



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N.º 2111-2012
TACNA

Lima, veintiocho de enero de dos mil catorce.

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por el representante del Ministerio Público y el sentenciado Edgar Fredi Gamero López, contra la sentencia de fecha veintiuno de noviembre de dos mil once, de fojas cuatrocientos veintidós, que condenó a Edgar Fredi Gamero López como autor de los delitos de omisión y retardo de actos funcionales y malversación de fondos, a tres años de pena privativa de la libertad suspendida en su ejecución por el período de prueba de dos años, inhabilitó por el período de dos años y fijó en cinco mil nuevos soles de reparación civil a favor de la Municipalidad Distrital de Calana; de conformidad en parte con el dictamen N.º 1642-2012-MP-FN-1ºFSP, de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal. Interviniendo como ponente el Señor Juez Supremo Luis Alberto Cevallos Vegas.

CONSIDERANDO:

PRIMERO. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1.1. El señor Fiscal Superior de Tacna, fundamentó su recurso de nulidad a fojas cuatrocientos cuarenta y siete, argumentando que no se ha determinado adecuadamente la pena impuesta a Gamero López.

1.2. El sentenciado Edgar Fredi Gamero López, fundamentó su recurso de nulidad a fojas cuatrocientos cincuenta y tres, argumentando que el responsable del hecho imputado sería el administrador de la Municipalidad de Calana, quien tenía la disponibilidad de los bienes y dinero de la entidad, además indica que el delito de omisión de funciones habría prescrito, por mandato expreso de los artículos 80 y 83 del Código Penal.

SEGUNDO. DE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA

2.1. Según la acusación fiscal de fojas doscientos setenta y nueve, se le



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N.º 2111-2012

TACNA

incrimina al imputado Edgar Fredi Gamero López, que durante la gestión que realizó desde 1999 al 2002 como alcalde de la Municipalidad Distrital de Calana, no ha cumplido con efectuar los tributos correspondientes a SUNAT, siendo que dicha entidad habría comunicado a la Municipalidad que tendría una deuda de un procedimiento coactivo, que al veintitrés de octubre del dos mil uno, ascendía a la suma de treinta y seis mil ochocientos treinta y siete nuevos soles. Con fecha trece de noviembre de dos mil uno SUNAT envía una nueva carta a la Municipalidad indicándole que aún mantenía la deuda. Asimismo, se indica que las planillas de pago de remuneraciones de los trabajadores y pensionistas de la Municipalidad distrital de Calana correspondientes al período mil novecientos noventa y nueve-dos mil, se advierte que dicho sector efectuó las retenciones porcentuales correspondientes a las deducciones y aportaciones de ley. No obstante dichas retenciones que fueron declaradas no han sido efectuadas.

TERCERO: FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

3.1. El artículo ciento treinta y nueve, inciso diez de la Constitución Política del Perú dispone que: "Son principios y derechos de la función jurisdiccional: (...) 10. El principio de no ser penado sin proceso judicial". Esta exigencia constitucional, importa que para la imputación de responsabilidad penal, debe anteceder a la condena un proceso, en el cual se investigue los hechos imputados, se acopie material probatorio útil, idóneo y pertinente, se efectué una acusación, se realice un juicio donde se actúen los medios de prueba admitidos y se logre el convencimiento del juez, en grado de certeza, respecto de la ocurrencia de los hechos y la vinculación de estos con el procesado. Al respecto LUIGI FERRAJOLI señala que: "(...) si la jurisdicción es la actividad necesaria para obtener la prueba de que un sujeto ha cometido un delito, hasta que esa prueba no se produzca mediante un juicio regular, ningún delito puede considerarse cometido y ningún sujeto puede ser considerado culpable ni sometido a pena. En este sentido el principio de jurisdiccionalidad -al exigir en su sentido lato que no exista culpa sin juicio, y en sentido estricto que no haya juicio sin que la



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N.º 2111-2012

TACNA

acusación sea sometida a prueba y a refutación- postula la presunción de inocencia del imputado hasta prueba en contrario sancionada por la sentencia definitiva de condena" ¹.

