

## SALA PENAL DE APELACIONES

Expediente : 00116-2011-2-1826-JR-PE-01  
Asistente : Tarazona Matos, Kelly  
Ministerio Público : Cuarta Fiscalía Superior Especializada en  
Delitos de Corrupción de Funcionarios  
Abogado Defensor : Espinoza Goyena, Julio César  
Imputado : Juan Carlos Martín Alberto José Hurtado de Asín  
Delito : Peculado  
Agravado : El Estado

### Resolución N° 03

Lima, treinta de noviembre  
de dos mil once.-

**AUTOS Y OIDOS:** La apelación interpuesta por la defensa técnica del imputado Hurtado de Asín, contra la resolución N° 04 de fecha 19 de octubre de 2011 en el extremo que declaró "**INFUNDADO** la **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** solicitada por la defensa del imputado Juan Carlos Alberto Martín José Hurtado de Asín, respecto de la investigación preparatoria que se le sigue, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública – Peculado, en agravio del Estado, debiendo continuarse con la secuela de la investigación a nivel fiscal conforme a su estado" (*sic*); interviniendo el Juez Superior **RAMIRO SALINAS SICCHA** en calidad de ponente, y **ATENDIENDO:**

**PRIMERO:** En audiencia pública la defensa técnica del impugnante precisó que el nombre completo de su patrocinado es Juan Carlos Martín Alberto José Hurtado de Asín, y estando a que en la resolución N° 04, materia de impugnación en su parte resolutive no se consignó correctamente el mismo, ~~se~~ aclárese en dicho extremo.

**SEGUNDO:** Del contenido del recurso de impugnación de la defensa técnica del imputado Hurtado de Asín, expresa como agravio central lo siguiente: no es posible duplicar el plazo de prescripción de la acción penal a su patrocinado por el solo hecho de estar comprendido como cómplice del delito de peculado, pues la dúplica se encuentra dentro de los parámetros constitucionales que regulan los derechos y deberes de los funcionarios y servidores por ser parte de la administración pública a

quienes se les confió el patrimonio del Estado, y que su patrocinado es un particular.

**TERCERO:** En audiencia ha precisado, que en la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria se ha fijado que el momento de consumación del supuesto delito de peculado es el 16 de abril del 2001<sup>1</sup>, por lo que a partir de ese momento se inicia el cómputo de prescripción, y estando a que el Ministerio Público, en el presente caso, genera los actos de persecución mediante disposición de fecha 16 de febrero de 2010 (fecha en que dio inicio a las diligencias preliminares), ya el plazo de prescripción ordinario habría transcurrido, estando a los ocho años que regula el artículo 387° del Código Penal. El sistema penal tiene límites. Cuando ya se ha vencido el plazo máximo de la prescripción ordinaria, ya no es posible seguir con la persecución penal.

**CUARTO:** Refiere además que la jurisprudencia del sistema anticorrupción ha desarrollado la teoría de la unidad del título de la imputación, pero para efectos de precisar una imputación penal, a fin de sustentar la atribución de responsabilidad de aquellos que no siendo funcionarios públicos, sino particulares, deben responder en delitos funcionariales, como el caso de los extraneus, sin embargo, ese criterio no le autoriza en modo alguno a extender esa regla, para el cómputo de la prescripción. Al respecto, el Tribunal Constitucional, en el expediente N° 1805-2005-HC/TC, del 29 de abril de 2005, refiere que el duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado sería atentar contra el principio de legalidad, de cuya interpretación *pro homine* se infiere que aplicarlo a todos los imputados a los que se procese es extender *in malam parte* lo que pudiera afectar a éste, cuando su aplicación debe ser *in bonam parte*. Asimismo, el sistema anticorrupción también han discutido la prescripción en este sentido, en el incidente N° 001-2001-I5 del 15 de junio de 2009, en el incidente N° 037-2007-F, del 02 de setiembre de 2010 (Tercera Sala Penal Especial). En el expediente 32-2003, la Cuarta Sala Penal Especial ha declarado la prescripción por el delito de peculado respecto a

---

<sup>1</sup> Fecha en la que el titular del 35° Juzgado Civil de Lima declara la demanda de otorgamiento de Escritura Pública de Levantamiento de Hipoteca no sólo sobre el puesto 62, sino sobre la totalidad de la garantía de US\$ 20'850,417.60 dólares americanos.

particulares que tenían la condición de cómplices. El Acuerdo Plenario N° 01-2010 precisó los tres criterios que deben establecerse y verificarse para la aplicación del artículo 80° del Código Penal, para efectos del cómputo de la prescripción, y en base a ello no es posible extender la duplicidad de la prescripción en tanto que el señor Hurtado de Asín es un simple particular.

