LA SECRETARÍA DE LA SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA CERTIFICA QUE EL VOTO DIRIMENTE DEL SEÑOR HUGO PRÍNCIPE TRUJILLO ES COMO SIGUE:

Lima, siete de febrero de dos mil diecinueve

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por **el representante del Ministerio Público** contra la resolución del dieciocho de julio de dos mil dieciséis, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal a favor de: **i)** Felipe Hermógenes Haro Coral por los delitos de malversación de fondos y cobro indebido, **ii)** Víctor Castillo Romero por el delito de malversación de fondos y **iii)** Félix Mesen Rosales Santos, Filomeno Octavio Cueva León, Zenón Eusebio Granados Barreto, Flor de Azucena Prudencio Antúnez y Julio César Gandulias Vergara por el delito de cobro indebido, todos en perjuicio del Estado (Municipalidad Distrital de Jangas). De conformidad, en parte, con lo opinado por el señor fiscal supremo en lo penal.

CONSIDERANDO

Primero. Conforme se aprecia de autos, se tiene que en la audiencia de juicio oral del seis de julio de dos mil dieciséis (foja mil seiscientos noventa y tres) las defensas de los procesados dedujeron excepción de prescripción, la cual oralizaron en dicho acto y que fundamentaron principalmente sobre la base de la prescripción extraordinaria para los delitos materia de imputación, que habría transcurrido en exceso desde la fecha de los hechos.

Segundo. Dicho pedido fue resuelto por la Sala Penal Liquidadora Permanente de Huaraz de la Corte Superior de Justicia de Áncash, mediante resolución del dieciocho de julio de dos mil dieciséis (foja mil setecientos), con la que se declaró fundada la excepción planteada y se ordenó el archivo del proceso.

Tercero. Dicha decisión fue fundamentada por el Colegiado Superior en mérito de que en el presente caso solo debe aplicarse el cómputo del plazo de prescripción ordinaria sin considerar su dúplica, regulada por la parte final del artículo ochenta del Código Penal, pues esta figura solo resulta de aplicación para los delitos que evidencian en su constitución típica un perjuicio patrimonial real y efectivo en la entidad estatal. Así, para el delito de cobro indebido, el bien jurídico vulnerado reside en el quebrantamiento de los deberes elementales de la administración pública, mientras que para el delito de malversación de fondos el bien jurídico protegido tutela el correcto funcionamiento de la administración pública. En dichos casos no se aprecia expresamente el resguardo al patrimonio del Estado, por lo que no resultaría adecuado extender los alcances de dúplica del plazo de prescripción para estos delitos.

Cuarto. En virtud de los antes señalado, el titular de la acción penal interpuso recurso de nulidad (foja mil setecientos dieciocho), con el que precisó la vulneración al derecho y garantía de las motivaciones de las resoluciones, debido a que:

4.1. La Sala Superior incurrió en una motivación aparente al sostener que los delitos materia de acusación no conllevan automáticamente la dúplica del plazo de prescripción autorizada por la norma sustantiva. Ello debido a que no tomó la real dimensión de lo señalado por el Acuerdo Plenario

número uno-dos mil diez, que estableció parámetros para determinar en cada caso cuándo compete o no dicha dúplica.

4.2. Para el caso de autos no se tuvo en cuenta que, si bien el dinero materia de malversación no salió de la esfera del Estado, este tuvo una aplicación distinta por veintiocho mil setecientos ochenta y un soles con dieciséis céntimos (por conceptos de agasajos y reuniones), cuatro mil doscientos sesenta soles (por adquisición de zapatos de seguridad), doce mil quinientos noventa y un soles con diez céntimos (por compras de materiales, gaseosas y copias fotostáticas) y mil ochocientos veinte soles (por compra de un software de computación). Tales cantidades sí representan una afectación patrimonial por no haber sido destinadas a una correcta y debida finalidad, por lo que se hace necesaria la aplicación de la dúplica del plazo de prescripción; más aún cuando el bien jurídico protegido por este tipo penal se relaciona intrínsecamente con el patrimonio del Estado.

