



**Bien jurídico, jerarquía y título de imputación, omisión impropia e infracción de deber y acusación complementaria**

**a.** La infracción del deber de los funcionarios o servidores públicos se encuentra relacionada con el funcionamiento efectivo y eficaz de la administración pública. Así, en este ámbito se descarta el difuso concepto del bien jurídico, que lo relaciona con el "correcto funcionamiento" de la administración pública. La corrección se vincula con una persona de conducta irreprochable –criterio formal y moral–, pero no con la observancia de los deberes institucionales de la conducta funcional –criterio material y jurídico–, en la creación de valor público.

**b.** El nivel jerárquico –propio de las instituciones públicas– no es determinante para ostentar la calidad de autor en este tipo de delitos. Es la vinculación específica del funcionario o servidor público con la función asignada en el contexto del tipo penal concreto.

**c.** La omisión impropia es una estructura típica, pues objetivamente se refiere a: **i)** un comportamiento vinculado a un resultado –omitir la realización de un hecho punible–, **ii)** el deber jurídico de impedirlo o crear una fuente de peligro idóneo para producirlo –sujeto a la existencia de un deber de garante – y **iii)** la posibilidad de realizar, según un criterio de razonabilidad, un juicio de equivalencia –correspondencia de la omisión con la realización de un tipo penal comisivo–.

**d.** En la acusación complementaria, el hecho es, ontológicamente, un suceso o evento central desprovisto de cualquier elemento accidental. En tanto que la circunstancia es un elemento accidental o accesorio adosado a la esencia del hecho y que lo modifica o individualiza (tiempo, lugar, modo, medio móvil, finalidad). Pero en ambos casos, aparte de la conexidad con el hecho postulado originario, deben ser nuevos.

## **SENTENCIA DE CASACIÓN**

Lima, diecinueve de agosto de dos mil veinte

**VISTOS:** en audiencia pública mediante el sistema de videoconferencia, el recurso de casación interpuesto por la defensa técnica del sentenciado **Javier Jesús Alvarado Gonzales del Valle** contra la sentencia de vista del diez de octubre de dos mil dieciocho (folio 1157), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete, que confirmó la sentencia de primera instancia del veintiocho de mayo de dos mil dieciocho (folio 612),



que lo condenó como cómplice primario del delito contra la administración pública-peculado doloso, en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Cañete, a seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación para ocupar cargos públicos, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, y fijó el pago solidario de S/ 5 000 000 (cinco millones de soles) por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada; con lo demás que al respecto contiene.

Intervino como ponente el juez supremo Figueroa Navarro.

## **FUNDAMENTOS DE HECHO**

### **Primero. Itinerario del proceso en etapa intermedia**

- 1.1.** El representante del Segundo Despacho de Adecuación de la Primera Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Cañete, mediante requerimiento acusatorio y su subsanación (fojas 113 y 228 del expediente, respectivamente), formuló acusación en contra del encausado Javier Jesús Alvarado Gonzales del Valle y otros, como coautor del delito contra la administración pública-peculado, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 387 del Código Penal, concordado con el segundo párrafo del referido artículo, y como coautor del delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita para delinquir, previsto y sancionado en el primer párrafo del artículo 317 del citado código punitivo.
- 1.2.** Realizada la audiencia de control de acusación, conforme a las actas respectivas (fojas 267, 272, 276 y 283 del expediente), se emitió el auto de enjuiciamiento del veintiocho de septiembre de dos mil diecisiete (foja 292 del expediente); que solicitó que se le imponga, trece años de pena privativa de libertad por ambos delitos (ocho años por el de peculado y cinco años por el de asociación ilícita para delinquir).



## **Segundo. Itinerario del juicio en primera instancia**

- 2.1.** Mediante auto de citación de juicio oral, contenido en la Resolución número 2, del veintiocho de noviembre de dos mil diecisiete (foja 49 del cuaderno de debate), se citó al encausado a la audiencia de juicio oral, que se realizaría el ocho de enero de dos mil dieciocho. Instalada la audiencia de juicio oral, las demás sesiones se realizaron con normalidad.
- 2.2.** En la audiencia del nueve de mayo de dos mil dieciocho (foja 527 del cuaderno de debate), se dio cuenta de la acusación complementaria presentada por el representante del Ministerio Público, por la cual se incorporaban nuevos hechos y se solicitaba el cambio del título de participación del encausado a "cómplice". Leída la acusación complementaria, se procedió a suspender la citada audiencia a petición de las partes procesales, y se dispuso la continuación para el día catorce de mayo de dos mil dieciocho, fecha en que la defensa de los encausados, dentro de ellos la del recurrente, absolvió el traslado respectivo (foja 534 del cuaderno de debate) de la aludida acusación. Posteriormente, se prosiguió con el juicio oral y se llevó a cabo la audiencia de lectura de sentencia, el veintiocho de mayo de dos mil dieciocho, como consta en el acta correspondiente (foja 563 del cuaderno de debate).
- 2.3.** Mediante sentencia de primera instancia, del veintiocho de mayo de dos mil dieciocho (foja 612 del cuaderno de debate), se absolvió al encausado Javier Jesús Alvarado Gonzales del Valle de la acusación fiscal por el delito contra la tranquilidad pública-asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado, y se lo condenó como cómplice primario del delito contra la administración pública-peculado doloso, en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Cañete, a seis años de pena privativa



de libertad. Contra el extremo condenatorio, la defensa técnica del citado encausado interpuso recurso de apelación (foja 749 del cuaderno de debate), concedido mediante Resolución número 46, del diecinueve de junio de dos mil dieciocho (foja 899 del cuaderno de debate).

### **Tercero. Itinerario del proceso en segunda instancia**

- 3.1.** Culminada la fase de traslado de la impugnación, el Superior Tribunal, conforme al decreto del siete de septiembre de dos mil dieciocho (foja 1055 del cuaderno de debate), convocó a audiencia de apelación de sentencia, la cual fue reprogramada mediante decreto del veinticuatro de septiembre de dos mil dieciocho (foja 1098 del cuaderno de debate), para el tres de octubre de dos mil dieciocho, la audiencia se realizó con normalidad, como se aprecia del acta de audiencia de apelación (foja 1149 del cuaderno de debate).
- 3.2.** El diez de octubre de dos mil dieciocho, se procedió a realizar la audiencia de lectura de sentencia de vista, según consta en el acta respectiva (foja 1241 del cuaderno de debate), mediante la cual se decidió, por unanimidad, confirmar la sentencia de primera instancia en todos sus extremos.
- 3.3.** Emitida la sentencia de vista, la defensa técnica del encausado Javier Jesús Alvarado Gonzales del Valle interpuso recurso de casación (foja 1268 del cuaderno de debate), concedido mediante auto del treinta de octubre de dos mil dieciocho (foja 1302 del cuaderno de debate).

### **Cuarto. Trámite del recurso de casación**

- 4.1.** Elevado el expediente a esta Suprema Sala, se corrió traslado a las partes, conforme los cargos de entrega de cédulas de notificación



(fojas 120, 121 y 122 del cuadernillo formado en esta Suprema Sala), y se señaló fecha para calificación del recurso de casación, mediante decreto del veintiséis de febrero de dos mil diecinueve (foja 145 del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal). Así, mediante auto de calificación del veintitrés de abril de dos mil diecinueve (foja 147 del cuadernillo formado ante este Supremo Tribunal), se declaró bien concedido el citado recurso de casación.

- 4.2.** Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, conforme los cargos de entrega de cédulas de notificación (fojas 152, 153 y 154 del cuadernillo formado en esta sede), se señaló como fecha para la audiencia de casación el veinticinco de marzo de dos mil veinte, mediante decreto del seis de febrero de dos mil veinte; sin embargo, fue reprogramada, mediante decreto del diez de julio de dos mil veinte, para el veintinueve de julio del citado año. Instalada la audiencia de casación, se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia del representante del Ministerio Público y la defensa del encausado. Una vez culminada, se produjo la deliberación de la causa en sesión secreta, en virtud de la cual, tras la votación respectiva, el estado de la causa es el de expedir sentencia, cuya lectura en audiencia pública mediante el aplicativo tecnológico antes acotado se efectuará con las partes que asistan, en concordancia con el artículo 431, inciso 4, del Código Procesal Penal, el diecinueve de agosto de dos mil veinte.

#### **Quinto. Motivo casacional**

- 5.1.** Conforme ha sido establecido en los fundamentos jurídicos cuarto, quinto y sexto del auto de calificación del recurso de casación, en concordancia con su parte resolutive, se admitió el recurso de casación excepcional, a fin de analizar el caso desde las causales



contenidas en los incisos 2, 3 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal, en relación con la modificación del título de participación y su justificación, efectuadas por el representante del Ministerio Público en el presente proceso. Para tal efecto, se aceptaron los siguientes temas propuestos por el casacionista:

- i) La intervención de un funcionario público o intraneí –de primer nivel jerárquico– en un delito de infracción de deber no puede ser cómplice primario, sobre todo si a los otros funcionarios públicos o *intraneus* –de menor nivel jerárquico– también comprendidos en el proceso penal se les atribuye la calidad de autores. Así, si no se acredita el dolo en este delito –*animus rem sibi habendi*– corresponde su absolución, pero no que se varíe indistintamente el agrado de intervención criminal como si fuera un acto intrascendente, sobre todo si se realiza mediante una acusación complementaria que no cumple con los requisitos exigidos por la norma procesal [sic].
- ii) Se requiere establecer que a un cómplice primario –que es un funcionario público– no se le puede atribuir la conducta de omisión impropia o comisión por omisión, cuando al autor del delito –que también es funcionario público– se le imputa un delito de infracción de deber bajo una conducta de acción. Máxime si primigeniamente ambos fueron considerados –de forma errada– como autores y coautores del delito de peculado doloso y por una figura de acción [sic].

#### **Sexto. Agravios del recurso de casación**

La parte accionante cuestiona la errónea interpretación e indebida aplicación del artículo 25 del Código Penal (complicidad primaria y secundaria), así como al cambio del título de intervención delictiva (y su fundamentación) y si este afectó el principio de imputación necesaria. Además, alega que en el caso concreto se habrían apartado de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios signados con los números 2-2011/CJ-116 y 3-2016/CJ-



116, referidos a la determinación de la responsabilidad de funcionarios públicos en los delitos de infracción de deber. Asimismo, cuestiona el proceso de acusación complementaria realizado en el presente proceso; agravios que se encuentran vinculados con las causales invocadas y declaradas bien concedidas.

### **Séptimo. Hechos materia de imputación**

De acuerdo con el requerimiento acusatorio y su subsanación (foja 113 y 228 del expediente respectivamente), se atribuye a Javier Jesús Alvarado Gonzales, básicamente, lo siguiente:

#### **7.1. Circunstancias precedentes**

El acusado Javier Jesús Alvarado Gonzales desempeñó el cargo de alcalde de la Municipalidad Provincial de Cañete durante el periodo 2007 a 2010. Al asumir dicho cargo tuvo conocimiento de que se tenía abierta una cuenta corriente denominada Fondos de Inversiones –Finver Cañete– en el Banco Continental, cuyo número era 0011-0211-0100004604-03. En dicho periodo se encontraba vigente el Decreto Ley número 22831, del veintiséis de diciembre de mil novecientos setenta y nueve, que creó el citado fondo de inversiones que se le denominó Finver, con el objeto de que a cargo del citado fondo se proporcione los recursos para el financiamiento del programa de inversiones y obras urbanas de los respectivos Consejos Provinciales y Distritales para el adecuado mantenimiento y desarrollo de las ciudades, se dispuso que dichos fondos sean intangibles y que en ningún caso podían destinarse para financiar gastos corrientes ni a otro fin que no sea el de inversiones y obras autorizadas por el citado decreto ley; con tal propósito, dichos fondos de inversión deberían ser depositados en la Corporación Financiera de Desarrollo-Cofide o en el Banco de la



Nación, por ser las únicas dos empresas financieras encargadas de administrar los fondos del Finver en calidad de fiduciario; para ello celebraron un contrato de fiducia, mediante el cual se le entregó a dicha entidad en propiedad los fondos o los bienes, con la finalidad de que los administre de acuerdo con las condiciones aceptadas y que cada año rinda cuenta de los montos o los bienes otorgados, tal como lo dispone el mencionado decreto ley. Así, de la cuenta corriente número 571-0571001306 del Banco de la Nación, que contenía fondos públicos de la recaudación de impuestos de alcabala de la Municipalidad Provincial de Cañete, se transfirieron, vía depósito en cheque, las siguientes sumas: cheque número 31339662-4, del veintiuno de julio de dos mil ocho, por el monto de S/ 993 790.85 (novecientos noventa y tres mil setecientos noventa soles con ochenta y cinco céntimos); cheque número 39898022-7, del once de diciembre de dos mil ocho, por el monto de S/ 2 037 655.07 (dos millones treinta y siete mil seiscientos cincuenta y cinco soles con siete céntimos), y cheque número 43742910-3, del diez de abril de dos mil diez, por el monto de S/ 2 325 000 (dos millones trescientos veinticinco mil soles). Todo ello, más el saldo de S/ 92 032.84 (noventa y dos mil treinta y dos soles con ochenta y cuatro céntimos), da un importe total de S/ 5 448 478.76 (cinco millones cuatrocientos cuarenta y ocho mil cuatrocientos setenta y ocho soles con setenta y seis céntimos), depositados en la cuenta del Finver en el Banco Continental.

## **7.2. Circunstancias concomitantes**

Para apropiarse para sí y para terceros de los fondos públicos e intangibles del Finver, debía mantener la situación irregular, para evitar el cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto Ley número 22831, y solicitó al Banco Continental, mediante Oficio número 029-



2007-AL-MPC, del dieciocho de enero de dos mil siete, el registro de nuevas firmas de titulares y suplentes, entre los que designó a sus coacusados y funcionarios de confianza de la Municipalidad Provincial de Cañete, Manuel Humberto Márquez Vivanco (gerente municipal) y Eduardo Daladier Wanus Gonzales (gerente de Administración y Finanzas), como funcionarios autorizados para el manejo de la citada cuenta corriente; con ello se permitió que los fondos públicos e intangibles del Finver sigan siendo depositados en la cuenta corriente número 0011-0211-0100004604-03 del Banco Continental, para que los referidos funcionarios autorizados utilicen los fondos públicos mediante el giro de cheques por gastos sin sustento documentario a nombre de personas naturales e inclusive a nombre de personas inexistentes por un monto de S/ 4 029 226.09 (cuatro millones veintinueve mil doscientos veintiséis soles con nueve céntimos).

### 7.3. Circunstancias posteriores

Lo consignado *ut supra* permitió y facilitó a los coacusados Manuel Humberto Márquez Vivanco y Eduardo Daladier Wanus Gonzales, girar 163 cheques y disponer de fondos públicos, un total de 160 cheques sin sustento documentario para su cobro, que equivalen al monto de S/ 4 005 226.59 (cuatro millones cinco mil doscientos veintiséis soles con cincuenta y nueve céntimos).

**Octavo.** De conformidad con el auto que declara bien concedido el recurso de casación, este Supremo Tribunal desarrollará, en relación al primer tema propuesto, la autoría y participación en los delitos de infracción del deber funcionariales, en cuanto lo que se cuestiona, básicamente, es que un funcionario público de primer nivel jerárquico no puede ser catalogado como cómplice primario. Seguidamente, en atención al segundo tema propuesto, se debe analizar la figura penal



de la omisión impropia en los delitos de infracción del deber, debido a que la parte accionante ha cuestionado que a un cómplice primario no se le puede atribuir la conducta de omisión impropia, cuando al autor del delito se le imputa un ilícito de infracción del deber bajo una conducta de acción. Adicionalmente, desde la perspectiva procesal penal, se debe analizar la acusación complementaria, dado que en el primer tema propuesto se cuestiona que no se cumplió con los requisitos que exige la norma procesal respectiva para la realización de la acusación complementaria.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

##### **A. Autoría y participación en delitos de infracción del deber funcionariales**

**Noveno.** En la construcción típica de todo delito se establece quién puede ser sujeto activo en la realización de la conducta descrita en el tipo. Así, algunos tipos penales pueden ser cometidos por sujetos que no poseen una condición personal específica (delitos comunes), pues vulneran el deber general de observancia de la norma prohibitiva o imperativa, subyacente al tipo penal. En otros supuestos típicos, para su materialización, se exige una condición o cualidad específica en el realizador del hecho punible (delitos especiales), en que el contenido del injusto se relaciona con el quebrantamiento de un deber jurídico específico institucional. Con base en lo mencionado, desde Claus Roxin se distingue entre delitos de dominio y delitos de infracción del deber<sup>1</sup>.

**Décimo.** En efecto, existen tipos legales que excluyen el dominio para su configuración y se forman a partir de la infracción de un deber especial que corresponde exclusivamente a la órbita del autor –característica

---

<sup>1</sup> Cfr. ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*. Traducción de la 9na ed. Alemana de Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano Gonzáles de Murillo. Ed. Marcial Pons.