QUINTO: El representante del Ministerio Público en audiencia ha argumentado que: i) Para determinar la participación de un extraneus en un delito especial propio como es el delito de peculado, se han desarrollado diversas teorías, siendo la propugnada por la defensa del imputado la teoría de la autonomía o ruptura del título de la imputación, pues por ella el delito cometido por el particular queda impune; ii) El Ministerio Público sustenta su posición en base a la teoría de la unidad de la imputación, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento penal contempla para efectos de determinar la pena, los artículos 23° y 25° referente a la autoría y complicidad. Por esta teoría podemos incluir la participación del extraneus como cómplice primario, siendo así le corresponde la duplicidad del plazo de prescripción; iii) La pena señalada para este tipo de delito es de 8 años, y conforme al artículo 80° se duplica la pena, por lo que le corresponde la duplicidad del plazo de prescripción, no habiendo transcurrido a la fecha aún el plazo ordinario; iv) Aceptar que los actos de complicidad de los particulares producen o generan una tipicidad independiente, distinta a los actos de autoría del sujeto público implicaría hacer una doble aplicación de leyes de naturaleza penal, lo que dejaría en impunidad estos actos de complicidad.

SEXTO: El Juez de investigación preparatoria en la recurrida argumenta que los extraneus en los delitos funcionariales respondan por la misma ilicitud cometida por el autor, debiendo tenerse en cuenta que las cualidades y circunstancias que afectan o modifican la responsabilidad de otros autores y partícipes del mismo hecho punible previstos en el artículo 26° del Código sustantivo resultan incommunicables solamente cuando se refieren a las características personales o materiales referidas al hecho en función del principio de accesoriedad. Precisa que el delito de peculado se encuentra comprendido en la categoría a la que alude el artículo 80° parte in fine del Código Penal "delitos cometidos por funcionarios públicos", y por

ello, no resulta en modo alguno irrazonable que la duplicación de los plazos de prescripción sea aplicable a quien haya participado en ese tipo de delito, en tanto la norma mencionada no establece distinción alguna basada en la calidad de su sujeto activo. No se trata, por tanto, de una extensión de la previsión legal, sino de su directa aplicación o aplicación material a un caso concreto. Estando a que el autor principal del delito de peculado es un funcionario público y en aplicación de la teoría de la unidad del título de la imputación, corresponde para el particular duplicar el plazo ordinario de ocho años, quedando así fijado un término de prescripción de la acción penal de dieciséis años, lo que determina que no ha transcurrido en el presente caso el plazo ordinario de prescripción, ni mucho menos el extraordinario.

**SETIMO:** Expuestos así los argumentos del debate se concluye que sólo hay un tema sobre el cual debe pronunciarse el Colegiado para resolver el presente incidente. En efecto, corresponde determinar interpretativamente si a los particulares que auxilian o colaboran (cómplices) con el sujeto público en la comisión del delito de peculado, les alcanza la dúplica de la prescripción que prevé el artículo 41° de la Constitución y el último párrafo del artículo 80° del Código Penal. Si se concluye en forma positiva deberá confirmarse la recurrida, si ocurre lo contrario, deberá revocarse la misma.

**OCTAVO:** En principio, se tiene que según el artículo 6° del Código Procesal Penal de 2004, entre las excepciones que pueden deducirse en el proceso penal es la de prescripción, que se verifica cuando por el vencimiento de los plazos señalados por el Código Penal se haya extinguido la acción penal o el derecho de ejecución de la pena. Para efectos de contabilizar el inicio del cómputo de los plazos de prescripción se recurre al artículo 82° del Código Penal. En el inciso 2 del citado numeral se establece que en los delitos instantáneos se cuenta a partir del día en que se consumó. El delito de peculado que se imputa al investigado Hurtado de Asín es un delito de comisión instantánea.

