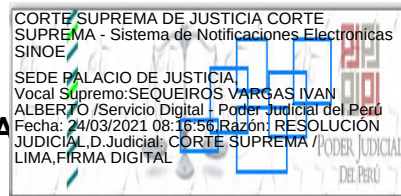




CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE R. N. N.º 401-2019 LIMA



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: SAN MARTIN CASTRO CESAR EUGENIO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 29/03/2021 19:06:51, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: FIGUEROA NAVARRO ALDO MARTIN /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 7/04/2021 10:45:31, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: CASTAÑEDA ESPINOZA JORGE CARLOS /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 31/03/2021 12:29:52, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Vocal Supremo: COAGUILA CHAVEZ ERAZMO ARMANDO /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 29/03/2021 16:14:43, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CORTE SUPREMA - Sistema de Notificaciones Electronicas SINOE
SEDE PALACIO DE JUSTICIA, Secretario De Sala: Suprema SALAS CAMPOS PILAR ROXANA /Servicio Digital - Poder Judicial del Perú
Fecha: 21/04/2021 14:02:49, Razón: RESOLUCIÓN JUDICIAL D. Judicial: CORTE SUPREMA / LIMA, FIRMA DIGITAL

Concurso ideal

La decisión del Colegiado Superior es errónea de declarar fundada de oficio la prescripción de la acción penal por el delito de malversación simple, puesto que se trata de un concurso ideal.

Lima, veinte de octubre de dos mil veinte

VISTOS: los recursos de nulidad interpuestos por el acusado **Carlos Manuel Sócrates Sandoval Blancas** y por el **fiscal Superior** contra la sentencia emitida el veinticinco de enero de dos mil diecinueve, que falló declarando fundada de oficio la excepción de prescripción de la acción penal a favor del acusado por malversación de fondos (hecho: "Repotenciación de la seguridad ciudadana") y, en consecuencia, extinguida la acción penal por prescripción extraordinaria en este extremo; así como lo condenó como autor del delito contra la administración pública-malversación de fondos (hecho: "Construcción de servicios higiénicos y/o redes sanitarias en quintas y solares en zonas vulnerables del distrito -apoyo social-"), en agravio del Estado (Municipalidad Distrital de Breña), y le impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de tres años y fijó en S/ 15 000 (quince mil soles) la reparación civil, con lo demás que contiene. Intervino como ponente el señor juez supremo SEQUEIROS VARGAS.

CONSIDERANDO

Primero. Fundamentos de la impugnación

1.1. La defensa del acusado alega lo siguiente:

- La sentencia ha vulnerado los principios de legalidad y presunción de inocencia por cuanto se le ha condenado pese a no tener competencia de administración de los fondos (atipicidad) y no ha tenido ninguna intervención en el delito, pues tanto el Oficio número 055-2004-DA/MDB como el Oficio número 35-2004-DA/MDB, del trece y el dos de abril de dos mil cuatro, dirigidos por el alcalde a la Contraloría y al Banco de la Nación, respectivamente, no hacen referencia a que el alcalde sea el competente de administrar, usar y disponer del préstamo, sino del trámite previo a la obtención del préstamo.
- Pese a que se han dado como ciertas las versiones de los testigos sobre la supuesta orden verbal para la desviación de los fondos públicos, a pesar de que existen razones que afectan la credibilidad, fiabilidad y persistencia en la incriminación, no se cumple con lo dispuesto en el Acuerdo

Plenario número 2-2005/CJ-116, pues la finalidad de las declaraciones podría ser exculpatoria de la propia responsabilidad.