intrínseca de los delitos cometidos por los funcionarios y servidores públicos<sup>2</sup>. Este deber dimana de una condición positiva –deber de producir una situación de bienestar– que vincula estrecha y excluyentemente al obligado con la protección del bien jurídico. En los casos de funcionarios o servidores públicos, este deber se encuentra relacionado con el funcionamiento efectivo y eficaz de la administración pública. De esta manera, en este ámbito, se descarta el equivocado y difuso concepto del bien jurídico, que lo relaciona con el “correcto funcionamiento” de la administración pública. La corrección se vincula con la persona de conducta irreprochable<sup>3</sup> –de carácter formal y moral–, pero no con la observancia de los deberes institucionales de la conducta funcional –de carácter material y jurídico–, en la creación de valor público. La ley confiere a los funcionarios y servidores públicos un especial rol social de protección jurídica de los intereses públicos, concretado en la gestión adecuada de los recursos públicos, entendidos en forma amplia –personal, normas, organización, funciones, estructura, tiempo, patrimonio–. Por tanto, no se trata de la protección de un deber moral –de lealtad o buena fe– o del reforzamiento de una relación de sujeción del funcionario o servidor al Estado, sino de la consolidación de deberes jurídicos institucionales. Ergo, el autor de estos delitos no puede ser cualquier persona, sino solo aquel funcionario o servidor público que tiene un estatus funcional especial y mantiene una vinculación exclusiva con el injusto desde la plataforma del deber que ostenta. Y es la infracción de dicho deber lo que lo convierte en autor<sup>4</sup>, de manera acabada y sin que sea admisible la coautoría con otros funcionarios o servidores o particulares, “puesto que el status de los obligados personalísimos no se comparte con otros sujetos, sino que el

<sup>2</sup> Acuerdo Plenario número 2-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once, segundo párrafo del fundamento jurídico noveno.

<sup>3</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>4</sup> Acuerdo Plenario número 3-2016/CJ-116, del doce de junio de dos mil diecisiete, fundamento jurídico octavo.



mismo se constituye siempre individual e inmediatamente respecto de un determinado bien jurídico para su ayuda y fomento”<sup>5</sup>. El nivel jerárquico –propio de las instituciones públicas– en este tipo de delitos no es determinante para ostentar la calidad de autor. Es la vinculación específica del funcionario o servidor público con la función asignada, en el contexto del tipo penal concreto.

**Decimoprimer.** Ahora bien, en los delitos de infracción del deber no basta con poseer la condición de funcionario o servidor público para inferir inmediatamente su condición de autor del delito. A la condición objetiva especial –la de funcionario o servidor público– debe agregarse el vínculo especial. En el delito de peculado, por ejemplo, se exige, además de la condición especial de funcionario o servidor público, el vínculo funcional con el objeto (caudales o efectos) de custodia, percepción o administración. En general, la vinculación funcional del sujeto activo con el bien jurídico se expresa típicamente con los términos “abusando de sus atribuciones”, “valiéndose de su condición de funcionario o servidor público”, “por razón de su cargo” o “de su función”, “violación de sus obligaciones”, o “abuso de su cargo”. El común denominador de todas estas frases típicas es que dejan trasuntar, en el plano normativo, deberes jurídicos que solo pueden ser cumplidos por quienes tienen una vinculación funcional específica. Se trata de deberes de garante, que surgen a partir de las funciones específicas del funcionario o servidor público, en un contexto institucional determinado. La vulneración de este deber le da el título de autor. Aquellos que no tengan esta relación especial con los caudales o efectos, aun cuando sean funcionarios o servidores públicos,

---

<sup>5</sup> SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Madrid: Ed. Marcial Pons, 2002, p. 202.



responderán eventualmente como autores, por un delito común, equivalente o por el mismo delito, como partícipes.

**Decimosegundo.** Por otro lado, en cuanto a los sujetos que sin ostentar la calidad de funcionario o servidor público (*extranei*) participan en la comisión de un delito funcional, al no tener esa calidad especial, responderán como partícipes en la modalidad de inductor o cómplice. Para fundamentar esta perspectiva –en torno a la accesoriedad de la participación– en la jurisprudencia nacional actual se considera dominante y homogénea la tesis de la unidad de título de imputación para resolver la situación del *extraneus*<sup>6</sup>. Esto es así en la medida en que un hecho no puede ser encuadrado completamente bajo dos tipos penales diferentes; y, además, la conducta del *extraneus* no es una conducta autónoma; sino que es dependiente del hecho principal realizado por el autor, que infringió el deber especial.

### **B. La omisión impropia en los delitos de infracción del deber**

**Decimotercero.** La descripción legal del delito expresa dos formas básicas del comportamiento típico: las acciones y las omisiones. El primero, entendido como un deber de actuar en un contexto normativo determinado, y el segundo, como un abstenerse de actuar. En relación con ello, los tipos penales se dividen en dos grandes grupos: tipos cuya realización exige una acción positiva –en sentido natural– y tipos cuya realización tiene lugar por un simple no hacer, por un omitir<sup>7</sup>. Dentro de este último grupo, encontramos a la omisión propia y a la omisión impropia o también llamada comisión por omisión.

<sup>6</sup> Acuerdo Plenario número 2-2011/CJ-116, del seis de diciembre de dos mil once, fundamento jurídico decimoprimer.

<sup>7</sup> COBO DEL ROSAL, M.-VIVES ANTÓN, T. S. *Derecho Penal Parte General*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 1996, pág. 353.



**Decimocuarto.** La omisión propia está referida al desacato de una actividad exigida por ley o, dicho en otros términos, a la infracción de un deber jurídico positivizado<sup>8</sup>. La estructura de todo tipo de omisión pura consta, pues, de los tres elementos siguientes: **a)** la situación típica, **b)** la ausencia de una acción determinada y **c)** la capacidad de realizar esa acción<sup>9</sup>. Los delitos de omisión propia se encuentran expresamente tipificados en el Código Penal, tales como el delito de omisión de socorro y exposición a peligro (artículo 126 del Código Penal), omisión de auxilio o aviso a la autoridad (artículo 127 del Código Penal), omisión de prestación de alimentos (artículo 149 del Código Penal), entre otros. Sin embargo, en cuanto a los delitos de omisión impropia, estos no han sido tipificados específicamente en la parte especial del Código Penal, empero, por exigencias del principio de legalidad, el delito comentado se encuentra regulado en el artículo 13 del Código Penal, modificado por el artículo único de la Ley número 26682, del once de noviembre de mil novecientos noventa y seis (vigente al momento de los hechos), cuyo tenor literal es el siguiente:

El que omita impedir la realización del hecho punible será sancionado:

1. Si tiene el deber jurídico de impedirlo o si crea un peligro inminente que fuera propio para producirlo.
2. Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer.