**NOVENO:** El delito de peculado que se atribuye al imputado Juan Carlos Martín Alberto José Hurtado de Asín, conforme fluye de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria, aparece tipificado en el artículo 387° primer párrafo del Código Penal (texto vigente

al momento de los hechos), el mismo que incluso así lo ha precisado el Ministerio Público, se consumó el 16 de abril del año 2001. Según los argumentos de los sujetos procesales en audiencia y verificado en los documentos que conforman el presente incidente, desde aquella fecha hasta el 16 de febrero de 2010 en que el Ministerio Público decidió abrir investigación policial, ninguna autoridad policial, fiscal o judicial realizó alguna actuación para materializar algún supuesto de interrupción o suspensión de la prescripción penal respecto de la participación en calidad de cómplice del investigado Hurtado de Asín. En consecuencia, si se tiene en cuenta que el delito de peculado al tiempo de los hechos, tenía como sanción máxima 8 años de pena privativa de libertad, la acción penal prescribía en el término ordinario de ocho años. Tiempo como es de verse en el caso concreto, se habría vencido incluso antes de formalizarse LA investigación preparatoria, que ocurrió el 02 de marzo de 2011.

**DÉCIMO**: Así los hechos, corresponde determinar si a los particulares les alcanza la dúplica del término de la prescripción que prevé el artículo 41° de la Constitución y el último párrafo del artículo 80° del Código Penal. Para tal efecto, el Colegiado considera que tal como lo tiene establecido el Tribunal Constitucional<sup>2</sup>, el duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometidos en agravio del Estado sería atentar contra el principio de legalidad, de cuya interpretación *pro homine* se infiere que aplicarlo a todos los imputados a los que se procese es extender *in malam parte* lo que pudiera afectar a éste, cuando su aplicación debe ser *in bonam parte*. Interpretando que el artículo 41° de la Constitución es de aplicación para los delitos que comenten los funcionarios o servidores públicos en contra del patrimonio del Estado o de organismos sometidos a este tal como se establece en el último párrafo del artículo 80° del Código Penal.

**DECIMO PRIMERO**: De tal interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional y del contenido mismo del último párrafo del artículo 80° del Código Penal, se concluye que sólo a los autores especiales de los delitos que lesionan o ponen en peligro el patrimonio del Estado, les alcanza la dúplica del término de la prescripción; y sólo pueden ser autores del delito

<sup>2</sup> Exp. N° 1805-2005-HC/TC- Lima, caso Cáceda Pedemonte, del 29 de abril de 2005. Fundamento 18.

de peculado los funcionarios o servidores públicos por exigencia del tipo penal 387° CP. Los particulares o *extraneus*, en aplicación de la teoría de los delitos de infracción del deber, sólo pueden ser cómplices, situación que en este caso, tiene el recurrente.

**DECIMO SEGUNDO:** Esta es la conclusión a la que se llega haciendo una interpretación *pro homine* que reclama el Tribunal Constitucional. También sirve para afianzar esta interpretación el fundamento central de la dúplica de la prescripción establecida, la misma que consiste en el mayor reproche penal que se le hace al sujeto público por quebrantar o lesionar su deber funcional de cautelar los bienes públicos cuya administración o custodia le ha confiando el Estado. Lesionar el principio de no lesividad al patrimonio del Estado, hace más reprochable la conducta del sujeto público. Deber funcional que no tiene el *extraneus*.

**DECIMO TERCERO:** Es más, esta es la interpretación establecida como doctrina legal en el Acuerdo Plenario N° 01-2010/CJ-116<sup>3</sup>. Allí se ha precisado que para duplicar la prescripción, tienen que concurrir hasta tres presupuestos concretos: A) Que exista una relación funcional entre el agente infractor especial del delito (funcionario o servidor público) y el patrimonio del Estado. B) El vínculo del funcionario con el patrimonio 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 facultad funcional una orden administrativa y, por tanto, es posible que a través de una disposición verbal se pueda 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 no poseía. Supuestos que no reúnen de modo alguno los cómplices.