- La obra supuestamente afectada con la desviación de los fondos efectivamente se ejecutó, ello del testimonio de Luisa Escobedo Salazar y del folleto en copia simple del 55.º Aniversario del Municipio de Breña.
- Era imposible que la aludida obra pudiera ser financiada con el monto de los fondos supuestamente desviados, dado que el préstamo fue S/ 1 000 000 (un millón de soles), mientras que las obras sobrepasaban dicho monto (la primera de 1 068 800 –un millón sesenta y ocho mil ochocientos soles– y la segunda de 100 000 –cien mil soles–); por lo tanto, se tenía que contar con otras partidas presupuestales.
- La supuesta obra afectada no constituye un programa de ayuda social, pues estas se caracterizan por tener un presupuesto público anual de forma indefinida en el tiempo, con organización de recursos humanos, económicos, administrativos y operativos, cuya población beneficiaria es indefinida y no se agota en una intervención esporádica, sino que cada año se implementa; más bien se trata de campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales de la población necesitada mediante la asignación de recursos que realiza el Estado con las donaciones de organismos nacionales e internacionales. En este caso, se trató de financiar una obra con recursos propios de la entidad edil.

1.2. El fiscal superior alega lo siguiente:

- La apreciación del Colegiado Superior es errada, pues no existe un concurso real, sino un concurso ideal; asimismo, la pena impuesta debe elevarse.
- No obstante que el Colegiado, en toda la sentencia, ha reconocido y ha quedado acreditado que todo fue producto de un solo préstamo de un millón de soles, o sea, un solo hecho, contradictoriamente refiere que estamos ante dos hechos independientes, sin explicar cómo es que considera que una solicitud en un mismo tiempo y espacio y con una única resolución criminal termina disgregándose en dos hechos independientes.
- Este Ministerio considera que el préstamo destinado a la construcción de servicios higiénicos y/o redes sanitarias en quintas y solares en zonas vulnerables del distrito (fines asistenciales de apoyo social) y para la seguridad ciudadana del distrito se dio en un solo espacio temporal y como producto

de una única resolución criminal, por lo que estamos ante el concurso ideal de delitos y, por ende, la malversación simple prescribiría en el mismo tiempo que la malversación agravada y, por consiguiente, aún no ha prescrito, situación que además va a incidir en la determinación de la pena.

- La pena debió ubicarse en el tercio intermedio por el abuso de la formación profesional y poder, puesto que el acusado, aparte de contador, era auditor.

Segundo. Contenido de la acusación

- 2.1.** Por Sesión de Concejo número 19 de la municipalidad agraviada, del treinta de marzo de dos mil cuatro, se acordó solicitar un préstamo al Banco de la Nación por la suma de S/ 1 000 000 (un millón de soles) y se autorizó al acusado, en su calidad de alcalde de dicha comuna, realizar las gestiones respectivas. Dicho dinero iba a ser destinado a dos proyectos de inversión: “Repotenciación de la seguridad ciudadana”, con un monto presupuestal aprobado de S/ 1 068 800 (un millón sesenta y ocho mil ochocientos soles), y “Construcción de servicios higiénicos y/o redes sanitarias en quintas y solares en zonas vulnerables del distrito (apoyo social)”, con un monto presupuestal de S/ 100 000 (cien mil soles), habiendo obtenido dicho préstamo el dos de mayo de dos mil cuatro, suma de dinero que iba a ser depositada en la cuenta corriente del municipio agraviado con el número 000-00002225207 (Foncomún); sin embargo, se destinó el dinero para otros fines.
- 2.2.** Así, la Gerencia de Administración de Recurso, a cargo de Edilberto Walter Nassi Beraun, por órdenes del procesado, remitió el Memorándum número 75-2004-GAR-MDB, del siete de mayo de dos mil cuatro, para que la jefa de Tesorería retirase el sobregiro de la cuenta citada (Foncomún) por la suma de S/ 350 000 (trescientos cincuenta mil soles) para realizar el pago de remuneraciones, y se depositó dicho monto en la cuenta corriente número 000-00002225207 del Banco de la Nación.
- 2.3.** Igualmente, el gerente municipal, Óscar Martín Romero Aquino, por órdenes del acusado, remitió una carta al Banco de la Nación solicitando que del préstamo se transfiera la suma de S/ 88 754.12 (ochenta y ocho mil setecientos cincuenta y cuatro soles con doce céntimos) a la cuenta corriente número 000-0000294020 del mismo banco (cuenta del canon hidroenergético de la agraviada), cubriendo de esta manera el préstamo que había realizado mediante el Memorándum número 059-2004-GAR/MDB para el pago fraccionado de las planillas del mes de marzo de dos mil cuatro del personal obrero, empleado y cesante.

