

SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente : 00018-2012-3-1826-JR-PE-01
Asistente Jurisdiccional : Tarazona Matos, Kelly
Abogado Defensor : Méndez Máurtua, Miguel Ángel
Ministerio Publico : Cuarta Fiscalía Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios
Imputado : Méndez Gutiérrez, Mario y otros
Delitos : Malversación de fondos y otro
Agravado : El Estado

Resolución N° 04

Lima, seis de julio
de dos mil doce

AUTOS Y OIDOS: La apelación interpuesta por la defensa técnica del imputado Méndez Gutiérrez, contra la resolución N° 03, de fecha 28 de mayo de 2012 que declaró: **infundado la excepción de prescripción** planteada por la defensa del imputado Mario Méndez Gutiérrez en la investigación por la presunta comisión del delito contra la administración pública- Malversación de fondos y otro, en agravio del Estado; interviniendo como ponente el Juez Superior **RAMIRO SALINAS SICCHA**; y **ATENDIENDO:**

PRIMERO: La defensa técnica del imputado Méndez Gutiérrez, en su escrito de apelación y reiterado en audiencia pública, expresa como agravios lo siguiente:

i) No se puede aplicar la duplicidad del plazo de prescripción por el sólo hecho de haber sido funcionario, pues no está probado que su patrocinado haya dispuesto del patrimonio de la Municipalidad. ii) Se ha considerado que las demandas civiles de la AFP son actuaciones judiciales que interrumpen la prescripción, lo cual no es cierto. Sin embargo, si ello fuera así, es de advertir que en las demandas su patrocinado no fue emplazado sino la Municipalidad.

iii) Se ha efectuado una interpretación *ratio legis* del primer párrafo del artículo 83° del Código Penal, porque no se puede decir que se ha producido la interrupción de la acción penal aplicando una ley del derecho comparado, que señala que puede ser cualquier acción judicial la que interrumpa la prescripción. Solo las acciones penales interrumpen el plazo de prescripción, por ser la

interpretación más restrictiva, invocando la aplicación del artículo 139°.11 de la Constitución Política del Perú, que precisa que en caso de conflicto de leyes penales debe aplicarse lo más favorable al investigado. iv) Que se debe considerar que su patrocinado fue designado el 10 de noviembre de 1999 como Director de la Oficina de Administración de la Municipalidad de Breña, cesando por una renuncia voluntaria el 01 de diciembre del 2001, y si bien dentro de la formalización de investigación preparatoria se precisan dos períodos de investigación, a su patrocinado le correspondería el primer período de abril de 1998 al año 2001. Por ende, el plazo desde el cual se debería computar la prescripción sería desde el año 2001, refiriendo que la denuncia que fue formulada por la AFP data del 2010, contra los que resulten responsables, no habiendo individualizado a su patrocinado. A la fecha, ha transcurrido más de 11 años y la norma penal señala para los dos delitos investigados a su defendido una pena máxima de 04 años. v) En audiencia presentó una copia de la resolución de la Segunda Sala Especializada en lo Penal con Reos Libres, que de oficio declara la prescripción de la acción penal contra el Alcalde de la Municipalidad de Breña, en el proceso seguido por la AFP Integra, en el delito de apropiación ilícita, por lo que solicita se aplique el mismo razonamiento debido que el Poder Judicial es uno solo.

SEGUNDO: El representante del Ministerio Público, en audiencia contradice los argumentos de la defensa técnica de Méndez Gutiérrez, argumentando: i) Que el cuestionamiento de la aplicación de la prescripción extraordinaria establecida en el artículo 83° del Código Penal, no tiene asidero, pues se da la interrupción por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales, en el caso no solamente en los juicios civiles que se hace referencia, sino por la formalización de la investigación preparatoria que data del 30 de enero de 2010, eilo conforme al artículo 339° del Código Procesal Penal. ii) La duplicidad del plazo de prescripción establecido en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal, dada la calidad de funcionario público del imputado tiene su fundamento en el artículo 41° de la Constitución, que establece que cuando se afecte el patrimonio del Estado los plazos se duplican, disposición constitucional

que tiene eco en la Ley N° 26360 que alude a la duplicidad en el plazo de prescripción, norma vigente al momento de la comisión de los delitos materia de investigación preparatoria que cuestiona la defensa. iii) Para la teoría del caso del Ministerio Público los hechos datan en dos períodos de abril de 1998 al 2001, así como del 2002 a setiembre del 2007, por lo que a la actualidad no ha transcurrido el plazo suficiente para que se extinga la acción penal. iv) Con relación a la resolución anexada por la defensa, es una decisión autónoma de la autoridad que la ha emitido, sin embargo el Colegiado tiene su propio criterio, y por ende puede formarse un juicio respecto al pedido de excepción de prescripción solicitada.