3.2 La garantía antes descrita está vinculada directamente con la de presunción de inocencia prescrita en el artículo dos inciso veinticuatro parágrafo "e" de la Constitución. Según la cual, todo ciudadano que es imputado de la comisión de un delito, debe ser considerado inocente hasta que no se declare su responsabilidad penal a través de una sentencia definitiva. Respecto de esta garantía señala B.J. MAIER que: "su contenido, al menos para el derecho procesal penal, es claro: la exigencia de que la sentencia de condena y, por ende, la aplicación de una pena solo puede estar fundada en la *certeza* del tribunal que falla acerca de la existencia de un hecho punible atribuible al acusado. Precisamente la falta de certeza representa la imposibilidad del Estado de destruir la situación de inocencia, construida por la ley (presunción), que ampara al imputado, razón por la cual ella conduce a la absolución." ²

3.3. Los delitos atribuidos están previstos en el artículo 377 del Código Penal - omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales-, el cual al momento de los hechos tenía la siguiente redacción: "El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehusa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días multa" y en el segundo párrafo del artículo 389 del Código Penal -malversación de fondos-, el cual al momento de los sucesos tenía la siguiente redacción: "[...] Si el dinero o bienes que administra corresponden a programas de apoyo social, de desarrollo o asistenciales y son destinados a una aplicación definitiva diferente, afectando el servicio o la función encomendada, la pena privativa de libertad será no menor de tres años ni mayor de ocho años".

¹ FERRAJOLI, Luis, Título original "Diritto e ragione. Teoría del garantismo penal", traducción "Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal", Primera Edición Española, Editora Trotta, 1995, Madrid - España, Pág. 549

² MAIER, JULIO B.J., "Derecho Procesal Penal", Tomo I - Fundamentos, Segunda Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires - Argentina, 1995, Pág. 495.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA PENAL PERMANENTE

R.N. N.º 2111-2012

TACNA

3.4. En cuanto a la prescripción del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales debe considerarse que este tipo penal tal como se ha descrito precedentemente, tiene una pena privativa de libertad abstracta no mayor de dos años, en consecuencia teniendo en cuenta lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 80 en concordancia con el artículo 83 del Código Penal, que establecen que la acción penal prescribe en tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley para el delito y que el plazo de prescripción en caso que el plazo ordinario se haya interrumpido, no podrá sobrepasar de una mitad el plazo ordinario. En ese sentido, si el delito imputado tiene una pena conminada de dos años, el plazo extraordinario de prescripción, al haberse interrumpido el plazo ordinario con la actuaciones del Ministerio Público, prescribiría a los tres años, es decir, en el año dos mil cuatro, por lo que a la fecha se encontraría prescrita la acción penal para este delito.

3.5. Para poder imputar el delito de malversación de fondos, debe acreditarse cada uno de los elementos constitutivos del tipo penal. En ese sentido, debe probarse en primer orden que el sujeto activo es un funcionario o servidor público, haya dado al dinero o bienes que administra una aplicación definitiva diferente de aquella a los que están destinados, afectando el servicio o la función encomendada.

3.6. En ese sentido, si bien se ha desarrollado la delimitación del delito imputado y se ha explicado lo medios de prueba que acrediten el hecho, no se ha fundamentado ni se hizo referencia a medio probatorio alguno dirigido a acreditar que el imputado haya tenido un efectivo poder de disposición de los bienes o dinero de la entidad agraviada, ni tampoco que habría participado en el acto mismo de la malversación. Por lo que, se considera que no se ha actuado prueba que acredite la vinculación del delito de malversación de fondos con el acusado Gamero López, por lo que es del caso absolverlo de la acusación fiscal, de conformidad con el artículo 284 del Código de Procedimientos Penales.



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA PENAL PERMANENTE
R.N. N.º 2111-2012
TACNA

3.7. En cuanto al recurso formulado por el representante del Ministerio Público respecto del incremento de la pena, no resulta necesario emitir pronunciamiento al no haberse acreditado la participación del imputado en el delito de malversación de fondos y por estar prescrita la acción penal por el delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, declararon:

I. HABER NULIDAD en la sentencia de fecha veintiuno de noviembre de dos mil once, de fojas cuatrocientos veintidós, que condenó a Edgar Fredi Gamero López como autor del delito de omisión y retardo de actos funcionales y malversación de fondos; reformándola: **ABSOLVIERON** a Edgar Fredi Gamero López, de la acusación fiscal por el delito de malversación de fondos en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de Calana.

II. PRESCRITA la acción penal por el ilícito de omisión y retardo de actos funcionales en agravio del Estado-Municipalidad Distrital de Calana.

III. ORDENARON el archivo definitivo de lo actuado, la anulación de sus antecedentes policiales y judiciales generados como consecuencia del presente proceso; y los devolvieron.

S.S.

VILLA STEIN

PARIONA PASTRANA

BARRIOS ALVARADO

NEYRA FLORES

CEVALLOS VEGAS

CV/paar

SE PUBLICO CONFORME A LEY

5

06 JUN 2014

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