**DECIMO CUARTO:** Finalmente, el Ministerio Público pretende sustentar su posición en base a la teoría de la unidad de la imputación, sin embargo, tal teoría sólo sirve para efectos de atribuir responsabilidad penal a aquellos investigados que no siendo funcionarios o servidores públicos, participan en la comisión del delito especial, como el caso de los *extraneus*. En

---

<sup>3</sup> Del 16 de noviembre de 2010, fundamento 15.

consecuencia, los argumentos del defensor de la legalidad no son de recibo.

Por tales fundamentos, los magistrados de la Sala Penal de Apelaciones en aplicación del inciso 1 del artículo 417 y artículo 419 del Código Procesal Penal de 2004, **RESOLVIERON:**

- I. **ACLARAR** la resolución N° 04, de fecha 19 de octubre de 2011, con relación a la parte resolutive de la misma, teniendo como nombre correcto del imputado: Juan Carlos Martín Alberto José Hurtado de Asín.
- II. **REVOCAR** la resolución N° 04, que declaró **INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** en la investigación preparatoria que se le sigue como presunto cómplice del delito de peculado, **REFORMÁNDOLA: DECLARARON FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** deducida por la defensa técnica del imputado Juan Carlos Martín Alberto José Hurtado de Asín, respecto de la investigación preparatoria que se le sigue en su calidad de cómplice, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública – Peculado, en agravio del Estado. Disponiéndose el **archivo definitivo** de los actuados en este extremo. Notificándose.-

S.s.

  
CASTAÑEDA OTSU

  
SALINAS SICCHA

  
MAITA DORREGARAY

**El voto singular de la señorita Juez Superior y Presidenta de la Sala Penal de Apelaciones, magistrada Susana Ynes Castañeda Otsu, es como sigue:**

Emito el presente voto singular en mérito a lo dispuesto por los artículos 138° y 143° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, agregando a los fundamentos de la ponencia emitida por mi distinguido colega, magistrado Ramiro Salinas Siccha, en los siguientes términos:

**Primero.-** Conforme se ha precisado, el tema planteado consiste en determinar si puede extenderse al investigado **Juan Carlos Martín Alberto José Hurtado de Asín** la calidad de funcionario público a efectos de

aplicarle la duplicidad del plazo de la prescripción. La respuesta es negativa por los fundamentos que expongo y que en resoluciones anteriores he sostenido<sup>4</sup>:

**Segundo.-** La Constitución Política, al regular la responsabilidad de los funcionarios y servidores públicos, en el último párrafo de su artículo 41°: “El plazo de prescripción se duplica en caso de delitos cometidos contra el patrimonio del Estado”.

Disposición que ha sido desarrollada por el Código Penal, con la modificatoria introducida por la Ley 26314<sup>5</sup>, que adicionó el último párrafo al artículo 80°, que prescribe: “En casos de delitos cometidos por funcionarios y servidores públicos contra el patrimonio del Estado o de organismos sostenidos por éste, el plazo de prescripción se duplica”. De este modo, se delimita que la duplicidad de los plazos, cuando se afecte el patrimonio del Estado, se circunscribe a los funcionarios y servidores públicos, lo cual es correcto, ya que el artículo 41° de la Constitución Política forma parte del Capítulo Quinto, titulado “De la función pública”, y comprende los artículos 39° al 42°, en los cuales se establecen los deberes, impedimentos y derechos de quienes integran la Administración Pública.

**Tercero.-** La aplicación de la duplicidad del plazo de prescripción, previsto en los artículos 41° de la Constitución y 80° del Código Penal, no procede para partícipes en el delito contra la Administración Pública, que lesione el patrimonio del Estado, pero que sean ajenos a la función pública. Al respecto, José Luis Castillo Alva sostiene que la interpretación del artículo 80° del Código Penal fija una cláusula restrictiva más intensa al condicionar la aplicación de la duplicidad de los plazos a aquellos casos en que el delito se comete por funcionarios o servidores públicos y se afecte el patrimonio del Estado<sup>6</sup>. Ello desde que el sentido de la persecución de los delitos

---

<sup>4</sup> Res. N° 679 del 13 de setiembre de 2010, emitida en el Exp. N° 26A-2006, Quinta Sala Penal Especial de Lima; Sentencia de fecha 09 de febrero de 2011, emitida en el Exp. 49A-2006, Cuarta Sala Penal Liquidadora.

