara a la sanción penal, la participación es accesoria respecto del hecho del autor. Para sancionar al partícipe es necesario que el autor haya realizado una conducta típica y antijurídica. Dicho de otra forma, la participación estará limitada a la realización de un injusto penal por parte del autor*" (ALCÓCER POVIS, EDUARDO: *Derecho Penal. Parte General*, INCIPP, Lima, 2014, p. 149).

QUINTO. Que el tipo penal de peculado de uso (artículo 388 del Código Penal), como se sabe, exige, en lo pertinente, que el autor sea un funcionario o servidor público, 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.

En esta perspectiva penal, el artículo 425 del citado Código incorpora una noción amplia de funcionario o servidor público, pues no solo comprende a los que integren la carrera administrativa, a los que desempeñan cargos políticos o de confianza y a los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional; sino también (*i*) a los que, con independencia del régimen laboral, presten servicios en organismos públicos en general –incluidas empresas públicas y sociedades de economía mixta– y en su mérito ejerzan funciones en ellas, y (*ii*) a los designados por autoridad competente para desempeñar actividades o funciones en nombre o al servicio del Estado o sus entidades.

Esta amplitud permite reconocer que el Código Penal acoge un concepto amplio, situándose un poco más allá del Derecho administrativo a la hora de fijar este elemento normativo –es un concepto funcionarial autónomo y exclusivo del Código Penal–. Como acota la STSE 793/2006, de catorce de julio, "*Se trata de un concepto nutrido por ideas funcionales de raíz jurídico-política y*

acordes a un concreto planteamiento político-criminal que exige atribuir la cualidad de funcionario conforme a unas funciones y metas propias del Derecho penal, no siempre coincidentes con el Derecho administrativo".

Por consiguiente, no es suficiente o determinante que el artículo 3 del Decreto Legislativo número 1260 enfatice que el bombero no es funcionario o servidor público, sino que es de analizar el status integral de su función, la naturaleza del servicio de la institución y las reglas jurídicas respecto de los bienes asignados para el cumplimiento de sus funciones (artículos 5 y 6 del referido Decreto Legislativo). Ello significa que el agente debe realizar actos funcionariales y referidos a la relación entre la administración y los administrados; es decir, debe estar incorporado en la actividad pública –lo que puede suceder de distintas formas– y, además, debe ejercer la función pública (ABANTO VÁSQUEZ, MANUEL: *Los delitos contra la Administración Pública en el Código Penal Peruano*, Editorial Palestra, Lima, 2003, pp. 21-30).

Desde el Derecho penal se exige, entonces, para ser considerado funcionario o servidor público (*i*) un elemento referido a la participación en el ejercicio de funciones públicas; y (*ii*) un título de habilitación de dicha participación, que puede ser triple: disposición de la ley, elección, o designación o nombramiento por autoridad competente –determinante de un vínculo con el Estado o sus entidades, incluidas empresas públicas o de economía mixta– (Conforme: MIR PUIG, CARLOS: *Los delitos contra la Administración Pública en el nuevo Código Penal*, Editorial Bosch, Barcelona, 2000, p. 22).

SEXTO. Que, así las cosas, y desde las nuevas disposiciones legales citadas en el fundamento jurídico cuarto, se tiene, primero, que los bomberos participan en el ejercicio de una función pública; y, segundo, que tienen un título de habilitación debidamente estructurado por la ley e integran, por lo demás, un cuerpo jerarquizado.

Asimismo, los bienes de la institución tienen un fin determinado y están sujetos a control gubernamental. Los hechos materia de condena están circunscriptos a una actuación en el marco de la función pública y referida a máquinas de la institución, cuya utilización se cuestionó. No es posible, por no ser ámbito de la revisión penal, cuestionar en esta vía si el hecho en sí mismo era, en efecto, delictivo y si quienes intervinieron en su realización eran punibles o debían ser sancionados penalmente. Solo se afirma a estos fines que la nueva legislación no modificó el concepto penal de funcionario o servidor público estipulado en el artículo 425 del Código Penal.

En tal virtud, la demanda debe desestimarse y así se declara.

SÉPTIMO. Que, como se trata de una terminación del proceso de revisión penal por declaración de improcedencia de la demanda, es de aplicación,

respecto del pago de costas el artículo 497, numeral 1 del Código Procesal Penal, cuya liquidación corresponde a la secretaria de esta sala, conforme al artículo 506 de citado Código.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADA** la demanda de revisión, por motivo de prueba nueva, interpuesta por el condenado [redacted] contra la sentencia de vista fojas sesenta y siete, de ocho de setiembre de dos mil dieciséis, que confirmó la sentencia condenatoria de primera instancia de fojas ocho, de veintitrés de febrero de dos mil dieciséis; con lo demás que al respecto contiene. **II. CONDENARON** al recurrente al pago de las costas procesales correspondientes; y, **DETERMINARON** su liquidación a la secretaria de la Sala. **III. ORDENARON** se archive definitivamente estas actuaciones y la remisión de los actuados principales al Tribunal Superior, anexándose en ellos copia certificada de la presente Ejecutoria Suprema. **IV. MANDARON** se transcriba la presente Ejecutoria al Tribunal de origen, para los fines de ley. **V. DISPUSIERON** se publique la presente sentencia en la Página Web del Poder Judicial. Intervino el señor juez supremo Ramiro Bermejo Ríos por vacaciones del señor juez supremo Iván Sequeiros Vargas. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede Suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CHÁVEZ MELLA

BERMEJO RÍOS

CSM/ast

SE PUBLICO CONFORME A LEY

Dra. PILAR SALAS CAMPOS
Secretaria de la Sala Penal Permanente
CORTE SUPREMA

06 NOV 2018

LPDERECHO.PE