4.3. En cuanto al delito de cobro indebido, este se fundamentó en el incremento de dietas del alcalde y sus regidores imputados, así como el doble pago de vacaciones del propio burgomaestre. Esta situación revela una afectación patrimonial por desembolso indebido a favor de los procesados, que lesiona la correcta administración de los bienes y caudales de la entidad y que también merece la aplicación de la dúplica del plazo de prescripción para este extremo.

Quinto. Se tiene que, tras la programación de la presente causa para la vista, esta se llevó a cabo el diecisiete de agosto de dos mil diecisiete, fecha en la que la votación de los señores jueces integrantes del Colegiado Supremo vigente generó la discordia que

ahora es materia de dirimencia por parte del juez supremo que suscribe la presente ponencia.

Sexto. Por un lado, se tiene la posición de los jueces supremos Calderón Castillo y Sequeiros Vargas, que son de la opinión de haber nulidad en la resolución recurrida y, reformándola, se declare infundada la excepción de prescripción deducida por la defensa de los procesados. Sus fundamentos fueron los siguientes:

6.1. El último párrafo del artículo cuarenta y uno de la Constitución Política del Perú y el último párrafo del artículo ochenta del Código Penal establecen que en los delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado procederá la dúplica del plazo de prescripción.

6.2. Esto constituye el marco para la investigación y juzgamiento de casos en los que fácticamente se comprometa el patrimonio estatal; por lo tanto, ello solo se verificará recién hasta la emisión de una sentencia condenatoria o absolutoria que establezca dicho perjuicio real o potencial.

6.3. Los delitos materia de imputación regulan conductas de funcionarios o servidores públicos que deben cuidar, proteger y ejecutar el patrimonio del Estado, por lo que su afectación está implícita.

6.4. El perjuicio patrimonial debe evaluarse más allá de despilfarros o gastos innecesarios y constatarse, en el contexto de los hechos, los cambios o alteraciones de la gestión económica en detrimento de los propósitos institucionales para su perjuicio.

Séptimo. De otro lado, se tiene la posición de los señores jueces supremos Pariona Pastrana, Figueroa Navarro y Chávez Mella, quienes fueron de la opinión que se declare no haber nulidad en la

resolución recurrida y se confirme la prescripción de la acción penal a favor de los procesados. Fundamentaron su decisión en lo siguiente:

7.1. No debe dejarse de lado la posición señalada por el fiscal supremo en lo penal, quien –desautorizando al fiscal superior– fue de la opinión que debía confirmarse le venida en grado.

7.2. No todos los delitos cometidos por funcionarios públicos están sujetos a la dúplica del plazo de prescripción, pues ello solo debe estar reservado a casos en los que esté comprometido el patrimonio del Estado.

7.3. En el delito de malversación de fondos, el desvalor reposa en el desvío de fondos por parte del funcionario público a un destino diverso al establecido por ley, pero dentro del mismo ámbito de la administración, por lo que el bien jurídico protegido en este caso es la correcta y funcional aplicación de los fondos públicos, es decir, su racional organización. Por lo tanto, dado que su tipología no contempla perjuicio patrimonial, no puede aplicarse la dúplica del plazo de prescripción.

7.4. Esto se hace más evidente en el delito de cobro indebido, pues para este caso se busca proteger el regular funcionamiento, prestigio y buena reputación de la administración pública.

7.5. En resumen, en vista de que los delitos materia de imputación no contienen en su configuración típica el requisito de afectación patrimonial, no se pueden extender los alcances de la dúplica de la prescripción en estos casos.

Octavo. Así, se presenta la discordia en el Colegiado Supremo respecto a si los delitos de malversación de fondos y cobro indebido pueden ser pasibles o no de la dúplica del plazo de prescripción para su cómputo final.