TERCERO: La resolución recurrida tiene como fundamentos: i) En el derecho comparado se reconocen 03 modelos de regulación de los actos que interrumpen la prescripción, asumiendo como posición que atendiendo la naturaleza del proceso, solamente las actuaciones judiciales que tienen estrecha relación con el tema objeto de investigación, tienen la virtualidad de interrumpir el plazo de la prescripción. ii) Es de aplicación la duplicidad del plazo de prescripción, estando a lo establecido en el artículo 41° de la Constitución Política del Perú y al artículo 80° in fine del Código Penal, que determina la duplicidad del plazo de prescripción para el caso de los funcionarios públicos. iii) Para la operación del plazo de prescripción se requiere el cumplimiento del plazo ordinario (8 años) o de ser el caso el plazo extraordinario (12 años); y estando a que los hechos atribuidos al imputado datan del 10 de noviembre de 1999 hasta el 20 de noviembre de 2001, en donde las demandas civiles formuladas por la AFP (que motivaron las actuaciones judiciales) datan de los años 2001 hasta el 2008, que tiene incidencia directa en el objeto de la presente investigación, es exigible la prescripción extraordinaria. iv) Habiendo transcurrido desde la presunta comisión del delito atribuible al imputado (noviembre del año 2001) 10 años y 2 meses, no ha transcurrido el plazo extraordinario de prescripción y resulta válida la persecución penal, más aún cuando en el presente caso resulta de aplicación lo establecido en el artículo 339° del Código Procesal Penal.

CUARTO: Expuestos así los argumentos, y estando al tiempo transcurrido desde que se realizaron los hechos objeto de imputación al recurrente Méndez Gutiérrez, se concluye que existe un solo tema central en debate: a) Determinar si en el caso se han dado los presupuestos de actuaciones judiciales que interrumpen la prescripción de la acción penal, que puedan originar la aplicación del instituto de la prescripción extraordinaria. Si se concluye en forma positiva deberá confirmarse la recurrida, si ocurre lo contrario, deberá revocarse la misma.

QUINTO: Para ubicarnos en el tema se tiene que el artículo 6° del Código Procesal Penal de 2004 establece que entre las excepciones que pueden deducirse en el proceso penal está la de prescripción¹, que se verifica cuando por el vencimiento de los plazos señalados en el Código Penal, se extingue la acción penal o el derecho de ejecución de la pena y por tanto cesa la actividad punitiva del Estado.

SEXTO: Los delitos objetos de imputación como son el de apropiación ilícita y malversación de fondos, previstos y sancionados en los primeros párrafos de los artículos 190° y 389° del Código Penal, se tiene aceptado que por su estructura típica, son delitos de comisión instantánea. En consecuencia, para efectos de efectuar el cómputo de los plazos de la prescripción será necesario recurrir al artículo 82° del Código Penal. Allí en el inciso 2 se establece que en los delitos de comisión instantánea, se cuenta a partir del día en que se consumó el delito.

SETIMO: El Ministerio Público en su disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria precisa que los hechos habrían ocurrido en dos períodos de abril de 1998 al año 2001 y del 2002 a setiembre de 2007. Sin mencionar en cuál de los periodos habría participado el recurrente, le atribuye que en su calidad de Administrador Municipal, al dinero que tenía bajo su administración, le dio una aplicación diferente a la que estaba destinada según la Ley de su Presupuesto, configurando dicha conducta en el tipo penal

¹ Viene a constituir un instituto liberador en cuya virtud -por el transcurso del tiempo y ante la incapacidad de los órganos de persecución penal de cumplir su tarea- el Estado, conocedor de esta situación, autoriza a poner fin a la acción penal iniciada o por entablarse. Velásquez Velásquez, Fernando, Manual de Derecho Penal, Temis, 2002, p. 603

de malversación de fondos. Asimismo, al haber retenido el dinero que tenía bajo su administración, habría cometido el delito de apropiación ilícita.

OCTAVO: Aun cuando en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, no se indica, de la resolución cuestionada y del debate producido en audiencia, se tiene claro que los hechos imputados al recurrente, ocurrieron en el periodo comprendido entre abril de 1998 al año 2001. En consecuencia, en el 2001 habría concluido la comisión de los hechos que se le atribuye al recurrente, toda vez que como aparece en el incidente en copia, el 30 de noviembre de 2001 se le aceptó su renuncia por resolución de Alcaldía N° 1774-2001-DA/MDB, documento que no ha sido objeto de cuestionamiento por el Ministerio Público.

NOVENO: Asimismo, de lo debatido en audiencia y contrastado con los documentos que conforman el presente incidente, se tiene claro también que recién el 11 de agosto de 2010, por medio de denuncia de parte, el Ministerio Público tomó conocimiento de los hechos que se imputan al recurrente y a otros. Acto seguido, el 27 de agosto de 2010, se dispuso abrir investigación preliminar en contra de los que resulten responsables. Luego, por disposición fiscal del 29 de diciembre de 2011, recién se dispuso ampliar las diligencias preliminares en contra del recurrente.

DECIMO: En consecuencia, se evidencia que desde el 30 de noviembre de 2001 hasta el 27 de agosto de 2010, fecha en que el titular de la acción penal decide abrir investigación preliminar respecto de los hechos que se imputan al recurrente, han transcurrido más de 8 años y 9 meses. De modo que teniendo en cuenta que los delitos que se le imputan al recurrente se encuentran previstos en los primeros párrafos de los artículos 190° y 389° del Código Penal, sancionados ambos con una pena privativa de la libertad máxima de cuatro años, así se aplicara la dúplica del término de la prescripción para el delito de malversación de fondos, que establece la última parte del artículo 80° del Código Penal en concordancia con la última parte del artículo 41 de la Constitución, igual la acción penal habría prescrito aplicando solamente las

reglas de la prescripción ordinaria que prevé el primer párrafo del artículo 80° del Código Penal.

DECIMO PRIMERO: Ahora bien, tanto el Ministerio Público en audiencia como la recurrida, consideran que en el presente caso, es de aplicación las reglas de la prescripción extraordinaria del artículo 83° del Código Penal, debido que se habría interrumpido la prescripción de la acción penal por actuaciones de autoridad judicial, toda vez que ante las demandas planteadas por la denunciante PRIMA AFP S.A, en contra de la Municipalidad de Breña, los jueces extrapenales han realizado actuaciones judiciales, los mismos que interrumpen la prescripción penal. Sin embargo, el Colegiado considera que cuando el primer párrafo del artículo 83 del Código hace referencia que “la prescripción de la acción penal se interrumpe por las actuaciones del Ministerio Público o de las autoridades judiciales”, estas actuaciones deben estar destinadas a la investigación y esclarecimiento de un hecho calificado ya de carácter delictivo. No podemos hacer una interpretación extensiva para considerar cualquier actuación fiscal o judicial respecto de hechos aun no considerados delictivos, como se pretende.

DÉCIMO SEGUNDO: Es más, este Colegiado efectuando una interpretación restrictiva, ya ha establecido² como criterio interpretativo que actuaciones del Ministerio Público que interrumpen la prescripción de la acción penal, lo constituyen los actos de postulación interna contra una persona individualizada y cuyos derechos son garantizados en la investigación preliminar (modelo en liquidación) o en las diligencias preliminares (actual modelo). Solo ellos, cuya finalidad es esclarecer un hecho de naturaleza delictiva, tienen la virtualidad y fuerza suficiente de interrumpir el plazo de la prescripción. De igual forma, siguiendo este mismo criterio, las actuaciones de la autoridad judicial que interrumpen la prescripción deben ser dentro de una investigación de carácter

² Expediente N° 00091-2011-2, resolución N° 03, del 05 de octubre de 2011, Juez Superior ponente Dra. Susana Castañeda Otsu.

penal en curso³, y no de otro tipo de procesos, como son: civiles, contenciosos, entre otros.

DECIMO TERCERO: En suma, en el presente caso, al no haberse producido interrupción de la prescripción ordinaria de la acción penal, no es posible aplicar la regla de la prescripción extraordinaria que establece el último párrafo del artículo 83 del Código Penal. De modo que el término de la acción penal concluyó antes incluso de formalizarse la investigación preparatoria⁴, acto procesal que tiene como uno de sus efectos la suspensión de la prescripción de la acción penal. Siendo así, la recurrida no ha sido emitida de acuerdo a ley, debiendo ser revocada.

Por tales fundamentos, los magistrados de la Sala Penal de Apelaciones en aplicación del artículo 417°.1 y artículo 419° del Código Procesal Penal de 2004, **RESOLVIERON: REVOCAR** la resolución N° 03, de fecha 28 de mayo de 2012 que declaró "infundado la excepción de prescripción solicitada por la defensa del imputado Mario Méndez Gutiérrez; en la investigación por la presunta comisión del delito contra la administración pública- Malversación de fondos y otro, en agravio del Estado"; **REFORMÁNDOLA: DECLARARON fundada la excepción de prescripción** deducida, y en consecuencia **extinguida la acción penal** incoada contra Mario Méndez Gutiérrez por los delitos de Malversación de fondos y Apropiación ilícita. Disponiéndose el **archivo definitivo** de los autos en este extremo, anulándose los antecedentes que se hubieren generado; notificándose.-

S.s.


CASTAÑEDA OTSU


SALINAS SICCHA


MAITA DORREGARAY

³ Solo debe ser en una investigación en curso, pues no debe obviarse que nuestro modelo procesal de tipo acusatorio se fundamenta en la siguiente idea: *ne procedat iudex ex officio, esto es, no hay proceso de oficio* (la autoridad judicial no puede iniciar de oficio una investigación por hechos de naturaleza delictiva).

⁴ De fecha 30 de enero de 2012, obrante en copias certificadas de folios 63 a 82 del presente incidente. Asimismo, mediante providencia N° 43, de fecha 07 de febrero de 2012 se subsanó la precitada disposición a fin de incluir a Mario Méndez Gutiérrez como imputado.

PODER JUDICIAL
KELLY
ASISTENTE
Sala Penal de Apelaciones
en Delitos Comunes y de Administraciones Públicas
CORTE SUPLENTE DE JUSTICIA DE LIMA

