



No se verifica la causal de procedencia alegada

El casacionista cuestionó que no se interpretó correctamente el elemento del resultado típico en el delito de malversación de fondos. Se verificó que en la sentencia de vista se requirió acreditar la afectación del servicio producida por la desviación ilegal de fondos públicos, y al no haberse cumplido dicho extremo se declaró la absolución de los procesados. Este Colegiado Supremo comparte dicho análisis, por lo que no corresponde que se case el pronunciamiento cuestionado.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, cuatro de julio de dos mil diecinueve

VISTOS: en audiencia pública, el recurso de casación declarado bien concedido por esta Corte Suprema, mediante ejecutoria del veintisiete de junio de dos mil dieciocho (foja 73 del cuadernillo), que fue interpuesto por la fiscal adjunta superior de la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Lima Norte** contra la sentencia de vista del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho (foja 292 del cuaderno de impugnación), que revocó la sentencia de primera instancia del veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete (foja 749 del cuaderno de debate) y dispuso absolver de la acusación fiscal a **Felipe Baldomero Castillo Alfaro** y **Yuri José Pando Fernández, Juan Fernando Gamarra Tong, Juanita Santos Zapata Guizado, Rodolfo Zapata Pintado** y **Carlos Oswaldo Flores Martos** como autor y cómplices (respectivamente) del delito contra la administración pública-malversación de fondos simple, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo Príncipe Trujillo.



FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. La casacionista fiscal adjunta superior de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Lima Norte cuestionó que la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte revocara la decisión del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de condenar a Felipe Baldomero Castillo Alfaro y Yuri José Pando Fernández, Juan Fernando Gamarra Tong, Juanita Santos Zapata Guizado, Rodolfo Zapata Pintado y Carlos Oswaldo Flores Martos como autor y cómplices (respectivamente) del delito de malversación de fondos simple, en agravio del Estado.

Segundo. Como se desprende de la acusación y el dictamen de integración (fojas 2 y 97, respectivamente), se imputa al autor, Felipe Baldomero Castillo Alfaro, haber intervenido por razón de su cargo como alcalde de la Municipalidad Distrital de Los Olivos en la etapa de dación de presupuesto para el Concurso Público número 2-2010, entre los meses de agosto y septiembre de dos mil diez, del que se derivó la suscripción del contrato número 065-2010 (del cinco de octubre de dos mil diez), "Contratación del servicio de implementación, diseño, equipamiento y puesta en marcha del proyecto integral del centro de telemática de la Municipalidad de Los Olivos", con la empresa IBM del Perú S. A. C., por un monto de más de USD 6 000 000 (seis millones de dólares americanos), que no contaba con un crédito presupuestario propio, sino que fue costado con una partida presupuestal distinta denominada "Programa de modernización municipal" y "Plan de incentivos a la mejor gestión municipal", conforme se reconoció en el Acuerdo del Concejo Municipal número 010-2012 (del veinte de abril de dos mil doce). Además, la finalidad de



dicha contratación no guardaba relación con la competencia y funciones de los órganos locales.

Debe tenerse presente que las metas de los mencionados programas no coincidían con la citada contratación, sino que guardaban relación, entre otros aspectos, con lo siguiente: **i)** asegurar la operación y mantenimiento de las inversiones que se encuentran en ejecución; **ii)** asegurar el funcionamiento de los bienes y servicios de salud y educación básica; **iii)** ofrecer un servicio continuo de los servicios de limpieza pública; **iv)** actualizar el TUPA bajo el criterio de reducir el número de procesos y la sistematización de estos; y **v)** actualizar la información catastral con la finalidad de incrementar la recaudación del impuesto predial.

En el dictamen fiscal de integración de requerimiento de acusación, se precisó que se produjo la afectación del servicio al destinarse fondos para efectuar pagos para una finalidad que no guardaba ninguna relación con las funciones y competencias de la Municipalidad Distrital de Los Olivos (implementación de una universidad): de esta manera, sin sustento, se anularon actividades previamente presupuestadas en los Presupuestos Institucionales de Apertura (en adelante PIA) de los años 2011 y 2012, y los fondos se destinaron a fines distintos a los establecidos en las normas correspondientes.

Tercero. Elevado a esta Corte Suprema el recurso de casación interpuesto por la fiscal adjunta superior (foja 318), mediante ejecutoria suprema del veintisiete de junio de dos mil dieciocho (foja 73 del cuadernillo), se declaró bien concedido por la causal prevista en el artículo 429, inciso 3, del Código Procesal Penal: “Si la sentencia o auto importa una indebida aplicación, una errónea interpretación o una falta de aplicación de la Ley penal o de otras normas jurídicas necesarias para su aplicación”.



Cuarto. Instruido el expediente en la Secretaría y señalada la fecha para la audiencia de casación el diecinueve de junio de dos mil diecinueve, esta se celebró con la concurrencia del representante del recurrente (fiscal adjunto supremo Alcides Chinchay Castillo) y de las defensas técnicas de los imputados Felipe Baldomero Castillo Alfaro, Yuri José Pando Fernández, Juan Fernando Gamarra Tong, Rodolfo Zapata Pintado, Carlos Oswaldo Flores Martos y Juanita Santos Zapata Guizado; por lo que el estado de la causa es el de expedir sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Quinto. El presente recurso fue admitido en atención a la presunta errónea interpretación del artículo 389 del Código Penal –delito de malversación de fondos– y, en específico, en relación con el elemento típico de “afectación del servicio”, como fue propuesto por el representante del Ministerio Público recurrente, ya que es en atención a este extremo que la Sala Superior revocó la condena contra los imputados y, reformándola, los absolvió de la acusación fiscal en su contra.

Sexto. En el recurso de casación materia de análisis (foja 318), la fiscal recurrente sostuvo que la sentencia de vista absolutoria se sustentó en dos argumentos contradictorios: **i)** que, si no existió una aplicación diferente ni definitiva de los fondos ilícitamente desviados, entonces no existió afectación del servicio; y **ii)** que, en todo caso, la aplicación diferente de los recursos y la afectación del servicio debían ser corroboradas a través de una pericia contable. Además, refirió que no se sustentó por qué se tuvo por desvirtuada la concurrencia del elemento de afectación del servicio y que esta no



necesitaba una pericia contable para acreditarse si se había establecido en juicio que el propósito del imputado Castillo Alfaro era implementar una universidad, lo que no respondía a las metas propuestas por el Ministerio de Economía y Finanzas en los programas presupuestales.

Séptimo. Como se indicó en la ejecutoria suprema que concedió el presente recurso, la finalidad era analizar la interpretación realizada en la sentencia de vista respecto al resultado típico de **afectación al servicio**, mas no sobre “la aplicación definitiva diferente”, que es un elemento distinto del tipo legal en análisis.

No obstante, corresponde precisar que, aunque (como se desprende del artículo 389 del Código Penal) el resultado típico (afectación de servicio) necesariamente debe ser consecuencia de la acción previa (aplicación definitiva diferente de fondos públicos), el proceso de valoración de ambos elementos ha de realizarse de manera específica y diferenciada.

Octavo. Esta Corte Suprema considera pertinente precisar que el resultado típico –afectación al servicio– constituye un elemento necesario para la configuración del delito ya que antes de la modificación introducida con la Ley número 27151¹, constituía solo una agravante del tipo de malversación de fondos.

En tal sentido, se han emitido pronunciamientos que delimitan su contenido, ya que este elemento determina precisamente si una desviación ilegal de fondos públicos, con aplicación definitiva y diferente, constituye (o no) el delito de malversación de fondos (ya que no basta que se acredite el empleo distinto de fondos públicos para configurar el delito).

¹ Publicada el siete de julio de mil novecientos noventa y nueve.



Noveno. Así, en la sentencia del veintiséis de octubre de dos mil siete, recaída en el Expediente número 21-2003-A.V. (Sala Penal Especial), se indicó que “la conducta típica ha de afectar el servicio o la función encomendada. No hace falta, por cierto, una lesión patrimonial, sólo se requiere **la generación de un inconveniente en la prestación del servicio o función encomendada**, cuyo origen es precisamente la indebida aplicación del dinero o bienes” (considerando 22, literal B).

Mientras que en la ejecutoria suprema del diecisiete de marzo dos mil diez (recaída en el Recurso de Nulidad número 1621-2009/Tacna) se precisó que “el tipo legal de malversación –artículo 389º del Código Penal, modificado por la Ley número 27151–, requiere la afectación al servicio público o a la función pública encomendada como resultado de la conducta indebida del agente. El daño al servicio o a la función es esencial para la configuración del delito; este resultado típico exige que **peligre la ejecución del servicio, se perjudiquen los plazos, o se incrementen los costos o decrezca la calidad del servicio que presta**” (considerando quinto).