Noveno. Ahora bien, el vocal dirimente del caso de autos estima pertinente señalar que el delito de malversación exige la identificación de tres cuestiones previas de suma importancia para definir el ámbito de la prohibición penal:

9.1. **El bien jurídico.** Este delito tiene como bien jurídico protegido uno de carácter supraindividual y de tipo funcional, concretado en el eficaz desarrollo de la administración pública, referida específicamente a la integridad del funcionamiento de la actividad patrimonial del Estado, para que esta pueda cumplir los fines que le son propios (correcta gestión del patrimonio público). Se tutela, en suma, que el dinero o los bienes públicos que se ponen a disposición del funcionario público sean administrados conforme a las finalidades previstas en la ley y a sus deberes de objetividad e imparcialidad, de acuerdo con los principios del Estado de derecho.

9.2. **El objeto material del delito.** Aun cuando el tipo legal no lo menciona expresamente. Solo hace referencia a que el dinero o los bienes deben ser aquellos que administre el funcionario o servidor público, que deben ser públicos, tanto por la colocación del tipo penal entre los delitos contra la administración pública cuanto por el carácter de la función del agente sobre ellos.

9.3. **El sujeto activo.** Este delito exige que el sujeto activo reúna dos cualidades concretas: en primer lugar, ha de ser un funcionario o servidor público, a cuyos efectos debe estarse a las definiciones legales del artículo cuatrocientos veinticinco; y, en segundo lugar, ha de tener a su cargo, por razón de sus funciones, la administración del dinero o bienes que se malversan, esto es, el manejo y las disposiciones del dinero y los

bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos.

Décimo. En ese sentido, resulta evidente que, aunque la construcción típica del delito de malversación de fondos no requiera la verificación de perjuicio patrimonial, resulta evidente que, dado el explícito ámbito de manejo que regula esta figura delictiva sobre bienes y caudales del Estado, dicha situación debe ser valorada para cada caso en particular en mérito de las pruebas incorporadas, por lo que, de verificarse que en el manejo irregular de los caudales estatales se causó un perjuicio, sí resultaría apropiado aplicar la dúplica del plazo de prescripción, ya que en la vía de los hechos sí existiría una justificación para sustentar afectación patrimonial.

Undécimo. Lo señalado precedentemente va de la mano con lo estipulado por el fundamento jurídico quince del Acuerdo Plenario número uno-dos mil diez:

> Si el fundamento esencial de la duplicidad de la prescripción es la lesión efectiva del patrimonio del Estado realizada por los funcionaros o servidores públicos, es necesario que existe una vinculación directa entre estos. Tal fundamento exige el concurso de tres presupuestos concretos: **A.** Que existe una relación funcionarial entre el agente infractor especial del delito y el patrimonio del Estado. **B.** El vínculo del funcionario o servidor público con el patrimonio del Estado implica que este ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos. **C.** Puede servir como fuente de atribución de dicha posición y faculta funcionarial una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda también transferir o delegar total o parcialmente el ejercicio de funciones concretas de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos al funcionario o servidor que originalmente por su nivel y facultades específicas no poseía.

Por ello, resulta evidente que el análisis para la determinación de la aplicación de la dúplica del plazo de prescripción va más allá de si en la construcción típica del delito se incluye o no afectación patrimonial, pues esta sí puede verificarse en los hechos, y su correcta apreciación debió ser tomada en cuenta al momento de resolver la presente causa.