- 2.4.** El veinte de mayo de dos mil cuatro dicho gerente municipal, por mandato expreso del procesado por Memorándum número 165-2004-GM/MDB, autorizó la transferencia de fondos hasta por la suma de S/ 561 246 (quinientos sesenta y un mil doscientos cuarenta y seis soles) del préstamo obtenido de la cuenta número 000-0000225207 de Foncomún del Banco de la Nación a la cuenta corriente número 191-0143105-04 del Banco de Crédito perteneciente a la municipalidad agraviada, mediante la cual se realizaba el pago de proveedores.
- 2.5.** De este modo, se evidencia que el acusado, en su condición de funcionario público, una vez obtenido el préstamo del Banco de la Nación, lejos de darle el uso para el que fue otorgado (gastos de inversión), lo destinó para gastos distintos, con lo cual causó perjuicio económico a la municipalidad agraviada.

Tercero. Calificación jurídica

El delito imputado es el de malversación de fondos, previsto en el primer y segundo párrafo del artículo 389 del Código Penal (Ley número 27151). El tipo base prevé una pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años, y contempla una pena por el tipo agravado no menor de tres ni mayor de ocho años de igual sanción.

Cuarto. Fundamentos de la sentencia impugnada

- 4.1.** De conformidad con la Ley Orgánica de Municipalidades número 27972, en sus artículos 6, 20.4, 15 y 25, y 53; el ROF de la Municipalidad Distrital de Breña aprobado por Ordenanza número 082-MDB, los artículos 4, 6 y 7, y el MOF de la MDB aprobado por Resolución de Alcaldía número 1568-2003-DA/DMB, según el cargo de alcalde que ejercía el acusado, este era funcionario público y la máxima autoridad administrativa de la Municipalidad Distrital de Breña, y tenía entre sus funciones el proponer al Concejo Municipal proyectos de acuerdos, le competía autorizar los egresos conforme a ley y el presupuesto aprobado; además, las operaciones de crédito interno y externo.
- 4.2.** Asimismo, el gerente municipal dependía directa, administrativa y funcionalmente del alcalde, y este último ejercía sus funciones administrativas a través del gerente municipal, a quien el alcalde podía delegar funciones. Asimismo, el gerente municipal era designado por el alcalde como un funcionario de confianza.
- 4.3.** El acusado, en juicio oral, refirió que no participó en la gestión de la solicitud de préstamo ni en la aprobación que el Concejo dio, pero él firmó la resolución pertinente para que el gerente municipal pudiera llevar adelante los planes de desarrollo que el Concejo había aprobado. Asimismo, negó haber dado las

órdenes que se le imputan y tener conocimiento de los informes que se elaboraron.