<sup>5</sup> Artículo 1 de la mencionada Ley, publicada el 28 de mayo de 1994.

<sup>6</sup> Según José Luis Castillo Alva, el artículo 80° del Código Penal “condiciona la ampliación de la prescripción a una determinada calidad del agente y a su posición dentro de la administración pública, de tal manera que si el delito fuera cometido por particulares y por su consumación se genera un enorme perjuicio al Estado, no será posible extender los plazos de la prescripción. A la Ley no le interesa tanto la gravedad del delito, sus formas de comisión, cuantas personas intervienen o la magnitud del perjuicio; tampoco le importa defender y cautelar todos los intereses estatales o aquellos que atañen a la globalidad de la administración pública, le interesa, sobre todo, reparar en quien comete y realiza la infracción”. Cfr. Castillo Alva, José Luis. *La prescripción de la persecución*



contra la Administración Pública cometidos por funcionarios estatales, está orientada a la protección del correcto desempeño de la función pública, protegiendo además el patrimonio del Estado, de acuerdo al caso.

**Cuarto.-** En la sentencia recaída en el Exp. N° 1805-2005-HC/TC<sup>7</sup>, el Tribunal Constitucional, en base al párrafo 3° del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ha señalado como doctrina jurisprudencial “que duplicar el plazo de prescripción en todos los delitos cometido en agravio del Estado, sería atentar contra el principio de legalidad, de cuya interpretación *pro homine* se infiere que aplicarlo a todos los imputados a los que se procese es extender *in malam parte* lo que pudiera afectar a este, cuando por el contrario su aplicación debe ser *in bonam parte*”.

**Quinto.-** Pretender extender la calidad de funcionario público a quien actuó como particular para efectos del cómputo de los plazos de prescripción excedería los límites de la interpretación normativa y constituiría un acto de aplicación analógica de la ley, que, siendo en este caso en perjuicio de un imputado (*in malam parte*), queda proscrito por el ordenamiento constitucional<sup>8</sup>, por vulnerar el principio de legalidad (en cuanto exigencia de ley estricta)<sup>9</sup>.

**Sexto.-** El artículo 88° del Código Penal, textualmente estipula que la prescripción corre, se suspende o se interrumpe **separadamente** para cada uno de los partícipes del hecho punible.

Consideraciones, por las cuales, mi Voto; es porque se revoque la resolución N° 04, que declara **INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** en la investigación preparatoria que se le sigue como presunto cómplice del delito de Peculado, **REFORMÁNDOLA: SE DECLARE FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN** deducida por la defensa técnica del imputado Juan Carlos Martín Alberto José Hurtado

---

penal. Comentario a propósito de la sentencia del Exp. N° 1805-2005-PHC/TC. EN: Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional, Susana Castañeda Otsu, Directora, Grijley, Lima, 2010, pp. 639 a 747, específicamente 703.


<sup>7</sup> Sentencia del 29 de abril de 2005, caso Cáceda Pedemonte, fundamento jurídico 18.

<sup>8</sup> Constitución Política. Art. 139°. *Son principios y derechos de la función jurisdiccional [...] El Principio de Inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos.*

<sup>9</sup> Ver la reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto. Ver por todos: Exp. N° 0010-2002-AI/TC; Caso: Tineo Silva – Legislación antiterrorista.

de Asín, respecto de la investigación preparatoria que se le sigue en su calidad de cómplice, por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública – Peculado, en agravio del Estado

  
CASTAÑEDA OTSU

PODER JUDICIAL  
  
.....  
KELLY TARAZONA MATOS  
ASISTENTE JURISDICCIONAL  
Sala Penal de Apelaciones Especializada  
en Delitos Cometidos por Funcionarios Públicos  
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA