109

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS VILLA STEIN, RODRÍGUEZ TINEO y PARIONA PASTRANA ES COMO SIGUE:

Lima, siete de octubre de dos mil quince

VISTOS: En audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal Del Santa contra el auto superior expedido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, del veintisiete de enero de dos mil catorce, que confirmó la resolución de primera instancia, de fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

ANTECEDENTES:

Primero. El representante del Ministerio Público emitió la Disposición de Formalizar y Continuar la Investigación Preparatoria, del cinco de junio de dos mil trece; contra César Joaquín Álvarez Aguilar, Hugo Armando Rijas Rubio, Carlos Peralta Ruiz, Víctor Francisco Córdova Gonzales y Edmundo Wilbert Cornejo Muñoz por delito contra la Administración Pública-peculado doloso, previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, en agravio del Gobierno Regional de Ancash.

LPDERECHO.PE

Segundo. Frente a ello, mediante escrito de fojas dos del cuaderno de excepción de improcedencia de acción, del nueve de julio de dos mil trece, la defensa del investigado César Joaquín Álvarez Aguilar, dedujo excepción de improcedencia de acción.

Tercero. Mediante auto del nueve de octubre de dos mil trece, de fojas doscientos veinte, se declaró fundada la solicitud del investigado Álvarez Aguilar sobre excepción de improcedencia de acción –por atipicidad relativa–, en la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito de peculado por apropiación, en agravio del Estado.

Cuarto: Apelada esta resolución por la Fiscalía y el Procurador Público, concedida y efectuada la audiencia de apelación el veintiséis de diciembre de dos mil trece, mediante resolución de vista del veintisiete de enero de dos mil catorce, obrante a fojas trescientos setenta y uno, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa confirmó la resolución de primera instancia.

Quinto. El representante del Ministerio Público interpuso recurso de casación contra la resolución de vista –ver fojas cuatrocientos–, que fue concedido por resolución del dieciocho de marzo de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos diecisiete.

Sexto. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha diecisiete de noviembre de dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, conforme al inciso

LPDERECHO.PE

cuatro del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, por la causal de errónea interpretación de la Ley penal, prevista en los incisos uno, cuatro y cinco del artículo cuatrocientos veintinueve del referido Texto legal.

Séptimo. Producida la audiencia de casación, deliberada la causa en secreto y votada el mismo día, corresponde pronunciar la presente sentencia casatoria que se leerá en audiencia pública –con las partes que asistan–, conforme con la concordancia de los artículos cuatrocientos treinta y uno, apartado cuatro, y artículo cuatrocientos veinticinco, inciso cuatro del Código Procesal Penal, el día veinte de octubre de dos mil quince, a horas ocho y treinta de la mañana.

CONSIDERANDOS:

Primero. Conforme a la Ejecutoria Suprema del diecisiete de noviembre de dos mil catorce –calificación de casación–,el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto a: **a)** La llamada "disponibilidad jurídica" o "existencia de una relación funcional de los funcionarios públicos que representan a una institución", pues de acuerdo con el criterio asumido por el órgano judicial de primera instancia, al encausado Álvarez Aguilar, en su condición de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas solo le correspondería una relación funcional "genérica" sobre los recursos económicos de la entidad a su cargo, más bien son los órganos de dirección interna y externa quienes habrían realizado el proceso de elaboración de bases y demás, que generó la sobrevaluación del estudio de pre inversión del perfil del proyecto de adecuación y la

LPDERECHO.PE

ejecución de dicho proyecto, y que, por tanto, estos son los que únicamente tendrían responsabilidad en la administración del Proyecto Especial. **b)** Asimismo, el Colegiado Superior al efectuar el análisis habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público, pues en la formalización de la investigación se consideró a Álvarez Aguilar coautor del delito de peculado por apropiación, sin embargo, en la resolución de vista se consigna lo siguiente: *"(...) el argumento del Ministerio Público (....), en síntesis, viene a ser que el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar en su condición de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Especial Chinecas, tenía el deber de garante a fin de custodiar los caudales de dicha entidad, por lo que, su conducta sería la de haber perpetrado el delito de peculado por omisión impropia, previsto en el artículo trece del Código Penal concordante con el artículo trescientos ochenta y siete del mismo cuerpo de Leyes(...)"*. De ello se advierte que el Colegiado Superior estaría introduciendo en la tipificación del Ministerio Público una situación no postulada por este; en consecuencia, ello podría afectar el derecho de defensa, de tutela judicial efectiva (primera causal alegada) y la motivación congruente de las resoluciones judiciales; así como el posible apartamiento de la doctrina jurisprudencial (tercera causal), por lo que debe ser verificado en el pronunciamiento de fondo.

Segundo. Se imputa que, según los documentos formulados por el Instituto Nacional de Desarrollo (INADE) para el año dos mil siete, se había establecido que el costo para la elaboración del estudio de perfil a nivel pre inversión del proyecto: Adecuación del Proyecto original Chinecas al Esquema Reestructurado" asciende a la suma de ciento dos mil quinientos nuevos soles y el costo de la ejecución del proyecto sería seiscientos sesenta y siete mil ochocientos veintiocho nuevos soles; sin embargo, al haber sido transferido

LPDERECHO.PE

dicho proyecto especial al Gobierno Regional de Ancash, presidido por César Joaquín Álvarez Aguilar, por ese mismo estudio dicha entidad habría pagado la suma de cinco millones doscientos setenta y dos mil novecientos sesenta y un nuevos soles y el costo de su ejecución se habría estimado en la suma de dos mil millones de nuevos soles, hechos que presuntamente habrían sido cometidos por funcionarios del Gobierno Regional.

Tercero. El Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior del Santa fundamenta su decisión en que: i) Uno de los elementos normativos del delito de peculado es la cualidad especifica que debe reunir el sujeto activo del delito, orientado a violar sus deberes de función o cargo –especifico o no generales- y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes queda comprendida en la competencia propia de aquel. ii) El sujeto activo es el único que puede violar un deber especifico del cargo y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel. iii) Sobre esa base, el deber de cuidado imputado al procesado en su calidad de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas constituye una función genérica, en función del bien jurídico tutelado (funcionamiento de la administración pública), en tanto y en cuanto son los estamentos u órganos de dirección interna o externa quienes han realizado el proceso de elaboración de bases y selección de la empresa ganadora del estudio de pre-inversión a nivel de perfil del proyecto adecuación del proyecto original al esquema reestructurado en el caso concreto este proceso estuvo a cargo de OEA. iv) La responsabilidad en la administración de este proyecto especial está a cargo del Director Ejecutivo –función específica-, por tanto

LPDERECHO.PE

el deber de cuidado recae sobre este, por haber estado dentro de su competencia la administración, custodia o vigilancia de los caudales del proyecto especial. v) Si bien se le imputa haber faltado a su deber de garante, esta es una función genérica, no especifica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilancia –directa o funcional- la percepción, custodia o administración de cosas –caudales o efectos-, si se sigue esta interpretación también serian responsables el Ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del proyecto especial a la Región. vi) Es condición *sine qua non* que el bien público esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública. vii) La celebración del contrato lo hizo el Gerente General Hugo Hoyos Rubio, lo que hace inviable el título de imputación contra el procesado, pues opera el principio de confianza.

Cuarto. La Sala Penal de Apelaciones fundamenta su decisión en que: i) De las atribuciones y funciones del Presidente Regional y del Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Especial CHINECAS, se verifica que las atribuciones de fiscalización y supervisión están referidas al normal funcionamiento del Proyecto Especial, únicamente desde una perspectiva administrativa y a fin de poder delimitar su obligación de supervisión de la entidad cuyo consejo directivo preside. Por lo que no existe norma que otorgue el rol de garante de los intereses patrimoniales de la administración pública. ii) Se argumenta que el investigado como Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas tenía el deber de garante de custodiar los caudales de dicha entidad, por

LPDERECHO.PE

lo su conducta es la de peculado por omisión impropia, pero los parámetros normativos del artículo trece del Código Penal deben cumplirse de manera rigurosa para imputar la comisión del ilícito a titulo de omisión impropia, lo que no se da en el caso.

Quinto. Las razones que a criterio de la representante del Ministerio Público justificarían el desarrollo de la doctrina jurisprudencial , que fueron sintetizados en el punto primero son los siguientes: "Si bien la jurisprudencia ha establecido que uno de los elementos constitutivos del delito de peculado es que el sujeto activo del delito no necesariamente tenga una vinculación directa con los caudales o efectos, sino que basta la disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la Ley tiene el funcionario público, considera pertinente que se efectúe un desarrollo jurisprudencial a fin de aclarar la llamada disponibilidad jurídica o existencia de una relación funcional de los funcionarios públicos que representan a una institución, cuyo deber por mandato constitucional y legal, conforme a las Convenciones Internacionales contra la Corrupción, es cautelar los fondos públicos del Estado, por cuanto en la práctica se advierte que algunos Alcaldes para desligarse de la relación funcional apelan a la delegación de funciones con el único propósito de sustraerse de la persecución penal en los delitos de corrupción de funcionarios, cuando en realidad no se desligaron del ejercicio de sus funciones". A lo que este Colegiado agregó la afectación al derecho de defensa, tutela judicial efectiva y motivación congruente de las resoluciones judiciales.