- 4.4.** Lo alegado por el acusado contradice las funciones y competencia asignadas; además, se cuenta con las testimoniales de Hugo Emilio Flores Casas, jefe del Órgano de Control Institucional de la municipalidad agraviada, uno de los suscriptores del Informe Especial número 005-2007 y del Informe número 003-2007-Examen Especial, quien refirió que el millón de soles se gastó en otros rubros. Con fines de verificación, la comisión de auditoría solicitó los expedientes técnicos de los proyectos; sin embargo, el veinte de diciembre de dos mil cinco tuvo que firmarse un Acta de Constatación Documentaria de que no existían los expedientes técnicos. Dicho informe se erige como pericia institucional, donde el préstamo se desnaturalizó, pues estaba destinado a gastos de inversión para financiar obras con la cuenta del Foncomún, pero se utilizó para gastos corrientes, con lo cual se ocasionó perjuicio al Estado no solo por el monto del préstamo utilizado en fines distintos, sino también por los intereses legales, y se precisó en dicho informe que se ocasionó un perjuicio económico ascendente a S/ 1 225 154.29 (un millón doscientos veinticinco mil ciento cincuenta y cuatro soles con veintinueve céntimos).
- 4.5.** También se tienen las declaraciones de Óscar Martín Romero Aquino (gerente municipal). Su jefe inmediato era el alcalde, quien le daba órdenes verbales porque su función estaba en el ROF. El pago de los gastos lo ordenaba el alcalde. Reconoció que la carta del veinte de mayo de dos mil cuatro la suscribió junto con María Oliva Corrales por orden del alcalde respecto a la transferencia de dinero a una cuenta por S/ 88 754.12 (ochenta y ocho mil setecientos cincuenta y cuatro soles con doce céntimos). Esta orden fue verbal, y emitió el Memorándum número 165-2004 en coordinación con el alcalde por dicha orden verbal.
- 4.6.** En juicio oral se realizó una confrontación entre el acusado y dicho testigo, y este último increpó que el acusado le daba órdenes para transferir dinero.
- 4.7.** Se cuenta con otra testimonial de Luisa Escobedo Salazar, quien señaló que el alcalde era el jefe de todos ellos y que quiso explicar por qué en sede judicial dijo que el alcalde le ordenó que complementase el informe, refiriendo que se confundió.
- 4.8.** La testimonial de Edilberto Nassi Beraun (gerente de Administración de Recursos, designado por el alcalde), quien estaba a cargo de las Áreas de Tesorería, Logística, Contabilidad y Abastecimiento, y su jefe directo era el gerente municipal; las reuniones de gerencia eran con el alcalde y todos los funcionarios; recibía permanentemente

órdenes del alcalde y eran verbales. Refirió que el retiro de los S/ 350 000 (trescientos cincuenta mil soles) fue por mandato expreso del alcalde; fue una orden verbal y le dijo que había coordinado con el banco y que era para el pago de planillas, que ya lo había coordinado con la Gerencia Municipal.

- 4.9.** La testigo María Oliva Corrales, en el juicio oral, señaló que en el año dos mil cuatro se desempeñaba como jefa de Tesorería de la municipalidad, y su jefe inmediato era el gerente de Administración de Recursos; todos los que trabajaban sabían que se estaba solicitando el préstamo. Dijo suponer que su jefe Nassi Beraun despachaba directamente con el alcalde.
- 4.10.** De la prueba personal y documental actuada en autos se determina que el préstamo materia de autos era de competencia del acusado en su condición de alcalde, por lo que de las normas citadas, la documentación puesta a la vista del acusado, como los testigos de autos, habiendo reconocido el procesado el Oficio número 055-2004, del trece de abril de dos mil cuatro, donde se dirige como alcalde al contralor general de la República respecto al informe previo para el préstamo requerido y, asimismo, reconocido el Oficio número 035-2004 del dos de abril de dos mil cuatro, mediante el cual el acusado se dirige al Banco de la Nación a fin de solicitar el préstamo, consignando el objeto del citado endeudamiento pese a que el acusado niega haber gestionado el citado préstamo, así como niega haber tenido el objeto de aquel.
- 4.11.** Pese a dicho reconocimiento, niega que conocía la razón del requerimiento. Sostuvo que él no pudo saber quién le estaba pidiendo un informe previo cuando, contradictoriamente, él mismo reconoce que el documento se encuentra dirigido al contralor. Carecen de sustento sus argumentos de descargo respecto a dichos documentos, de lo que se concluye no solo que el acusado tenía conocimiento del préstamo y su finalidad, sino que estando dentro de su competencia propuso el acuerdo para solicitarlo, lo gestionó y administró.
- 4.12.** Asimismo, en cuanto a los alcances del Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116, se encuentra probada la ausencia de incredulidad subjetiva. El relato incriminador de los testigos se encuentra corroborado con otras acreditaciones indiciarias, como los reconocimientos del acusado y las normas glosadas, siendo todo ello el carácter objetivo que consolida el contenido incriminador, y en cuanto a la coherencia y solidez del relato de los testigos y la persistencia. Aun cuando el testigo Nassi Beraun solo varió cuando en juicio oral refirió que las órdenes eran

esporádicas y no permanentes, como lo dijo preliminarmente ante el fiscal.

- 4.13.** De otro lado, la testigo Luisa Escobedo preliminarmente ante el fiscal refirió que quien le dijo que completase el informe fue el alcalde, mientras que en el juicio oral señaló que fue Romero Aquino, por lo que habiéndose sometido a debate puede optarse por la que se considere adecuada, pues fue rendida con las garantías de ley.
- 4.14.** Respecto al folleto¹ del programa del 55.º Aniversario del Municipio de Breña, no se tiene certeza de qué obras se trata ni del lugar de esta.
- 4.15.** Se concluye de lo analizado que el préstamo no solo era de competencia del acusado, sino además promovido y gestionado por él, y era el que ordenaba los pagos a realizarse, y no se realizaron los proyectos de inversión para los cuales se encontraba destinado el préstamo recibido.
- 4.16.** Los fines asistenciales o de desarrollo son aquellas campañas de ayuda o auxilio destinadas a cubrir urgencias coyunturales que la población necesita en salud educación, alimento, abrigo, etc.
- 4.17.** Se advierte que son dos hechos referidos a la malversación del dinero destinado a cada uno a los proyectos para los cuales se solicitó el préstamo, por lo que para la Sala Superior se produjo un concurso real de delitos. En consecuencia, la malversación del dinero del préstamo obtenido para la obra "Repotenciación de la seguridad ciudadana" se encuentra tipificada en el primer párrafo del artículo 389 del Código Penal, y prescribió en el año dos mil dieciséis. Pero la malversación correspondiente a la obra "Construcción de servicios higiénicos en quintas y solares (apoyo social)", ascendente a la suma de S/ 100 000 (cien mil soles), es del tipo agravado y prescribiría en el dos mil veintiocho, por lo que se encuentra vigente la acción penal.

Quinto. Opinión del fiscal supremo

Conforme al Dictamen número 574-2019-MP-FN-1ºFSP, el señor fiscal supremo en lo penal es de la opinión de que se declare no haber nulidad en la recurrida.

Sexto. Fundamentos del Tribunal Supremo

- 6.1.** Esta Sala Suprema, al efectuar la evaluación de los hechos, la calificación jurídica, el proceso y la valoración de los medios probatorios, llega a la siguiente conclusión:

¹ Foja 401.

- El artículo 48 del Código Penal contempla el concurso ideal de delitos y tiene las siguientes características: unidad de acción, doble o múltiple desvaloración de la ley penal (dio lugar a malversación simple y agravada), identidad del sujeto activo y unidad de sujetos pasivos (en ambos, el correcto y normal funcionamiento de la administración pública).
- Cuando varias disposiciones legales son aplicables al mismo hecho cometido por el acusado, se presenta un concurso ideal, el que reprime hasta con el máximo de la pena del delito más grave, que en el caso concreto sería de ocho años (tipo agravado), y al ser funcionario público, conforme al artículo 80 del Código Penal, el plazo debe ser duplicado, esto es, dieciséis años (prescripción ordinaria), adicionando ocho años más (prescripción extraordinaria), lo que da un total de veinticuatro años. Ello quiere decir que, si los hechos datan del dos mil cuatro, recién prescribiría la acción penal en el año dos mil veintiocho.
- Por lo tanto, la decisión del Colegiado Superior es errónea al declarar fundada de oficio la prescripción de la acción penal por el delito de malversación simple, puesto que se trata de un concurso ideal.
- En cuanto a los agravios presentados por el imputado sobre la falta de competencia del acusado, no es necesario que el funcionario entre en contacto directo con los bienes públicos; es suficiente con la disposición funcional, dado el cargo que ostentaba: la máxima autoridad edil administrativa, representante legal y titular del pliego presupuestario; por ende, tenía bajo su dependencia administrativa y funcional al gerente municipal, delegando funciones a través de este a los demás funcionarios municipales debajo de él.
- No se puede considerar que el gerente municipal Romero Aquino, a fin de exculparse, declaró aun en juicio oral de esa manera, dado que el veintiocho de diciembre de dos mil nueve se declaró fundada su excepción de naturaleza de acción deducida, la que fue declarada consentida el cuatro de marzo de dos mil diez, por lo que el sentido de la declaración del testigo en nada afectaba su vinculación con el delito al haber sido apartado hace más de diez años del proceso.
- Las declaraciones de los testigos se encuentran bajo los alcances del Acuerdo Plenario número 2-2005/CJ-116 y, en cuanto a la variación de la versión de una de las testigos, conforme a los criterios jurisprudenciales del Recurso de Nulidad número 3044-2004/Lima, esta Suprema Sala prefiere su

declaración primigenia por ser la más cercana a los hechos y por encontrarse con las garantías de ley, y traer mayor fiabilidad al juzgador.

- La defensa no ha acreditado con medio probatorio idóneo si realizó las obras; además, la ausencia de los expedientes técnicos para su verificación oportuna vicia su agravio.
- Las obras que se iban a realizar en los solares y quintas constituyen fines asistenciales, pues se trataba de los pobladores más necesitados en las zonas más vulnerables del distrito, lo que la misma municipalidad denominó *ayuda social*.
- En cuanto a que la suma de ambos proyectos era superior al préstamo, se tiene que fue incorporado extemporáneamente al Presupuesto Institucional de Apertura (PIA) como ingreso a las fuentes de financiamiento aproximadamente después de cinco meses (veinticinco de octubre de dos mil cuatro), mediante el Acuerdo del Concejo número 050-2004/MDB, y se precisaron como egresos construcción de servicios higiénicos y/o redes y ornato por S/ 100 000 (cien mil soles); repotenciación de la seguridad ciudadana por S/ 700 000 (setecientos mil soles), y mejoramiento de vías urbanas por S/ 200 000 (doscientos mil soles).

6.2. Por lo tanto, otra Sala Penal deberá realizar una mejor valoración y análisis de los medios de prueba en conjunto y llevar a cabo un nuevo contradictorio. En consecuencia, es de aplicación lo previsto en el último párrafo del artículo 301 del Código de Procedimientos Penales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, con lo expuesto por el señor fiscal supremo en lo penal:

I. DECLARARON NULA la sentencia emitida el veinticinco de enero de dos mil diecinueve, que falló declarando fundada de oficio la excepción de prescripción de la acción penal a favor del acusado **Carlos Manuel Sócrates Sandoval Blancas** por el delito de malversación de fondos (hecho: "Repotenciación de la seguridad ciudadana") y, en consecuencia, extinguida la acción penal por prescripción extraordinaria en este extremo; así como lo condenó como autor del delito contra la administración pública-malversación de fondos (hecho: "Construcción de servicios higiénicos y/o redes sanitarias en quintas y solares en zonas vulnerables del distrito –apoyo social–"), en agravio del Estado (Municipalidad Distrital de Breña), y le

impuso cuatro años de pena privativa de libertad suspendida condicionalmente por el plazo de tres años y fijó en S/ 15 000 (quince mil soles) la reparación civil, con lo demás que contiene.

- II. **ORDENARON** que se realice un nuevo juicio oral por otro Colegiado Superior, que deberá actuar con celo en el ejercicio de sus funciones y tendrá en cuenta lo expuesto en la presente ejecutoria.
- III. **MANDARON** que se transcriba la presente ejecutoria suprema al Tribunal de origen. Hágase saber.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

FIGUEROA NAVARRO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

IASV/gmls