La pena del omiso podrá ser atenuada.

Se trata ciertamente de una estructura típica, pues en la citada disposición legal se describe objetivamente como: **i)** un comportamiento vinculado a un resultado –omitir la realización de un hecho punible–, **ii)** el deber jurídico de impedirlo o crear una fuente de peligro

<sup>8</sup> Sala Penal Permanente. Sentencia de Casación número 725-2018-Junín, del treinta y uno de julio de dos mil diecinueve, tercer párrafo del fundamento jurídico cuarto.

<sup>9</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. España: Editorial REPERTOR S. L., 1996, p. 303.



idóneo para producirlo –sujeto a la existencia de un deber de garante– y **iii)** la posibilidad de realizar, según un criterio de razonabilidad, un juicio de equivalencia –correspondencia de la omisión con la realización de un tipo penal comisivo–. Desde el plano de la tipicidad subjetiva se trata siempre de una omisión dolosa. La vinculación general de la omisión así descrita con la realización de un tipo penal comisión explica que se le denomine “comisión por omisión” u “omisión impropia”, porque no es una omisión pura, sino que está axiológicamente identificada con la realización de un tipo penal que describe una acción.

**Decimoquinto.** En la omisión impropia, el deber jurídico de evitar un hecho punible o el crear un peligro inminente se encuentra ligado a la posición de garante que recae sobre la persona que omite impedirlo y lo obliga a actuar en la situación concreta, desplegando su poder de control. Por ende, podemos hablar de posición de garante, cuando corresponde al sujeto una específica función de protección del bien jurídico afectado o una función personal de control de una fuente de peligro, en ciertas condiciones<sup>10</sup>. Este deber se puede derivar de una norma extrapenal, sea de naturaleza civil (deberes de los padres respecto a los hijos menores) o administrativa (deberes de los funcionarios con relación al ámbito de sus competencias)<sup>11</sup>. Así, la posición de garante implica: **a)** la creación o aumento, en un momento anterior, de un peligro atribuible a su autor y **b)** que tal peligro determine, en el momento del hecho, una situación de dependencia personal del bien jurídico respecto de su causante<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal Parte General*. España: Editorial REPERTOR S. L., 1996, p. 305.

<sup>11</sup> Sala Penal Permanente, Sentencia de Casación número 725-2018-Junín, del treinta y uno de julio de dos mil diecinueve, cuarto párrafo del fundamento jurídico cuarto.

<sup>12</sup> MIR PUIG, Santiago. *Op. Cit.*, p. 306.



**Decimosexto.** Definidas las cosas, desde una perspectiva axiológica o valorativa, los delitos de infracción del deber de carácter funcional, descritos mediante tipos penales de comisión, pueden en general ser realizados por omisión impropia, en tanto esta equivalga a la producción de un resultado lesivo. El deber especial que sustenta la delimitación del círculo de sujetos activos calificados, en los tipos penales especiales, es el deber de garante, que fundamenta la primera condición en la omisión de impedir la realización del hecho punible. En el caso del tipo penal de peculado doloso por apropiación, el funcionario o servidor público que tiene una vinculación funcional con el objeto del delito es tan responsable si activamente se lo apropia para sí o para tercero, como si permite dolosamente que otro lo haga. En ambos casos, se presentan situaciones equiparables: **a)** la conducta activa de la apropiación directa equivale a la conducta omisiva de la apropiación por otro; **b)** el resultado es el mismo: la apropiación del bien a su cargo; **c)** el funcionario vulnera su deber jurídico funcional: de vigilar, custodiar o controlar los bienes objetos de apropiación, y **d)** la conducta es dolosa, pues el funcionario o servidor público tiene el conocimiento potencial de que se está apropiando o se están apropiando de un bien confiado a su esfera de control y, con ello, está incumpliendo su deber funcional. Ciertamente, desde una perspectiva ontológica, podría decirse que no corresponde asumir, conforme a la naturaleza de las cosas, que el omitir hacer algo para impedir que otro se apropie de un bien público no es lo mismo que apropiarse comisivamente del bien. Pero la equiparación de un contexto omisivo a uno comisivo se sustenta en la tipificación de la omisión impropia dolosa en el artículo 13 del Código Penal. La modalidad culposa de la omisión del peculado –dar ocasión a que se efectúe por otra persona, la sustracción de los caudales o efectos– ha sido expresa y específicamente tipificada en el



artículo 387, párrafo final, del Código Penal, por exigencias del sistema *numerus clausus* para la sanción de la culpa.

### **C. La acusación complementaria en el proceso penal**

**Decimoséptimo.** En el proceso penal, el principio acusatorio constituye una garantía fundamental, que fija parámetros respecto a los roles que han de cumplir los órganos intervinientes en el proceso, propio de un Estado Constitucional de Derecho, siendo una de sus características esenciales la distribución de las funciones de acusación y decisión a órganos completamente autónomos por mandato constitucional. Por ello, nuestra Constitución Política, en el inciso 5 de su artículo 159, atribuye al Ministerio Público la función del ejercicio de la acción penal, en concordancia con el artículo 11 del Decreto Legislativo número 052 (Ley Orgánica del Ministerio Público). Es decir, el Ministerio Público se encuentra premunido de la función persecutoria del delito, que consiste en buscar, analizar y presentar los medios de prueba que acrediten la responsabilidad o inocencia de los imputados, y solicitar la aplicación de la pena pertinente, de ser el caso.

**Decimoctavo.** El derecho a conocer la imputación efectuada por el Ministerio Público es una garantía que se encuentra estipulada en el numeral 1 del artículo II del Título Preliminar del Código Procesal Penal, que señala: “Toda persona tiene derecho [...] a que se le comunique de inmediato y detalladamente la imputación formulada en su contra”. En igual sentido, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el literal a) del numeral 3 del artículo 14, establece que el imputado tiene derecho a ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra este. En la misma línea, se expresa esta garantía en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuando se establece, en el literal



b) del numeral 2 del artículo 8, que la persona inculpada de un delito tiene derecho a la comunicación previa y detallada de la acusación formulada.

**Decimonoveno.** Ahora bien, conocer significa “Tener idea o captar por medio de las facultades intelectuales la naturaleza, cualidades y circunstancias de las personas o las cosas”<sup>13</sup>. Esa captación de la realidad no es la identificación absoluta del sujeto cognoscente con el objeto cognoscible de la dogmática, pero tampoco puede ser la de su negación del escepticismo<sup>14</sup>. El conocimiento exigible para la defensa es el conocimiento racional de la imputación; esto es, la posibilidad racional de aprehender mentalmente los detalles circunstanciados de los datos fácticos y jurídicos (imputación). Quien conozca debe tener la capacidad de captar los aspectos principales de los detalles de modo, tiempo, lugar y medio relacionados con el hecho imputado, así como su calificación jurídica. Solo puede conocer aquél que puede aprehender el objeto de conocimiento. Por tanto, la defensa puede prepararse en función del objeto cognoscible.

**Vigésimo.** La imputación cognoscible es lo que se denomina impropia la imputación necesaria -pues activación de la acción penal necesita de una imputación- o suficiente. En realidad, se trata de la imputación exigible para efectos de poder ejercer la defensa posible frente a la acusación fiscal. Su contenido está determinado por el artículo 349 del Código Procesal Penal, el cual comprende, básicamente: **a)** los datos que sirvan para identificar al imputado; **b)** la relación clara y precisa del hecho que se atribuye al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores; en caso de

<sup>13</sup> Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. 2007.

<sup>14</sup> FERRATER MORA. *Diccionario de Filosofía de Bolsillo*. Tercera edición. Madrid: Alianza Editorial, 2014, p. 152.



contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; **c)** los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio; **d)** la participación que se atribuya al acusado; **e)** la relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran, y **f)** el artículo de la ley penal que tipifique el hecho.

**Vigesimoprimer.** Esta acusación escrita puede sufrir modificaciones, en el curso del juicio oral. En efecto, el fiscal tiene tres alternativas: **a)** durante el juicio oral, introducir un escrito de acusación complementaria para ampliar dicha acusación –ampliación que está sujeta a que se incluya un hecho nuevo o una nueva circunstancia no mencionada en la acusación escrita, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado, de acuerdo con el numeral 2 del artículo 374 del Código Procesal Penal–; **b)** en el paso de alegato oral del periodo decisorio del juicio, formular una acusación oral adecuada, referida al *petitum*; aumento o disminución de la pena o de la reparación civil requerida en la acusación escrita porque advierte un mayor contenido de injusto o culpabilidad por el hecho porque el daño se elevó o disminuyó en atención al material probatorio ejecutado en el acto oral (artículo 387, apartado 2, del Código Procesal Penal), y **c)** en el paso de alegato oral del periodo decisorio del juicio, formular una acusación oral corregida, para subsanar simples errores materiales o para incluir alguna circunstancia genérica no contemplada –que, por cierto, no provoque indefensión y, sin que sea considerada una acusación complementaria, de acuerdo con el artículo 387, apartado 3, del Código Procesal Penal–<sup>15</sup>.

**Vigesimosegundo.** En cuanto a la acusación complementaria, prevista en el numeral 2 del artículo 374 del Código Procesal Penal, se ha de verificar el cumplimiento de que: **a)** se formule en el curso del

---

<sup>15</sup> Sala Penal Permanente. Recurso de Casación número 317-2018-Ica. Numeral 2, del fundamento jurídico cuarto.



juicio oral, entendiéndose que ha de ser hasta antes de la culminación del periodo probatorio; **b)** se debe realizar por escrito, y **c)** se debe incluir un hecho nuevo o una circunstancia no mencionada en la acusación escrita, que modifica la calificación legal o integra un delito continuado. Desde una perspectiva ontológica, el hecho debe ser entendido como un suceso o evento central desprovisto de cualquier elemento accidental (por ejemplo, la muerte como suceso fáctico central). En cuanto que la circunstancia es un elemento accidental o accesorio adosado a la esencia del hecho y que lo modifica o individualiza (tiempo, lugar, modo, medio móvil, finalidad). Pero en ambos casos, aparte de la conexidad con el hecho postulado originario, deben ser nuevos. Luego de ello, de conformidad con el numeral 3 del mencionado artículo, se debe recibir nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio para ofrecer nuevas pruebas o preparar la defensa.

**Vigesimotercero.** La acusación complementaria solo se acepta si no vulnera el principio acusatorio: homogeneidad de bien jurídico vulnerado, y si se cumplen, alternativamente, uno de los dos requisitos antes citados: otro tipo legal o configuración de un delito continuado –u otro hecho que se añada a los fijados como tal–<sup>16</sup>. Los nuevos hechos o circunstancias incorporados, mediante la acusación complementaria, no deben ser ajenos a los que ya han sido materia de imputación (conexidad fáctica). Esto es, deben estar en conexión con la proposición fáctica ya postulada y su evidencia debe resultar del debate probatorio efectuado en el plenario, a fin de no vulnerar el derecho de defensa y el de contradicción.

---

<sup>16</sup> SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal Lecciones*. Lima: Editoriales INPECCP y CENALES, 2015, pág. 411 y 412.



### ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

**Vigesimocuarto.** La casación interpuesta por la defensa técnica del encausado fue bien concedida por las causales contenidas en los incisos 2, 3 y 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal. En relación a las dos primeras causales, se cuestiona la indebida aplicación del artículo 25 del Código Penal, referente al título de participación, cuyo cambio fue realizado por una acusación complementaria que no habría cumplido con lo preceptuado por la norma procesal. En relación con la última causal se señala que en el caso concreto existiría apartamiento de la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema en los Acuerdos Plenarios signados con los números 2-2011/CJ-116 y 3-2016/CJ-116, referida a la determinación de la responsabilidad de funcionarios públicos en los delitos de infracción de deber.