Sexto. En el recurso de casación el protagonista es la ley, no la voluntad de las partes en atención a las funciones de este recurso

LPDERECHO.PE

extraordinario. En el delito de peculado solo puede ser autor el funcionario o servidor público que reúne las características de relación funcional exigidas por el tipo penal, es decir, quien por el cargo tenga bajo su poder o ámbito de vigilancia (directo o funcional) en percepción, custodia o administración las cosas (caudales o efectos)[1].

Séptimo. Con este elemento se alcanza la finalidad de extender el ámbito objetivo del delito a supuestos en que la condición de funcionario o autoridad en relación con el ejercicio de dicho cargo abría la ocasión de distraer los caudales o efectos públicos[2]. En consecuencia, el funcionario o servidor público que sustrae, se apropia o usa de los bienes, sin poseer el citado vínculo funcional con la cosa, no podrá ser igualmente autor de peculado[3].

Octavo. La jurisprudencia de esta Corte Suprema, Recurso de Nulidad número dos mil setecientos ochenta y siete-dos mil doce-lca, de catorce de enero de dos mil catorce, emitida por la Sala Penal Permanente, ya ha señalado que "el objeto del delito de peculado –caudales o efectos– debe estar confiado o en posesión inmediata o mediata del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la Administración Pública. En el caso en concreto, los encausados, si bien tenían cargos funcionales en el hospital estatal, se limitaron a cumplir y dar trámite a la resolución ejecutiva regional que autorizaba el pago de personal y obligaciones. Ello en modo alguno determina la existencia de

---

[1] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición. Grijley, Lima, 2007, pp. 488

[2] CRESPO BARQUERO, Pedro. "Delitos contra la administración pública". En: *Código Penal de 1995 (Comentarios y jurisprudencia)*. Serrano Butragueño, Ignacio (Coordinador). Editorial Comares, Granada, 1999, p. 1719.

[3] ROJAS VARGAS, Fidel. Ob. cit., p. 481.

LPDERECHO.PE

competencia funcional, pues esta no se limita a la existencia de un cargo dentro de una entidad agraviada, sino que bajo dicho cargo, los agentes deben tener poder de vigilancia y control sobre los caudales o bienes pertenecientes al Estado".

Noveno. Sobre esa base es que los jueces de la investigación preparatoria y Sala de Apelaciones, consideraron que el sujeto activo es el único que puede violar un deber específico del cargo y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel. En este caso el deber de cuidado imputado al procesado en su calidad de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas constituye una función genérica. La responsabilidad en la administración de este proyecto especial está a cargo del Director Ejecutivo con función específica.

Décimo. Entonces, al imputársele haber faltado a su deber de garante, es una función genérica, no específica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilancia –directa o funcional- la percepción, custodia o administración de cosas –caudales o efectos-, de lo contrario, también serian responsables el Ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del Proyecto Especial a la Región.

Décimo primero. Lo que es correcto, conforme al principio de legalidad, previsto en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal; porque este elemento restringe la tipicidad de la conducta e imposibilita argumentar por una lectura extensiva, mucho menos por un desbordamiento analógico que rompa los diques de la

LPDERECHO.PE

79
118

razonabilidad abriendo las compuertas a la analogía *in malam partem*[4].

Décimo segundo. No obstante que la impugnación del Ministerio Público ha sido desestimada, el inciso uno del artículo cuatrocientos noventa y nueve del Código Procesal Penal, establece que se encuentran exentos del pago de costas, entre otros miembros de entidades estatales, estos representantes del Estado.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, nuestro voto es por: **I.** Declarar **INFUNDADO** por el motivo casacional de desarrollo de la doctrina jurisprudencial el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal Del Santa contra el auto superior expedido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, del veintisiete de enero de dos mil catorce, que confirmó la resolución de primera instancia, de fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

II. EXONERAR a la representante del Ministerio Público del pago de las costas del recurso, conforme a Ley.

---

[4] ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Ob. cit., p. 482.

10

LPDERECHO.PE

75
119

III. DISPONER que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

V. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VI. MANDAR que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

VILLA STEIN

RODRÍGUEZ TINEO

PARIONA PASTRANA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

10 5 SEP 2016

LPDERECHO.PE

120

EL VOTO DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS NEYRA FLORES Y LOLI BONILLA ES COMO SIGUE:

Lima, siete de octubre de dos mil quince

1. El delito de peculado

Primero. El delito de peculado doloso se encuentra regulado en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal. Requiere para su configuración que el funcionario o servidor público, en su beneficio personal o de un tercero, se apropie o utilice caudales o efectos, cuya percepción, administración o custodia le han sido confiadas en razón del cargo que desempeña al interior de la Administración Pública.

Segundo. Esta norma tiene sustento en la normativa internacional, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de once de diciembre de dos mil tres, suscrita por el Perú, exige en su artículo diecisiete que cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente, la malversación o el peculado, la apropiación indebida u otras formas de desviación por un funcionario público, en beneficio propio o de terceros u otras entidades, de bienes, fondos o títulos públicos o privados o cualquier otra cosa de valor que se hayan confiado al funcionario en virtud de su cargo. En el mismo sentido la Convención Interamericana contra la Corrupción, de veintinueve de marzo de mil novecientos noventa y seis en su artículo XI, determina que a los fines de impulsar el desarrollo y la armonización de las legislaciones nacionales y la consecución de los objetivos de esta Convención, los Estados Partes estiman conveniente y se obligan a considerar la

LPDERECHO.PE

tipificación en sus legislaciones de las siguientes conductas: [...] b. El uso o aprovechamiento indebido en beneficio propio o de un tercero, por parte de un funcionario público o una persona que ejerce funciones públicas de cualquier tipo de bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, a los cuales ha tenido acceso en razón o con ocasión de la función desempeñada.

Tercero. Como lo establece el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis, recogido por la casación número doscientos cuarenta y cuatro-dos mil trece-Arequipa, de once de febrero de dos mil catorce, este tipo penal es uno pluriofensivo, en razón que su bien jurídico protegido se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección jurídico penal: i) Por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública. ii) Por otro, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado a administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionario o servidor público.

Cuarto. Es un delito de infracción de deber, por lo que, quien vulnera este compromiso con el Estado siempre será autor, independientemente de la importancia de su contribución o dominio del hecho[5]. De ahí la importancia de establecer quién es el autor típico, que debe ser un funcionario o servidor público y tener los bienes del Estado confiados en razón de su cargo.

[5] SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de infracción de deber y participación delictiva*. Marcial Pons, Barcelona, 2002, p. 183.

LPDERECHO.PE

2. El elemento de relación funcional en el delito de peculado

Quinto. Este componente "razón de cargo" o vinculación funcional cumple una doble misión: en primer lugar, sirve para restringir o limitar el círculo de autores, circunscribiéndolo solo a aquellos que posean los bienes públicos por razón del cargo, excluyendo de cualquier hipótesis de autoría a los que no gozan de tal relación funcional y; en segundo lugar, esta exigencia constituye un límite que debe de ser advertido por jueces y fiscales, de lo contrario se atentaría al principio de legalidad, en el ámbito del mandato de determinación de las normas punitivas[6].

Sexto. Este elemento ha sido reconocido por el Acuerdo Plenario número uno-dos mil diez/CJ-ciento dieciséis, indicando que implica que el autor ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sorbe bienes públicos; elementos del tipo penal materia del proceso que definen actos mediante los cuales el sujeto activo (funcionario o servidor) entra en posesión lícita de los bienes del patrimonio público y a partir de donde podrá desarrollar las actividades de la función o servicio público que le estén encomendadas[7], es decir, otorga contenido al citado elemento del tipo penal.

Séptimo. El agente posee estos bienes por lo dispuesto legalmente, así ingresan a su competencia, por ello, el bien jurídico será

---

[6] ALCÓCER POVIS, Eduardo. "La autoría y participación en el delito de peculado. Comentarios a partir del caso Montesinos-Bedoya". En: *Actualidad Jurídica*. N° 142, Lima, septiembre de 2005. p. 97.

[7] ROJAS VARGAS, Fidel. "Ubicación dogmática y rol que juega el tercero (para otro) en el delito de peculado doloso: El tema de la vinculación funcional". En: *Derecho Penal. Estudios fundamentales de la parte general y especial*. Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 428.

LPDERECHO.PE

123

afectado cuando el funcionario ataca el patrimonio del Estado infringiendo el deber especifico que tiene para con los bienes que le han sido encomendados, no puede haber una violación de "deberes generales del cargo", es decir, fuera de lo señalado por la Ley o su competencia, que es la esfera de custodia cuya titularidad corresponde al funcionario público, es decir, se trata de un deber que surge de una competencia funcional, si el sujeto activo no es titular de dicha esfera, solo puede haber hurto[8]. Por eso este es un delito de infracción de deber.