Duodécimo. En cuanto al análisis del delito de cobro indebido, se tiene que dicha conducta sanciona al funcionario o servidor público que exige, hace pagar o entregar contribuciones o **emolumentos** no debidos, y el significado de este concepto es equivalente a la "remuneración adicional que corresponde a un cargo o empleo", por lo que, si se toma en cuenta la imputación sobre la que se subsume esta calificación jurídica (es decir, el incremento del pago de dietas y vacaciones dobles), podría apreciarse (del análisis de las pruebas) que tales pagos se hicieron con dinero procedente de las arcas del Estado, ocasionando un perjuicio por ello (de confirmarse la imputación fiscal). De este modo y al igual que para el caso precedente, no puede sustentarse la no aplicación de la dúplica del plazo de prescripción únicamente sobre la base del bien jurídico directo tutelado por el tipo penal, pues de un análisis completo y motivado podría apreciarse una conexión directa con el patrimonio del Estado que sí justifique prolongar la prescripción.

Decimotercero. En síntesis, el juez supremo que suscribe la presente es de la opinión que la Sala Superior no motivó adecuadamente su decisión para el análisis de la prescripción por el delito de malversación de fondos y la realizada resultó una aparente que se apartó de los lineamientos jurisprudenciales establecidos, por lo que

resultó indebido que se decante a favor de la prescripción de la acción penal. No obstante, resulta necesario precisar que:

13.1. Los hechos materia de imputación sucedieron desde enero de dos mil tres hasta diciembre de dos mil seis.

13.2. Los delitos materia de imputación comparten como marco punitivo la sanción de pena privativa de la libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, por lo que la prescripción extraordinaria ocurriría tras el decurso de seis años.

13.3. Tomando en cuenta la prescripción extraordinaria sin su dúplica por afectación patrimonial del Estado, los hechos habrían prescrito en diciembre de dos mil doce; mientras que, si se tomara en cuenta la dúplica de la prescripción, esta ocurriría en diciembre de dos mil dieciocho.

En ese sentido, sea que la presente se decante por una u otra posición, ello carecería de objeto práctico por apreciarse que en ambas habría prescrito la acción penal.

Decimocuarto. De este modo, el vocal supremo ponente deja establecido que no comparte los fundamentos jurídicos de ninguna de las posiciones contrapuestas analizadas, debido a que la posición en minoría señala que la determinación de afectación patrimonial solo puede establecerse hasta la emisión de una sentencia, lo cual negaría la posibilidad de interponer o deducir excepciones de prescripción, atentando o vulnerando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Y tampoco comparte lo justificado por el voto en mayoría, que señala que de la sola estructura típica del delito puede evidenciarse y descartarse la posibilidad de duplicar el plazo de prescripción, pues con ello se deja de lado la apreciación fáctica

y probatoria que podría demostrar la existencia de afectación patrimonial que justifique la dúplica del plazo de prescripción.

Sin embargo, en aras de no prolongar innecesariamente el trámite de la presente causa, el que suscribe se decanta por lo decidido en el voto de los señores jueces supremos Pariona Pastrana, Figueroa Navarro y Chávez Mella, aunque solo respecto a su parte resolutoria, con la finalidad exclusiva de completar el Colegiado Supremo para la emisión final de la ejecutoria que resuelva la presente causa, aunque dejando expresa constancia de que se realiza por diferentes motivos.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, **ME ADHIERO** (solo en la parte decisoria) al voto de los señores jueces supremos Pariona Pastrana, Figueroa Navarro y Chávez Mella, que **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en la resolución del dieciocho de julio de dos mil dieciséis, que declaró fundada la excepción de prescripción de la acción penal a favor de: **i)** Felipe Hermógenes Haro Coral por los delitos de malversación de fondos y cobro indebido, **ii)** Víctor Castillo Romero por el delito de malversación de fondos y **iii)** Félix Mesen Rosales Santos, Filomeno Octavio Cueva León, Zenón Eusebio Granados Barreto, Flor de Azucena Prudencio Antúnez y Julio César Gandulias Vergara por el delito de cobro indebido, todos en perjuicio del Estado (Municipalidad Distrital de Jangas). Y los devolvió. Hágase saber.

S. S.

PRÍNCIPE TRUJILLO

PT/ran