**Vigesimoquinto.** En tal virtud y por una cuestión metodológica, corresponde verificar, si en el presente caso se ha llegado a vulnerar el numeral 2 del artículo 374 del Código Procesal Penal, referido a la acusación complementaria, debido a que, a raíz de dicha acusación, se varió el título de participación del accionante, el cual también es materia de cuestionamiento. Así, en consonancia con lo desarrollado en la presente ejecutoria, para que la acusación complementaria esté acorde con la norma procesal es necesario que: **a)** se formule en el curso del juicio oral, **b)** se realice por escrito y **c)** se incluya un hecho nuevo o una circunstancia no mencionada en la acusación escrita, que modifique la calificación legal o integra un delito continuado. Luego de ello, de conformidad con el numeral 3 del mencionado artículo, se debe recibir nueva declaración del imputado y se informará a las partes que tienen derecho a pedir la suspensión del juicio.



**Vigesimosexto.** Al respecto, de la revisión del cuaderno de debate se aprecia que el representante del Ministerio Público, antes de que finalice la etapa probatoria del juicio oral, mediante escrito ingresado el nueve de mayo de dos mil dieciocho, presentó acusación complementaria (foja 512), por la cual introdujo las siguientes nuevas circunstancias fácticas:

- El acusado Javier Jesús Alvarado Gonzales del Valle, desde el inicio hasta el final de su gestión como alcalde de la Municipalidad Provincial de Cañete (01/01/2007 al 05/04/2010), conoció el manejo de la cuenta corriente número 011-211-000100004604-03, fondo de Inversiones, existente en el Banco Continental, como también la finalidad y distribución del fondo allí depositado.
- Asimismo, por Resolución de Alcaldía número 017-2007-AL-MPC, del ocho de enero de dos mil siete, firmada por el encausado Javier Jesús Alvarado Gonzales del Valle (entonces alcalde de la MPC), designó al acusado Eduardo Daladier Wanus Gonzales, como gerente de Administración, Economía y Finanzas, de la Municipalidad Provincial de Cañete, hasta el veintisiete de marzo de dos mil nueve, donde dejó sin efecto dicha designación mediante Resolución de Alcaldía número 0105-2009-AL-MPC; sin haber puesto al Banco Continental en conocimiento de dicha situación, y así se habría dejado sin efecto la autorización de la firma de dicho exfuncionario y se habría evitado que continuara firmando cheques que tenían como destino apropiarse de los fondos de la cuenta corriente denominada Finver; durante dicho periodo, llegó a firmar la cantidad de ochenta cheques.
- Durante el tiempo que se desempeñó como alcalde, el acusado Javier Jesús Alvarado Gonzales del Valle tenía como asesor del



despacho de Alcaldía, al acusado Aristóteles Antonio Toulter Navarrete, quien sin tener vínculo laboral ni relación contractual con la Municipalidad Provincial de Cañete, cobró durante ese periodo cincuenta y ocho cheques de los fondos intangibles de la cuenta corriente Finver existente en el Banco Continental [sic].

Los hechos descritos anteriormente están relacionados con el objeto de la imputación primigenia postulada por el fiscal. No introducen un evento distinto y paralelo al hecho central, forma parte del desarrollo de la conducta atribuida al recurrente, por lo que el Ministerio Público solicitó la variación del título de participación de coautor a cómplice primario.

**Vigesimoséptimo.** Ahora bien, dicha acusación complementaria fue leída en la audiencia del nueve de mayo de dos mil dieciocho, tal y como se desprende del acta respectiva (foja 527). Culminada dicha lectura y corrido el traslado a las partes, la defensa del citado encausado solicitó la suspensión de la audiencia a fin de un mejor resolver. Es así que el señor juez del Primer Juzgado Penal Unipersonal de Cañete suspendió la audiencia y se fijó fecha para catorce de mayo de dos mil dieciocho (cinco días después).

**Vigesimoctavo.** Llegado el día señalado y reanudada la audiencia, la defensa técnica del accionante y los abogados defensores de los demás encausados absolviéron el traslado respectivo, tal y como se desprende del acta de audiencia respectiva (foja 534); así, se procedió luego con la declaración de los acusados y se dejó constancia de que el citado accionante se negó a declarar, por lo que se procedió a leer su declaración previa. En este contexto, se evidencia que no existe vulneración a los numerales 2 y 3 del artículo 374 del Código Procesal Penal, referidos a la acusación complementaria. Los hechos, reputados



como nuevos, guardan conexión con el sustrato fáctico expuesto en la acusación escrita primigenia. Además, no se recortó el derecho de defensa del encausado, a quien se le otorgó el tiempo estimado por ley para que absuelva el traslado respectivo.

**Vigesimonoveno.** Por otro lado, en cuanto al cuestionamiento del grado de participación, relacionado con la causal 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal, se debe indicar que, de acuerdo con el requerimiento acusatorio y el auto de enjuiciamiento, se imputó al accionante el delito de peculado doloso a título de coautor, en su condición de alcalde de la Municipalidad Provincial de Cañete y presidente del Comité Directivo del Finver. Sin embargo, en atención a la acusación complementaria, se solicitó que se varíe dicho título de imputación, lo que motivó que se le condene como cómplice primario del delito acotado.

**Trigésimo.** En relación al delito de peculado doloso, en el caso concreto, quedó acreditado que, en la fecha de los hechos, el recurrente fue alcalde de la Municipalidad Provincial de Cañete y, además, presidente del Comité Directivo del Finver (Fondo de Inversiones), en cuya condición designó como funcionarios de confianza a sus coencausados, Manuel Humberto Márquez Vivanco y Eduardo Daladier Wanus Gonzales, gerente municipal y gerente de Administración, Economía y Finanzas, respectivamente, para que se hagan cargo de la cuenta del Finver en el Banco Continental. Asimismo, quedó acreditado también que el recurrente cursó oficio al citado banco, comunicándole que los antes mencionados estaban autorizados para manejar la cuenta corriente del Finver de la Municipalidad Provincial de Cañete y, por ello, a firmar cheques. Aunado a lo dicho, quedó acreditado que hubo un desfaldo de S/ 4 005 226.59 (cuatro millones cinco mil doscientos



**CORTE SUPREMA  
DE JUSTICIA  
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE  
CASACIÓN N.º 1749-2018  
CAÑETE**

veintiséis soles con cincuenta y nueve céntimos), producto de la emisión de cheques sin sustento alguno.

**Trigésimo primero.** Por otro lado, también quedó acreditado que el citado recurrente llegó a dar por concluido en el cargo de gerente de Administración a su coencausado Eduardo Daladier Wanus Gonzales. Pese a ello, no puso este hecho en conocimiento del Banco Continental y permitió, dolosamente, que el antes mencionado siga firmando cheques (un total de ochenta cheques) sin justificación, y la consiguiente apropiación de caudales de la cuenta corriente del Finver. Además, se probó que el recurrente tuvo como “asesor” a su coencausado Aristóteles Antonio Toulhier Navarrete, quien sin tener vínculo contractual con la referida Municipalidad, cobró cincuenta y ocho cheques de los fondos del Finver sin justificación alguna. Estas acciones y omisiones realizadas por el encausado, permitieron la apropiación de S/ 4 005 226.59 (cuatro millones cinco mil doscientos veintiséis soles con cincuenta y nueve céntimos).

**Trigésimo segundo.** Por estos hechos probados, el juez de primera instancia lo condenó a título de cómplice primario del delito de peculado doloso, ratificado en sede de instancia. Conforme a lo desarrollado en la presente ejecutoria, el delito de peculado es uno de infracción del deber. Como regla general, en los delitos de infracción del deber solo cabe la autoría; evidenciándose un error inicial en la determinación del título de imputación pero que no tuvo incidencia práctica en la decisión finalmente adoptada. Como se ha señalado, existen delitos, como el peculado doloso, que exigen, además de la condición de funcionario o servidor público, una vinculación positiva con los caudales o efectos, para ser considerado como autor. Además,



como se ha indicado *ut supra* este tipo de delitos admite la omisión impropia.

**Trigésimo tercero.** En el caso concreto, como se ha mencionado, también quedó acreditado que el citado encausado fue presidente del Comité Directivo del Finver, de conformidad con el artículo 11 del Decreto Ley número 22831, ley que crea el Fondo de Inversiones (Finver) de los Consejos Provinciales del país, el cual le otorgaba la calidad ya acotada. Asimismo, el literal e del artículo 12 del mencionado decreto ley señalaba que el presidente tenía como función: vigilar el buen manejo de los recursos y bienes del fondo por el fiduciario. De esta manera, tenía vinculación funcional y un deber jurídico especial o de garante sobre los caudales del Finver. Por tanto, esta condición le daba el título de autor y no de cómplice primario.

**Trigésimo cuarto.** En cuanto a la conducta aportada por el encausado a la comisión de los hechos, teniéndose en cuenta el sustrato fáctico imputado, se evidencia que desplegó conductas de acción y de omisión, las cuales fueron probadas. Ambas conductas, dolosas, respondían a un solo propósito criminal: la apropiación de los caudales del Finver. Por tanto, puede ser condenado por el delito de peculado doloso comisivo.

**Trigésimo quinto.** Así, de lo desarrollado precedentemente, se aprecia que el error incurrido por los órganos de instancia solo radica en la calificación del grado de participación del encausado (condenado a título de cómplice primario), el cual es un tema vinculado a la interpretación y aplicación de normas penales materiales y no a los hechos declarados probados, los cuales permanecen inmodificables. Por tanto, no cabe casar la sentencia en este extremo en virtud de lo dispuesto por el numeral 3 del artículo 432 del Código Procesal Penal, en tanto que este



error no influye en la parte dispositiva de la sentencia recurrida: el imputado es punible a título de autor, no de cómplice primario –la consecuencia jurídica, a mérito del artículo 23 del Código Penal, es la misma–. Por consiguiente, solo cabe corregir ese error.

**Trigésimo sexto.** Finalmente, en cuanto a la causal 5 del artículo 429 del Código Procesal Penal, referida al apartamiento de doctrina jurisprudencial, se debe indicar que esto tiene incidencia en lo desarrollado precedentemente, por lo que no amerita pronunciamiento alguno. En tal virtud, el recurso de casación debe desestimarse.

**Trigésimo séptimo.** Conforme a lo establecido en el inciso 2 del artículo 504 del Código Procesal Penal, corresponde imponer las costas procesales a la parte recurrente, al haberse desestimado su pretensión impugnatoria.

## **DECISIÓN**

Por estos fundamentos, los señores jueces supremos miembros de la Sala Penal Permanente de Corte Suprema de Justicia de la República:

- I. DECLARARON INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el encausado **Javier Jesús Alvarado Gonzales del Valle** contra la sentencia de vista del diez de octubre de dos mil dieciocho (folio 1157), emitida por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Cañete, que confirmó la sentencia de primera instancia del veintiocho de mayo de dos mil dieciocho (folio 612), que lo condenó como cómplice primario del delito contra la administración pública-peculado doloso, en perjuicio de la Municipalidad Provincial de Cañete, a seis años de pena privativa de libertad e inhabilitación para ocupar cargos públicos, conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal, y fijó el pago



solidario de S/ 5 000 000 (cinco millones de soles) por concepto de reparación civil a favor de la parte agraviada; con lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista.

- II. **CORRIGIERON** las sentencias de mérito, en el sentido de que el título de imputación del encausado **Javier Jesús Alvarado Gonzales del Valle** es el de autor, no el de cómplice primario.
- III. **CONDENARON** a la parte recurrente al pago de las costas por desestimación del recurso de casación.
- IV. **DISPUSIERON** que se remitan las actuaciones al Tribunal Superior para que proceda conforme a ley, y se publique la presente sentencia casatoria en la página web del Poder Judicial. Hágase saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

**S. S.**

SAN MARTÍN CASTRO

**FIGUEROA NAVARRO**

CASTAÑEDA ESPINOZA

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

**FN/ulc**