Octavo. Como señala Abanto Vásquez esta norma tiene como antecedente el Código Penal argentino de mil novecientos veintiuno[9], cuya doctrina señala, respecto a este elemento, que el funcionario debe tener el manejo y disposición de los bienes para aplicarlos a los fines que están determinados legalmente, aunque no tenga la posesión material de ellos[10]. En esa línea se ha pronunciado Rojas Vargas[11], al señalar que la posesión de estos bienes puede ser directa o indirecta, es decir, estar en contacto con los caudales y efectos o darla por asumida, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional. Para él la relación funcional tiene por contenido: 1) Existencia de competencia por razón del cargo para percibir, administrar o custodiar. 2) Relación de confianza de la administración pública derivada de los roles especiales asumidos institucionalmente por dicho sujeto en virtud de las atribuciones de

LPDERECHO.PE

---

8 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel. *Los delitos contra la administración pública en el Código Penal peruano*. Palestra editores, Lima, 2001, pp. 288, 289 y 291.
9 Ibídem, p. 287.
10 DONNA, Edgardo Alberto. *Derecho penal. Parte especial.* Tomo III, Rubinzal - Culzoni editores, Buenos Aires, p. 267.
11 ROJAS VARGAS, Fidel. *Delitos contra la administración pública*. Cuarta edición. Grijley, Lima, 2007, pp. 484-486.

15

su cargo. 3) Poder de vigilancia y cuidado sobre los caudales o efectos. 4) Deber de garantizar la posición (percepción, administración o custodia) a nombre del Estado.

Noveno. En esa línea, el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis señala que la existencia de una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales y efectos implica un poder de vigilancia y control sobre la cosa, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos. No es necesario que sobre los bienes que se le haya confiado el agente ejerza una tenencia material directa. Es suficiente que el sujeto activo tenga la llamada disponibilidad jurídica, es decir, aquella posibilidad de libre disposición que en virtud de la ley tiene el funcionario o servidor público; debe tener, por tanto, competencia funcional específica, es decir, estar en la Ley.

3. El vínculo funcional del Presidente Regional

Décimo. Las funciones del Presidente Regional (ahora Gobernador Regional) se encuentran en la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley número veintisiete mil ochocientos sesenta y siete, de dieciséis de noviembre de dos mil dos, que señaló en su artículo uno que tiene por objeto establecer y normar la estructura, organización, competencias y funciones de los gobiernos regionales. De acuerdo al artículo once, la Presidencia Regional es el órgano ejecutivo del Gobierno Regional. El artículo veinte de la citada Ley señala que la Presidencia Regional recae en el Presidente Regional, quien es la máxima autoridad de su jurisdicción, representante legal y titular del Pliego Presupuestal del Gobierno Regional. Asimismo, el artículo setenta y dos señala que

LPDERECHO.PE

el Gobierno regional norma y administra sobre sus recursos, bienes y activos conforme a ley.

Décimo primero. De conformidad con el artículo veintiuno de la citada ley, el Presidente Regional tiene como atribuciones, entre otras: a. Dirigir y supervisar la marcha del Gobierno Regional y de sus órganos ejecutivos, administrativos y técnicos. b. Proponer y ejecutar el Presupuesto Participativo Regional aprobado por el Consejo Regional. (...) f. Administrar los bienes y las rentas del Gobierno Regional. g. Dirigir, supervisar, coordinar y administrar las actividades y servicios públicos a cargo del Gobierno Regional a través de sus Gerentes Regionales. (...) j. Suscribir convenios o contratos con la cooperación técnica internacional, con el apoyo del Consejo Nacional de la Descentralización, y de otras entidades públicas y privadas, en el marco de su competencia. k. Celebrar y suscribir, en representación del Gobierno Regional, contratos, convenios y acuerdos relacionados con la ejecución o concesión de obras, proyectos de inversión, prestación de servicios y demás acciones de desarrollo conforme a la Ley de la materia y sólo respecto de aquellos bienes, servicios y/o activos cuya titularidad corresponda al Gobierno Regional. (...) n. Presentar la Memoria y el Informe de los Estados Presupuestarios y Financieros del Gobierno Regional al Consejo Regional. (...) p. Presentar al Consejo Regional: 1) El Plan de Desarrollo Regional Concertado. 2) El Plan Anual y el Presupuesto Participativo Anual. 3) El Programa de Promoción de Inversiones y Exportaciones Regionales. 4) El Programa de Competitividad Regional. 5) El Programa Regional de Desarrollo de Capacidades Humanas. 6) El Programa de Desarrollo Institucional. (...) r. Proponer y celebrar los contratos de las operaciones de crédito interno y externo aprobadas por el Consejo Regional.

LPDERECHO.PE

Décimo segundo. Sobre esa base se advierte que el Presidente Regional tiene deberes con el patrimonio del Estado, en especial administrar los bienes del Gobierno Regional. Este es un elemento del tipo penal que presupone funciones activas de manejo y conducción (gobierno). La administración de los caudales o efectos por parte del sujeto público tiene implícita la vinculación funcional comprendiendo tanto relaciones directas con el caudal, efecto o relaciones mediatas, por las que sin necesidad de entrar en contacto con los bienes puede el funcionario público disponer de ellos en razón a ser el responsable de la unidad administrativa o titular del pliego[12].

Décimo tercero. En ese sentido, no se puede excluir al Presidente Regional de una investigación argumentando que tiene una relación funcional genérica con los bienes del Estado, pues la Ley le ha dado un deber específico: administrar los bienes de la Región, por lo que, en principio, tienen la administración de los recursos de la entidad.

Décimo cuarto. Entonces, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

[12] Ibídem, p. 489.

LPDERECHO.PE

127

4. Análisis del caso concreto

Decimo quinto. La primera y segunda instancia al sustentar su decisión en la existencia de una relación funcional "genérica" han soslayado las normas especiales indicadas en los considerandos décimo quinto y décimo sexto, y lo dispuesto por el Acuerdo Plenario número cuatro-dos mil cinco/CJ-ciento dieciséis y uno-dos mil diez/CJ-ciento dieciséis, en el considerando décimo quinto, pues determinan que tiene que existir un deber específico, es decir, que la percepción, administración o custodia esté en la ley, en consecuencia, se proscribe un deber general de cargo.

Décimo sexto. En ese sentido, el argumento que los órganos de dirección interna y externa habrían realizado el proceso de elaboración de bases y demás, que generó la sobrevaluación del estudio de pre inversión del perfil del proyecto de adecuación y la ejecución de dicho proyecto, y no el recurrente, no puede fundamentar una atipicidad, pues de conformidad con la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, que se ha citado y analizado en los fundamentos décimo quinto y décimo sexto, el Presidente o Gobernador Regional tiene funciones con respecto al patrimonio del Gobierno Regional: administrar, es decir, tienen un deber específico previsto en la Ley, más cuando los citados funcionarios responden al titular del pliego como es el Presidente Regional, al ser este el responsable.

Décimo séptimo. Asimismo, el investigado era Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas, por lo tanto, de acuerdo a su Reglamento de Organizaciones y Funciones este es el máximo órgano de gobierno encargado de establecer las políticas, planes, estrategias, actividades y metas de la institución, tiene por

LPDERECHO.PE

19

128

funciones, entre otras: 13.1. Aprobar el presupuesto, memoria anual, balance general y estados financieros del proyecto especial (...) 13.12. Proponer al Presidente Regional la celebración de contratos y convenios de créditos y de cooperación técnica y financiera nacional e internacional. Además, como Presidente le corresponde: 20.2. Velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo Directivo de las Directivas del Gobierno Regional y aplicación de las políticas de desarrollo regional en lo que le corresponde (...) 20.7. Poner a consideración del Consejo Directivo la Memoria Anual, Balance General, los Estados Financieras, los planes y programas y el presupuesto anual del proyecto especial. Como se advierte, tiene funciones de administración del patrimonio del proyecto, por ende, no se puede decir que no tenga una relación funcional con los bienes.

Décimo octavo. En cuanto a la tipificación de la conducta, los recurrentes, Ministerio Público y Procuraduría, no señalan que se subsuma en una omisiva, sino que el encausado tenía una posición de garante, lo cual es razonable si se atiende que el delito de peculado es uno de infracción de deber, por ende, el funcionario tiene un deber de garantía con el patrimonio del Estado. La Sala Penal equivoca al considerar que era una referencia a la conducta omisiva. Pero de ello no se puede derivar una afectación a derechos, pues no ha variado la calificación jurídica ni los hechos que sustentan la imputación, que en esta etapa de investigación preparatoria recién se está formando y pueden ampliarse o variar, garantizándose imputación necesaria y derecho de defensa. Además, que solo afecta el derecho de defensa y el principio de correlación cuando se varían los hechos imputados y no así la imputación jurídica, de otra forma no sería posible advertir a las

LPDERECHO.PE

129

partes una errónea tipificación, por un defecto en la calificación del fiscal y el juez tendría que resolver a pesar del error, pues él es quien conoce el derecho (iura novit curia). Por último, el supuesto cambio de calificación no es el fundamento por el cual se declara fundada la excepción de improcedencia de acción, sino la supuesta falta de vinculación funcional especifica tratada en líneas anteriores, pues de ser aquel el error será resuelto mediante el traslado al fiscal o una tutela de derechos.