Este último extremo también fue recogido previamente en la decisión en el Recurso de Nulidad número 2331-2002/Arequipa, del siete de septiembre de dos mil cuatro (considerando tercero).

Décimo. Como se refirió previamente, en el dictamen de integración de requerimiento de acusación, el Ministerio Público afirmó que la afectación del servicio se desprende del hecho de que, al destinarse fondos del “Programa de modernización municipal” y el “Plan de incentivos a la mejor gestión municipal” para una finalidad diferente a la prevista, no se otorgó presupuesto a actividades consideradas en los PIA iniciales, las cuales fueron anuladas.

Por su parte, el Colegiado Superior sostuvo –sobre este extremo, en el considerando 8.24. de la sentencia recurrida– que el Ministerio Público no demostró que la anulación y la habilitación presupuestal que se efectuó a nivel funcional programático del presupuesto, **a pesar de**



haber cumplido con la meta programada, haya afectado el servicio o función encomendada de una manera concreta.

Undécimo. Al respecto, este Colegiado Supremo debe anotar que no resulta suficiente el planteamiento fáctico del Ministerio Público sobre la acreditación del resultado típico del delito de malversación de fondos, ya que el hecho de que no se realizaran algunas actividades relacionadas al servicio, cuyas partidas presupuestales se desviaron, no permite sostener necesariamente que se produjo una afectación al servicio, sobre todo si este cumplió con sus metas programadas, como se sostuvo en el presente caso, y se resaltó en la sentencia recurrida –y fue parte de las conclusiones del informe pericial contable–.

Es así, puesto que –como se desprende de los pronunciamientos citados en el considerando noveno– el resultado típico requiere la acreditación de que la referida desviación ilegal de fondos generó una situación concreta de inconveniente en la prestación del servicio, demora o incumplimiento de plazos, incremento de costos, disminución de la calidad de servicios, entre otros a determinarse según el caso concreto o la naturaleza del servicio.

Duodécimo. Los referidos efectos perjudiciales en el servicio público (cuyas partidas presupuestales fueron desviadas) se refieren, entonces, a situaciones específicas y verificables, que deben ser suficientemente sustentadas y acreditadas por el fiscal como titular de la acción penal, y de las que se desprenda la afectación del servicio en conjunto –cuyo origen sea, precisamente, la indebida desviación de sus fondos–. No basta, por tanto, que se indique no se llevaron a cabo algunas actividades relacionadas al servicio, sino que se acredite cómo dicha situación afectó su ejecución o desarrollo de algún modo específico.



Decimotercero. En consecuencia, esta Corte Suprema no verifica que en la sentencia de vista exista la errónea interpretación de un elemento para la configuración del tipo legal (resultado típico) alegada por la casacionista, por lo que no corresponde que se case la sentencia de vista y así se declara.

Decimocuarto. Finalmente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 499, inciso 1, del Código Procesal Penal, corresponde exonerar del pago de costas a la representante del Ministerio Público recurrente.

DECISIÓN

Por estas razones, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la fiscal adjunta superior de la **Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal de Lima Norte** contra la sentencia de vista del treinta y uno de enero de dos mil dieciocho (foja 292 del cuaderno de impugnación), que revocó la sentencia de primera instancia del veintinueve de septiembre de dos mil diecisiete (foja 749 del cuaderno de debate) y dispuso absolver de la acusación fiscal a **Felipe Baldomero Castillo Alfaro** y **Yuri José Pando Fernández, Juan Fernando Gamarra Tong, Juanita Santos Zapata Guizado, Rodolfo Zapata Pintado** y **Carlos Oswaldo Flores Martos** como autor y cómplices (respectivamente) del delito contra la administración pública-malversación de fondos simple, en agravio



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 544-2018
LIMA NORTE

del Estado. En consecuencia, **NO CASARON** la referida sentencia de vista.

- II. **EXONERARON** del pago de costas a la recurrente, conforme a lo dispuesto en el artículo 499, inciso 1, del Código Procesal Penal.
- III. **DISPUSIERON** que se archive el cuaderno de casación, con transcripción de esta ejecutoria al Tribunal Superior. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta Sede Suprema.

Intervino el señor juez supremo Castañeda Espinoza, por vacaciones del señor juez supremo San Martín Castro.

S. S.

FIGUEROA NAVARRO

PRÍNCIPE TRUJILLO

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

CHÁVEZ MELLA

PT/wchgi