Décimo noveno. No obstante el Juzgado de Investigación Preparatoria señala que la responsabilidad es de otros funcionarios, en los delitos de infracción de deber autor es quien tiene una relación con la administración pública, del cual se genera un compromiso hacia ella, quien lo incumple será autor, como se estableció en el considerando noveno, no importando si tuvo o no dominio del hecho en cualquiera de sus formas (autor directo, coautor, autor mediato), pues lo relevante es que afecte el deber encomendado, por ende, cada funcionario implicado responderá por el compromiso dejado de cumplir. Sobre esa base tampoco podría operar el principio de confianza, pues el Presidente Regional es el último responsable y, en consecuencia, quien debe responder por la obra, debiendo establecer en el proceso si es que desconocía que se cometía un ilícito, o no, pero no en una excepción de improcedencia de acción.

Vigésimo. Para declarar fundada la excepción presente, y para su posterior confirmatoria, los jueces del Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria y de la Sala Penal de Apelaciones, se han basado en argumentos no considerados en la ley, doctrina y jurisprudencia que pudieran sustentar que en ningún caso un

21

LPDERECHO.PE

130

Presidente Regional pudiera ser procesado por delito de peculado, lo que desnaturalizaría su función protectora de bienes jurídicos.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, el voto de los señores Jueces Supremos Neyra Flores y Loli Bonilla es por: **I.** Declarar **FUNDADO** el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por errónea interpretación de la Ley, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal del Santa; en consecuencia **CASAR** el auto superior expedido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, del veintisiete de enero de dos mil catorce, que confirmó la resolución de primera instancia de fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCAR** la resolución de primera instancia fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; y reformándola: declarar **INFUNDADA** la citada

LPDERECHO.PE

22

131

excepción de improcedencia de la acción, por lo que debe continuarse con el trámite de la presente causa, según su estado.

III. DISPONER que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido del fundamento décimo cuarto de la parte considerativa de la presente ejecutoria.

V. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VI. MANDAR que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S. S.

NEYRA FLORES

LOLI BONILLA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

05 SEP 2016

LPDERECHO.PE

23

156

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO HINOSTROZA PARIACHI ES COMO SIGUE:

Lima, veintitrés de setiembre de dos mil dieciséis.-

VISTOS: En audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por la Fiscal Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal Del Santa contra el auto superior expedido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, del veintisiete de enero de dos mil catorce, que confirmó la resolución de primera instancia, de fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

ANTECEDENTES:

PRIMERO. El representante del Ministerio Público emitió la Disposición de Formalizar y Continuar la Investigación Preparatoria, del cinco de junio de dos mil trece, contra César Joaquín Álvarez Aguilar, Hugo Armando Rojas Rubio, Carlos Peralta Ruiz, Víctor Francisco Córdova Gonzáles y Edmundo Wilbert Cornejo Muñoz, por delito contra la Administración Pública-Peculado doloso, previsto en el primer párrafo del artículo trescientos ochenta y siete del Código Penal, en agravio del Gobierno Regional de Ancash.

LPDERECHO.PE

24

157

SEGUNDO. La defensa del investigado César Joaquín Álvarez Aguilar, dedujo la excepción de improcedencia de acción, como medio de defensa, con la finalidad de lograr el archivo definitivo de la investigación fiscal, amparado en el artículo 6°, apartado uno, literal b), cuyo texto señala: *"Las excepciones que pueden deducirse son las siguientes: b) Improcedencia de acción, cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente"*.

TERCERO. El segundo juzgado de investigación preparatoria del Santa, mediante resolución de nueve de octubre de dos mil trece, obrante a fojas doscientos veinte, declaró fundada la excepción de improcedencia de acción –por atipicidad relativa –, ordenando el sobreseimiento de la investigación fiscal. Tanto la Fiscalía como el Procurador Público, interpusieron recurso de apelación contra dicha resolución. La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior del Santa, mediante resolución de vista del veintisiete de enero de dos mil catorce, obrante a fojas trescientos setenta y uno, declaró infundados los recursos de apelación, confirmando la resolución de primera instancia en todos sus extremos.

CUARTO. La Fiscalía Superior interpuso recurso de casación contra la resolución de vista –ver fojas cuatrocientos–; el mismo que fue concedido por resolución del dieciocho de marzo de dos mil catorce, obrante a fojas cuatrocientos diecisiete. Cumplido el trámite de traslado a los sujetos procesales por el plazo de diez días, se emitió la Ejecutoria Suprema de calificación de casación de fecha diecisiete de noviembre de dos mil catorce, que declaró bien concedido el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial, conforme al inciso cuatro

LPDERECHO.PE

25

158

del artículo cuatrocientos veintisiete del Código Procesal Penal, por la causal de errónea interpretación de la Ley penal.

QUINTO. Realizada la audiencia de casación y votada la causa, no hubo mayoría de votos para formar resolución, habiéndose producido discordia; **siendo el voto de los señores Jueces Supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo, y Pariona Pastrana, en el sentido que se declare: I) Infundado el recurso de casación** interpuesto por la Fiscal Superior Especializada en delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal Del Santa contra el auto superior expedido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, del veintisiete de enero de dos mil catorce, que confirmó la resolución de primera instancia, de fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene. **Mientras que el voto de los señores Jueces Supremos Neyra Flores y Loli Bonilla**, es porque de declare: **I) FUNDADO** el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por errónea interpretación de la Ley, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal del Santa; en consecuencia **CASAR** el auto superior expedido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, del veintisiete de enero de dos mil catorce, que confirmó la resolución de primera instancia de fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le

LPDERECHO.PE

159

sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene. **II)** Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: Revocar la resolución de primera instancia fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; y reformándola: declarar Infundada la citada excepción de improcedencia de la acción, por lo que debe continuarse con el trámite de la presente causa, según su estado. **III)** Disponer que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes. **IV)** Establecer como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido del fundamento décimo cuarto de la parte considerativa de la presente ejecutoria. **V)** Ordenar se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano". **VI)** Mandar que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

SEXTO. Que, existiendo tres votos porque se declare infundado el recurso de casación y dos votos porque se declare fundado; entonces, se ha producido discordia y en consecuencia se ha procedido a llamar al Juez Supremo que suscribe para dirimirla, por lo que pasamos a emitir el siguiente voto.

LPDERECHO.PE

160

FUNDAMENTOS:

PRIMERO. Conforme a la Ejecutoria Suprema del diecisiete de noviembre de dos mil catorce –calificación de casación–, el motivo de casación admitido está referido al desarrollo de la doctrina jurisprudencial respecto: **a)** La llamada "disponibilidad jurídica" o "existencia de una relación funcional de los funcionarios públicos que representan a una institución", pues de acuerdo con el criterio asumido por el órgano judicial de primera instancia, al encausado Álvarez Aguilar, en su condición de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas, solo le correspondería una relación funcional "genérica" sobre los recursos económicos de la entidad a su cargo, más bien son los órganos de dirección interna y externa quienes habrían realizado el proceso de elaboración de bases y demás, que generó la sobrevaluación del estudio de pre-inversión del perfil del proyecto de adecuación y la ejecución de dicho proyecto, y que, por tanto, estos son los que únicamente tendrían responsabilidad en la administración del Proyecto Especial. **b)** Asimismo, el Colegiado Superior al efectuar el análisis habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público, pues en la formalización de la investigación se consideró a Álvarez Aguilar coautor del delito de peculado por apropiación, sin embargo, en la resolución de vista se consigna lo siguiente: *"(...) el argumento del Ministerio Público (...), en síntesis, viene a ser que el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar en su condición de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Especial Chinecas, tenía el deber de garante a fin de custodiar los caudales de dicha entidad, por lo que, su conducta sería la de haber perpetrado el delito de peculado por omisión impropia, previsto en el artículo trece del Código Penal concordante con el artículo trescientos ochenta y siete del mismo cuerpo de Leyes(...)"*. De ello se advierte que el Colegiado Superior estaría

LPDERECHO.PE

161

introduciendo en la tipificación del Ministerio Público una situación no postulada por éste.

SEGUNDO. El Segundo Juzgado Penal de Investigación Preparatoria de la Corte Superior del Santa al declarar fundada la excepción de improcedencia de acción, señala como fundamentos que: i) Uno de los elementos normativos del delito de peculado es la cualidad específica que debe reunir el sujeto activo del delito, orientado a violar sus deberes de función o cargo –especifico o no generales- y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes queda comprendida en la competencia propia de aquel. ii) El sujeto activo es el único que puede violar un deber especifico del cargo y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes quede comprendida en la competencia propia de aquel. iii) Sobre esa base, el deber de cuidado imputado al procesado en su calidad de Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas, constituye una función genérica, en función del bien jurídico tutelado (funcionamiento de la administración pública), en tanto y en cuanto son los estamentos u órganos de dirección interna o externa quienes han realizado el proceso de elaboración de bases y selección de la empresa ganadora del estudio de pre-inversión, a nivel de perfil del proyecto de adecuación del proyecto original, al esquema reestructurado; en el caso concreto este proceso estuvo a cargo de la OEA. iv) La responsabilidad en la administración de este proyecto especial está a cargo del Director Ejecutivo –función específica-, por tanto el deber de cuidado recae sobre éste, por haber estado dentro de su competencia la administración, custodia o vigilancia de los caudales del proyecto especial. v) Si bien se le imputa haber faltado a su deber de garante, esta es una función genérica, no específica, por no tener bajo su poder o ámbito de vigilancia –directa o funcional- la percepción, custodia o

LPDERECHO.PE

19

162

administración de cosas –caudales o efectos-; señala que si se sigue esta interpretación también serian responsables el Ministro del ramo y el Presidente de la República al autorizar la transferencia del proyecto especial a la Región. vi) Es condición *sine qua non* que el bien público esté en posesión del agente en virtud de los deberes o atribuciones del cargo. Estas atribuciones o competencias aparecen determinadas o establecidas en forma previa por la ley o normas jurídicas de menor jerarquía como reglamentos o directivas de la institución pública. vii) La celebración del contrato lo hizo el Gerente General Hugo Hoyos Rubio, lo que hace inviable el título de imputación contra el procesado, pues opera el principio de confianza.

TERCERO. La Sala Penal de Apelaciones al confirmar la resolución del juzgado, sostiene entre sus fundamentos que: i) De las atribuciones y funciones del Presidente Regional y del Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Especial CHINECAS, se verifica que las atribuciones de fiscalización y supervisión están referidas al normal funcionamiento del Proyecto Especial, únicamente desde una perspectiva administrativa; a fin de poder delimitar su obligación de supervisión de la entidad cuyo consejo directivo preside. Por lo que, no existe norma que otorgue el rol de garante de los intereses patrimoniales de la administración pública. ii) Se argumenta que el investigado como Presidente Regional y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas tenía el deber de garante de custodiar los caudales de dicha entidad, por lo que su conducta es la de peculado por omisión impropia, pero los parámetros normativos del artículo trece del Código Penal deben cumplirse de manera rigurosa para imputar la comisión del ilícito a titulo de omisión impropia, lo que no se da en el caso.

LPDERECHO.PE

163

CUARTO. Que, apreciando ambas resoluciones, el señor juez supremo que suscribe observa, que tanto el Juzgado de Investigación preparatoria como la Sala Penal de Apelaciones, no se han limitado a realizar el juicio de tipicidad de la conducta imputada por el Ministerio Público al investigado Álvarez Aguilar. En efecto, dichas resoluciones en la práctica se han pronunciado sobre el fondo de la imputación, a pesar de que la investigación preparatoria no ha culminado.

QUINTO. A criterio del señor Juez supremo dirimente, una excepción de improcedencia de acción procede cuando el hecho imputado por el Ministerio Público, no se adecúa al tipo penal materia de incriminación; ya sea porque no se identifica con todos los elementos descriptivos y normativos del tipo penal o con parte de ellos.

SEXTO. Asimismo, con la excepción de improcedencia de acción se pretende demostrar al órgano jurisdiccional que el representante del Ministerio Público ha formalizado investigación preparatoria por un hecho atípico; es decir, por un hecho que no está descrito en ningún tipo penal del Código Penal o leyes penales especiales (atipicidad absoluta); o que los hechos imputados no se adecúan o no calzan con los elementos descriptivos o normativos del tipo penal correspondiente (atipicidad relativa).

SEPTIMO. En el caso de autos, el Ministerio Público formalizó investigación preparatoria contra el imputado Álvarez Aguilar, imputándole el delito de Peculado previsto y penado en el artículo 387°, primer párrafo, del Código Penal, cuyo texto señala: " *El funcionario o servidor público que se apropia o utiliza, en cualquier forma, para sí o para otro, caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le estén confiados por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad...*"

OCTAVO. Del texto de la disposición fiscal de formalización de investigación preparatoria, se aprecia que los hechos imputados se

LPDERECHO.PE

164

adecúan a los elementos descriptivos y normativos del tipo penal antes mencionado; es decir, los hechos son típicos y no atípicos conforme lo señalan los órganos jurisdiccionales de primera y segunda instancia.

NOVENO. Cabe mencionar que en una excepción de improcedencia de acción solo se realiza un juicio de tipicidad, cotejando los hechos imputados con la descripción típica del tipo penal; pero nunca se puede realizar una calificación o valoración sobre la existencia o prueba de alguno de los elementos descriptivos o normativos del tipo penal, por cuanto para ello precisamente existe la investigación preparatoria.

DECIMO. No obstante ello, tanto el Juzgado de Investigación Preparatoria como la Sala Penal de Apelaciones, al declarar fundada la excepción de improcedencia de acción, han valorado hechos y pruebas para concluir que el imputado no puede ser sujeto activo del delito de Peculado, a pesar de que es funcionario público (Presidente del Gobierno Regional de Ancash y Presidente del Consejo Directivo del Proyecto Chinecas), bajo el argumento de que no tenía relación funcional con los bienes del Gobierno Regional de Ancash; por lo que se ha desnaturalizado la esencia de un medio de defensa contra la acción penal, como es la excepción de improcedencia de acción..

DECIMO PRIMERO. Se corrobora lo afirmado anteriormente cuando se aprecia de las dos sentencias de instancia que los jueces señalan que el imputado no tenía a su cargo los caudales del Gobierno Regional y que no ha infringido ningún deber, como tampoco ha incurrido en la figura de la omisión impropia, es decir, no tenía la obligación de evitar el resultado porque no tenía la posición de garante (artículo 13° del Código Penal); sin embargo, estos elementos deben ser materia de valoración en la etapa procesal correspondiente, ya sea en un requerimiento de sobreseimiento, una acusación fiscal, un auto de

LPDERECHO.PE

32

105

sobreseimiento o finalmente en la sentencia que ponga fin a la instancia.

DECIMO SEGUNDO. Siendo ello así, el señor juez supremo que suscribe considera que se debe continuar con la investigación fiscal a fin de reunir todos los elementos de prueba sobre la presunta comisión del delito de peculado y en su oportunidad se calificará si en efecto se ha probado o no dicho delito; sin embargo, no resulta prudente archivar definitivamente la investigación, cuando no se ha agotado la misma, existiendo dentro del proceso otros controles para velar por el principio de legalidad, que tiene íntima vinculación con la excepción de improcedencia de acción ya mencionada.

DÉCIMO TERCERO. En este sentido, concordando con el voto en minoría, el hecho de ser Presidente o Gobernador Regional no significa necesariamente la atipicidad de la conducta; por cuanto la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal se verá en el desarrollo del proceso, constituyendo un análisis sobre el fondo del asunto, que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

DECISIÓN:

Por estos fundamentos, adhiriéndome al voto de los señores Jueces Supremos Neyra Flores y Loli Bonilla, **MI VOTO** es porque se declare:

I. FUNDADO el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por errónea interpretación de la Ley (artículo 6, apartado uno, literal b) del Código Procesal Penal), interpuesto tanto por el representante del Ministerio Público así como por la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal

LPDERECHO.PE

del Santa; en consecuencia **CASARON** el auto superior expedido por la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia Del Santa, del veintisiete de enero de dos mil catorce, que confirmó la resolución de primera instancia de fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCARON** la resolución de primera instancia fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la Administración Pública-peculado por apropiación, en agravio del Estado; y reformándola: **DECLARARON INFUNDADA** la citada excepción de improcedencia de la acción, por lo que debe continuarse con el trámite de la presente causa, según su estado.

III. DISPONER que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaria de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. ESTABLECER como doctrina jurisprudencial vinculante el sentido del fundamento décimo tercero del presente voto, que concuerda con el fundamento décimo cuarto del voto de los señores jueces supremos Neyra Flores y Loli Bonilla.

LPDERECHO.PE

V. **ORDENAR** se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial "El Peruano".

VI. **MANDAR** que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.

HINOSTROZA PARIACHI

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

27 SEP 2016

LPDERECHO.PE

EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO PRÍNCIPE TRUJILLO ES COMO SIGUE:

Lima, dos de noviembre de dos mil dieciséis

VISTO: en audiencia pública, el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público (Fiscal Superior Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal del Santa), contra el auto superior expedido por la Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia del Santa; que confirmó la resolución de primera instancia, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el procesado CÉSAR JOAQUÍN ÁLVAREZ AGUILAR; dentro del proceso seguido en su contra por la comisión del delito contra la administración pública-peculado (por apropiación), en perjuicio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

ANTECEDENTES

Primero. Mediante disposición del cinco de junio del año dos mil trece, el titular de la acción penal formalizó la investigación preparatoria contra los procesados CÉSAR JOAQUÍN ÁLVAREZ AGUILAR, Hugo Armando Rojas Rubio, Carlos Peralta Ruiz, Víctor Francisco Córdova Gonzales y Edmundo Wílbert Cornejo Muñoz, por la comisión del delito contra la administración pública-peculado, en perjuicio del Estado-Gobierno Regional de Áncash (primer párrafo, del artículo 387, del Código Penal).

Segundo. Con el escrito de fecha nueve de julio de dos mil trece (véase a fojas dos) y subsanación de fecha diecinueve de julio de dos mil trece (véase a fojas ciento cuarenta y cinco), la defensa del procesado ÁLVAREZ

LPDERECHO.PE

AGUILAR dedujo excepción de improcedencia de la acción por atipicidad relativa del hecho investigado en su contra.

Tercero. Dicho pedido fue concedido y resuelto por el Segundo Juzgado de Investigación Preparatoria, de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante resolución del nueve de octubre de dos mil trece (véase a fojas doscientos veinte), que declaró fundado el requerimiento solicitado por la defensa del procesado y dispuso el sobreseimiento de la investigación en dicho extremo.

Cuarto. Contra dicha decisión judicial, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación con fecha catorce de octubre de dos mil trece (véase a fojas doscientos cuarenta y tres); de igual forma que el representante de la Procuraduría Pública Anticorrupción (véase a fojas doscientos sesenta y seis); los cuales fueron concedidos y resueltos por la Sala Penal de Apelaciones, de la Corte Superior de Justicia del Santa, mediante resolución del veintisiete de enero de dos mil catorce (véase a fojas trescientos setenta y uno), con la que se confirmó la elevada en grado.

Quinto. Fue así que el titular de la acción penal interpuso recurso de casación (véase a fojas cuatrocientos), el cual fue concedido y calificado por esta Sala Suprema, mediante ejecutoria del diecisiete de noviembre de dos mil catorce (véase a fojas cuarenta y cinco del cuaderno de casación formado ante esta instancia suprema).

Sexto. Con el pronunciamiento del Fiscal Supremo en lo Penal (véase a fojas ochenta y seis) y luego de producida la audiencia de casación respectiva, se llevó a cabo la votación del caso de autos y se produjo discordia en el pronunciamiento de los magistrados integrantes de la

LPDERECHO.PE

Sala Penal Permanente de esta Corte Suprema. Así, los señores jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana opinan que se declare infundada la casación planteada, mientras que los señores jueces supremos Neyra Flores y Loli Bonilla opinan lo contrario.

Séptimo. En mérito a ello, se convocó al juez supremo Hinostroza Pariachi, quien luego de la audiencia respectiva emitió su voto en adherencia al de los jueces supremos Neyra Flores y Loli Bonilla, por lo que continuó la discordia y se procedió a convocar al suscrito como vocal dirimente final.

CONSIDERANDOS

§ Hechos imputados

Octavo. Según los documentos formulados por el Instituto Nacional de Desarrollo (INADE), se estableció para el año dos mil siete, que el costo para la elaboración del "Estudio de perfil a nivel de preinversión del proyecto Adecuación del Proyecto Original Chinecas al Esquema Reestructurado" ascendía a la suma de ciento dos mil quinientos soles, mientras que el costo de la ejecución de la misma sería de seiscientos sesenta y siete millones ochocientos veintiocho mil soles; sin embargo, luego de la transferencia de dicho proyecto al Gobierno Regional de Áncash (presidido por el procesado), se pagó por el mismo estudio la suma de cinco millones doscientos mil soles y se estableció como costo final de ejecución de la obra el monto de dos mil millones de soles.

LPDERECHO.PE

38

Noveno. Cabe señalar que la documentación (antecedentes) de los precios originales del proyecto fue remitida al procesado en su calidad de presidente del Gobierno Regional; sin embargo, esta no fue tomada en cuenta y se estableció como valor referencial la suma de cinco millones doscientos setenta y dos mil novecientos sesenta y un soles con cuarenta céntimos, y luego de llevado a cabo el proceso de selección, a cargo de la Organización de Estados Iberoamericanos para la Educación, Ciencia y Cultura - OEI (con la documentación remitida por el Gobierno Regional) se pagó la suma de cinco millones ciento ochenta y siete mil ciento veintisiete soles con noventa y seis céntimos a la empresa Servicios de Ingeniería S. A. (SISA), que también estableció como costo estimado para la ejecución de la obra la suma de dos mil millones de soles.

Décimo. En ese sentido, se imputa a CÉSAR JOAQUÍN ÁLVAREZ AGUILAR (presidente regional), Hugo Armando Rojas Rubio (gerente general) y Carlos Enrique Peralta Ruiz (gerentes de estudios y medio ambiente), ser coautores del delito de peculado, pues habrían acordado previamente apropiarse de la diferencia del valor final pagado (cinco millones ciento ochenta y siete mil ciento veintisiete soles con noventa y seis céntimos) para el estudio del proyecto, con el que fue originalmente establecido y transferido al gobierno regional (ciento dos mil quinientos soles).

§ Fundamentos del Juzgado de Investigación Preparatoria sobre la improcedencia de la acción solicitada por la defensa del procesado

Décimo primero. El juez de garantías señaló que uno de los elementos normativos del delito de peculado es la cualidad específica del sujeto activo, quien no solo debe ser funcionario o servidor público, sino que su

LPDERECHO.PE

actuación debe estar orientada a velar por sus deberes de función o del cargo específico y únicamente puede darse cuando la entrega de los bienes queda comprendida en su propia competencia o esfera de protección. En ese sentido: **i)** El sujeto activo con la cualidad específica es el único que puede violar su deber especial del cargo. **ii)** El procesado ÁLVAREZ AGUILAR solo tenía funciones genéricas con relación al bien jurídico tutelado, pues son otros funcionarios o servidores los encargados directos y específicos que tienen un nivel de vinculación funcionarial con los bienes a proteger. **iii)** A pesar de que se le imputó faltar a su deber de garante, su posición no le confiere específicos deberes sobre los bienes tutelados, debido a que fueron otros funcionarios los que participaron directamente, por lo que también corresponde tomar en cuenta los alcances del principio de confianza.

§ Fundamentos de la Sala de Apelaciones para confirmar la decisión de improcedencia de la acción recurrida

Décimo segundo. La Sala Superior del Santa precisó que las funciones atribuidas al procesado, que se encuentran referidas a la fiscalización y supervisión, están relacionadas con el normal funcionamiento del Proyecto Especial Chinecas, pero únicamente desde una perspectiva administrativa. Por lo que: **i)** No existe norma que le otorgue rol de garante de los intereses patrimoniales de la administración pública. **ii)** Si se le atribuyera dicha posición de garante sobre los bienes de la entidad, ello enmarcaría su accionar dentro de la omisión impropia, lo que no se da en este caso, pues el delito de peculado, al ser un tipo de infracción del deber, no admite su configuración por omisión impropia y, además, sus requisitos tampoco se cumplen.

LPDERECHO.PE

125

§ Fundamentos del auto de calificación del recurso de casación

Décimo tercero. Conforme se aprecia a fojas sesenta, y sesenta y uno del cuaderno de casación formado ante esta Suprema Instancia se tiene que: "[...] resulta necesario emitir un pronunciamiento que desarrolle aspectos aplicativos sobre la llamada "disponibilidad jurídica" o "existencia de una relación funcional de los funcionarios públicos" que representan a una institución. [...] En tal razón, a efectos de poder establecer mayores elementos que clarifiquen este tema, debe declararse bien concedido el recurso de casación para desarrollo de la doctrina jurisprudencial [...]". Del mismo modo: "[...] cabe precisar que el Colegiado Superior, al efectuar el análisis en este caso concreto, habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público [...]. Que de ello se advierte, que el Colegiado Superior estaría introduciendo en la tipificación del Ministerio Público una situación no postulada por este; en consecuencia, ello podría afectar el derecho de defensa, de tutela judicial efectiva y la motivación congruente de las resoluciones judiciales, así como el posible apartamiento de la doctrina jurisprudencial, por lo que ello debe ser verificado en el pronunciamiento de fondo".

§ Fundamentos del voto de los señores jueces supremos Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana

Décimo cuarto. Dichos señores jueces supremos refieren que, conforme con la posición adoptada en el Recurso de Nulidad N.° 2780-2012, del catorce de enero de dos mil catorce, se tiene establecido que el objeto del delito de peculado (caudales y efectos) debe estar confiado o en posesión del sujeto activo en razón del cargo que tiene asignado al interior de la administración pública. Así, la responsabilidad en la administración del proyecto especial materia del caso está a cargo del Director Ejecutivo que tiene funciones específicas. Por ello, no puede ampliarse la imputación contra el procesado ÁLVAREZ AGUILAR, pues su

LPDERECHO.PE

91

deber corresponde a una función genérica, ya que no tiene bajo su poder o vigilancia (directa o funcional) la percepción, custodia o administración de los bienes del gobierno regional o del proyecto especial (de no ser así, se abriría la posibilidad de incluir al ministro del sector y hasta al presidente de la república, quienes firmaron los documentos de la transferencia del proyecto especial).

§ Fundamentos del voto de los señores jueces supremos Neyra Flores y Loli Bonilla

Décimo quinto. El voto discordante señala que conforme con el Acuerdo Plenario N.° 04-2005 se debe recordar que este tipo penal es pluriofensivo, puesto que el bien jurídico protegido se desdobla en dos objetos específicos merecedores de protección penal; por un lado, garantizar el principio de no lesividad de los intereses patrimoniales de la administración pública; y, por el otro, evitar el abuso de poder de quien se halla facultado para administrar con lealtad y probidad el dinero del Estado que le es confiado en función a su calidad de funcionarios o servidor público. Asimismo, el Acuerdo Plenario N.° 01-2010 refiere que la relación funcional implica que el autor ejerza o pueda ejercer actos de administración, percepción o custodia sobre bienes públicos; actos mediante los cuales el sujeto activo entra en posesión lícita de los bienes del patrimonio estatal. Para mayor información se cita como doctrina autorizada a Fidel Rojas Vargas, quien precisó que la posesión de estos bienes puede ser directa o indirecta, bastando solamente la facultad de disposición jurídica o disposición funcional.

LPDERECHO.PE

Décimo sexto. En tal sentido, las funciones del procesado como presidente del Gobierno Regional y presidente del Proyecto Especial Chinecas sí lo colocan en la posición de garantizar la correcta administración de los bienes estatales, pues la atipicidad de su conducta, la acreditación de la presencia o no de los elementos del tipo penal, se verá recién en el desarrollo del proceso, lo que constituye un análisis sobre el fondo del asunto que no corresponde a una excepción de improcedencia de acción.

§ Fundamentos del voto del señor juez supremo Hinostroza Pariachi

Décimo séptimo. El inicial magistrado dirimente señaló que en una excepción de improcedencia de la acción solo se verifica el juicio de tipicidad, mas no se debe realizar la evaluación de la calificación o valoración sobre la existencia de prueba de alguno de los elementos descriptivos o normativos del tipo, pues ello corresponde verse en el propio proceso. Así, el Juzgado y la Sala Superior valoraron hechos y pruebas para concluir por la no calidad de sujeto activo del procesado, lo que desnaturalizó la excepción planteada.

Décimo octavo. También debe recordarse que la valoración de la infracción del deber o la omisión impropia derivada de su posición de garante debería ser materia de conocimiento en la etapa procesal correspondiente; por ello, se debe continuar con las diligencias correspondientes, a fin de recabar todos los medios que determinen si se probó o no el delito instruido.

LPDERECHO.PE

FUNDAMENTOS

Décimo noveno. Conforme con el literal b), del numeral uno, del artículo seis, del Código Procesal Penal, se tiene que la excepción de improcedencia de acción procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente. Por ello, este medio de defensa técnico comprende dos supuestos; el primero relacionado con todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación, o de la concurrencia de una causa de justificación; y un segundo supuesto que hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causal personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

Vigésimo. Así, respecto a que el hecho denunciado no constituye delito, se comprende dos extremos: **i)** Que la conducta no esté prevista como delito en el ordenamiento vigente (atipicidad absoluta). **ii)** El hecho descrito no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la investigación, pues la conducta adolece de algún elemento allí exigido (atipicidad relativa por falta de adecuación indirecta). Por ello, el examen que deberá efectuar el juzgado frente a la formulación de este medio de defensa será siempre y exclusivamente un juicio jurídico de tipicidad, esto es, de compatibilidad entre un hecho planteado y el supuesto normativo de prohibición del contenido en la ley penal.

Vigésimo primero. Luego de haber establecido los criterios básicos sobre los que se encuentra delimitada la excepción de improcedencia de la acción, se tiene que el Juzgado de Investigación Preparatoria solo debió tomar el marco de imputación planteado por el titular de la

LPDERECHO.PE

44

acción penal y contrastarla con el tipo penal denunciado en autos; es decir, con el de peculado. De ello se tiene que la imputación contra el procesado ÁLVAREZ AGUILAR gira en torno a la apropiación de caudales del Estado, en su condición de funcionario de máxima jerarquía del Gobierno Regional de Áncash y como presidente del Proyecto Especial Chinecas, en su participación en dicho proyecto; por lo que el juicio de tipicidad se realizó exclusivamente sobre el elemento típico objetivo del sujeto activo de la acción delictiva.

Vigésimo segundo. No obstante, dicho juicio de tipicidad no resulta, para el caso de autos, de automática ecuación, pues a diferencia de los delitos comunes que tienen conductas desarrolladas por cualquier sujeto activo (homicidio, robo, violación, etc.), en el delito investigado, el sujeto activo debe tener una calidad especial (sujeto cualificado) que lo diferencie del resto de personas, lo que se traduce en ser funcionario o servidor público; adicionalmente, el tipo penal también precisa como un elemento determinante que debe reunir el sujeto activo, que este actúe respecto de los bienes protegidos "por razón de su cargo". Esto quiere decir que no cualquier funcionario o servidor público puede ser imputado por el delito de peculado, pues se debe requerir una especial atribución respecto de los bienes que se habría apropiado (vinculación especial).

Vigésimo tercero. Así, la cuestión fundamental al momento de imputar a un funcionario o servidor público la comisión del delito de peculado es demostrar si este cuenta o no con atribuciones específicas respecto a los bienes que se le atribuyen apropiados. Esto puede ocasionar dos situaciones: **a)** Cuando la verificación de tales atribuciones específicas resulten obvias o evidentes al juzgador (del contenido de la imputación hecha

LPDERECHO.PE

180

en su contra) y no dependa de un mayor análisis en su interpretación. **b)** Cuando la verificación de las atribuciones especiales no puede ser corroborada con la sola subsunción típica y requiere de un análisis preliminar sobre la base de elementos de prueba. Y resulta la última de estas situaciones la que se ha producido en el presente caso.

Vigésimo cuarto. Al respecto, se debe recordar lo señalado por el profesor y magistrado César San Martín Castro, quien a pesar de afirmar que "[...] resulta viable la procedencia de la excepción de naturaleza[1] de acción en los supuestos delitos de sujetos determinados, en que el sujeto activo del delito solo puede ser una determinada categoría de personas", también precisó cuidadosamente que "[...] solo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito –y los demás supuestos ya abordados– surge con toda evidencia de los términos de la imputación [...]. La Corte Suprema ha establecido que la atipicidad [...] y la no punibilidad deben surgir con toda evidencia: a) de los términos de la denuncia; b) de lo actuado; o c) cuando de los hechos denunciados aparece que no hay nada que pueda ventilarse en la vía penal"; más aún si se considera que "[...] si se ampara la excepción de naturaleza de acción [...] la resolución correspondiente genera los efectos de cosa juzgada material. El juez ha decidido sobre el fondo del asunto y ya no será posible subsanar defecto alguno y proseguir o intentar un nuevo proceso penal" [2].

Vigésimo quinto. Así, la defensa del procesado ÁLVAREZ AGUILAR refiere que no cuenta con facultades especiales para ser responsable del patrimonio del Gobierno Regional de Áncash por la obra del Proyecto Especial Chinecas; por lo que resultaría de automática aplicación su exclusión como sujeto activo de la acción típica. Sin embargo, como se

1 Cabe precisar que el Código de Procedimientos Penales se refería a la presente excepción como de naturaleza de acción, mientras que el Código Procesal Penal (Decreto Legislativo N.° 957), lo consignaba como de improcedencia de acción.

2 César San Martín Castro. *Derecho Procesal Penal*. Tercera edición. Lima: Grijley, 2014, PP. 345-346 y 361-362.

LPDERECHO.PE

precisó en la formalización de la investigación preparatoria, el procesado no solo tenía la calidad de presidente del Gobierno Regional de Áncash sino, además, la de presidente del Proyecto Especial Chinecas[3]; es decir, desde una perspectiva preliminar, sí presentaría vinculaciones específicas con la obra sobre la cual se le imputa apropiación patrimonial; y resultará el objeto de su defensa material establecer que tales vinculaciones no alcanzan a su esfera de decisión o, conforme con lo referido, que actuó bajo el principio de confianza, mientras que el titular de la acción penal sustentará lo contrario.

Vigésimo sexto. De ello se desprende que la verificación real del alcance de las funciones genéricas y específicas que tenía el procesado ÁLVAREZ AGUILAR deben ser analizadas al interior del proceso que transite (oportunamente) por todas las etapas que comprenden al proceso común, conforme con el Nuevo Código Procesal Penal, en el que se cuente con un caudal probatorio y debate suficiente que permita a todas las partes procesales ejercer sus derechos garantizados por Ley, tales como el debido proceso, legalidad y tutela jurisdiccional efectiva, lo cual no resulta de amparo para la vía excepcional en la que actuó el procesado, como lo es la excepción de improcedencia de la acción.

LPDERECHO.PE

3 Cuyas atribuciones se encuentran establecidas en el artículo siete, del Decreto Supremo N.° 051-2007, del dieciocho de junio de dos mil siete, dentro de las cuales se resaltan:

a) Representar al Proyecto Especial Chinecas ante las autoridades políticas y entidades públicas y privadas de carácter nacional e internacional, siendo responsable de su gestión.
b) Velar por el cumplimiento de los acuerdos del Consejo Directivo, de las Directivas del Gobierno Regional y aplicación de las políticas de desarrollo regional en lo que le corresponde.
c) Supervisar la Gestión de la Gerencia General del Proyecto Especial.
d) Disponer, con acuerdo del Consejo Directivo, investigaciones, auditorías e inspecciones.
e) Informar periódicamente al presidente regional sobre la gestión del Consejo Ejecutivo y del Funcionamiento del Proyecto Especial.

Vigésimo séptimo. Ahora bien, sobre el aspecto doctrinario sobre el cual se desarrolla el tema materia de análisis, el magistrado emitente del presente voto dirimente es de la opinión que los más altos funcionarios o servidores de las instituciones estatales no deben ni pueden ser excluidos automáticamente de investigaciones en su contra por el simple hecho de encontrarse en la más alta esfera de decisión administrativa, pues conllevaría a implementar un marco de impunidad sobre el cual los funcionarios de primera escala jamás pudiesen ser pasibles de investigación; tanto más si la historia de nuestro país nos enseña que son precisamente estos altos funcionarios quienes bajo el velo de protección que les brinda la distancia de sus cargos, ordenan, dirigen o disponen actos en contra de la administración pública que lesionan los bienes jurídicos del Estado (patrimonio estatal y probidad en la actuación de los funcionarios y servidores públicos).

Vigésimo octavo. Sobre lo antes referido, debemos recalcar que la actual posición doctrinaria avala una visión más amplia en lo que concierne a la determinación de categorías típicas para la identificación de autores y partícipes en delitos de infracción del deber, como lo es el tipo penal de peculado. Así, desde la creación de las teorías explicativas de infracción del deber, a finales del siglo veinte por el profesor Claus Roxin[4], su evolución a cargo del maestro Günther Jakobs[5] y su actual discusión por los jurisconsultos Silva Sánchez[6] y Sánchez-Vera Gómez-Trelles[7], se ha podido arribar a una concepción de competencia organizativa, a la que se encuentra sujeto el funcionario o servidor

4 Claus Roxin. *Autoría y dominio del hecho en Derecho Penal.* Barcelona: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales, 1998.

5 Güther Jakobs. *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación.* Madrid: Marcial Pons, 1995.

6 Jesús María Silva Sánchez. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo.* Barcelona: Editorial Bosch, 1992.

7 Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles. *Delito de infracción de deber y participación delictiva.* Madrid: Marcial Pons, 2002.

LPDERECHO.PE

público y que lo coloca en una esfera de deberes positivos (y ya no solo negativos) que debe cumplir, lo que conlleva al juzgador a la obligación de apreciar todas las atribuciones que estos sujetos cualificados tengan, ya no de un modo automático sino que se deberá analizar cada caso en concreto y sobre los distintos elementos particulares que se encuentren vinculados con sus especiales atribuciones institucionales, lo que sin duda, para el presente caso, debe hacerse con una suficiente valoración fáctica y jurídica que garantice una correcta decisión jurisdiccional, que en definitiva escapa a las competencias jurisdiccionales que se debaten en la vía de excepción de improcedencia de la acción; por lo que no debe ampararse la exclusión del procesado ÁLVAREZ AGUILAR, a través del medio de defensa planteado.

Vigésimo noveno. Finalmente, respecto al segundo aspecto que motivó la concesión del recurso de casación, esto es, que el Colegiado Superior, al efectuar el análisis en este caso concreto habría resuelto de manera incongruente con los aspectos de la tipificación planteada por el representante del Ministerio Público; se debe precisar que la fundamentación de la apelación del titular de la acción penal, tras la decisión de primera instancia, estuvo orientada a sustentar la vinculación funcional del procesado ÁLVAREZ AGUILAR en mérito a su especial posición de garante (como presidente del Gobierno Regional de Áncash y presidente del Proyecto Especial Chinecas), sobre el patrimonio de la entidad agraviada. Así, la Sala de Apelaciones interpretó que dicha posición de garante deducida se encontraba referida a los delitos de omisión impropia (por ser uno de sus elementos configurativos) y como tal resolvió su rechazo en sus fundamentos resolutivos. La tipificación señalada por el Ministerio Público en su formalización, refiere a una situación de coautoría y cuando la Sala

LPDERECHO.PE

Superior rechazó la conducta del procesado ÁLVAREZ AGUILAR como coincidente a una acción por omisión impropia, se habría excedido en sus atribuciones al no ser esta una posición o hipótesis formulada por el titular de la acción penal. Sin embargo, el deponente considera que tal situación se debe a un error por interpretación literal de la Sala de Apelaciones, respecto de los argumentos del Fiscal Provincial, pues este hizo referencia a la posición de garantía como término coloquial que afianza el especial deber funcional que tiene el acusado ÁLVAREZ AGUILAR, y no como elemento constitutivo de los delitos de omisión impropia. Al respecto, estimo que con la decisión principal que rechaza la excepción de improcedencia de la acción y su consecuente devolución de actuados para la continuación del proceso, queda también resuelto el error incurrido por la Sala Superior; no obstante, se debe recalcar que, en adelante, el titular de la acción penal deberá de ser más cuidadoso y específico con el planteamiento de sus alegaciones y fundamentaciones, para evitar que los órganos jurisdiccionales deban interpretar estos y subrogarlo indebidamente.

LPDERECHO.PE

DECISIÓN

Por estos fundamentos, adhiriéndome al voto de los señores jueces supremos Neyra Flores, Loli Bonilla e Hinostroza Pariachi, **MI VOTO** es porque se declare:

I. FUNDADO el recurso de casación para el desarrollo de doctrina jurisprudencial por errónea interpretación de la Ley, interpuesto por el representante del Ministerio Público de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios del Distrito Fiscal del Santa; en consecuencia, **CASAR** el auto superior expedido por la Sala Penal de

185

Apelaciones de la Corte Superior de Justicia del Santa, del veintisiete de enero de dos mil catorce, que confirmó la resolución de primera instancia de fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece, que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado CÉSAR JOAQUÍN ÁLVAREZ AGUILAR; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la administración pública-peculado por apropiación, en perjuicio del Estado; con lo demás que al respecto contiene.

II. Actuando en sede de instancia y pronunciándose sobre el fondo: **REVOCAR** la resolución de primera instancia de fojas doscientos veinte, del nueve de octubre de dos mil trece que declaró fundada la excepción de improcedencia de la acción deducida por el investigado CÉSAR JOAQUÍN ÁLVAREZ AGUILAR; derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la administración pública-peculado por apropiación, en perjuicio del Estado; y, reformándola: declarar **INFUNDADA** la citada excepción de improcedencia de la acción, por lo que debe continuarse con el trámite de la presente causa, según su estado.

III. DISPONER que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Suprema Sala Penal; y, acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia, incluso a las no recurrentes.

IV. ORDENAR se transcriba la presente Ejecutoria a las Cortes Superiores en las que rige el Código Procesal Penal, para su conocimiento y fines, y se publique en el diario oficial *El Peruano*.

LPDERECHO.PE

51

V. MANDAR que cumplidos estos trámites se devuelvan los autos al órgano jurisdiccional de origen, y se archive el cuaderno de casación en esta Corte Suprema.

S.

PRÍNCIPE TRUJILLO

PT/rdn

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

10 7 NOV 2016

LPDERECHO.PE

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 160-2014
SANTA

Lima, cuatro de noviembre de dos mil dieciséis.-

AUTOS y VISTOS: con la Razón de Relatoría que antecede; y **ATENDIENDO: Primero:** Que, el señor Fiscal Superior formuló recurso de casación contra el auto de vista del 27 de enero de 2014 que confirmó la resolución de primera instancia del 09 de octubre de 2013, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción por atipicidad relativa deducida por el imputado César Joaquin Alvarez Aguilar. **Segundo:** Que, de conformidad con el artículo 141° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en las Salas de la Corte Suprema cuatro votos conformes hacen resolución; en el mismo sentido lo establece el artículo 431 numeral 4) del Código Procesal Penal. **Tercero:** Que, los señores Neyra Flores, Loli Bonilla e Hinostroza Pariachi votaron porque se declare fundado el recurso de casación, se Case el auto de vista del 27 de enero de 2014, que confirmó la resolución de primera instancia del 09 de octubre de 2013, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción, deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar, respecto de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito de peculado por apropiación, en agravio del Estado; en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo se revoque la resolución de primera instancia del 09 de octubre de 2013 que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar, reformándola se declare infundada y se continúe el proceso según su estado; y los señores Villa Stein, Rodríguez Tineo y Pariona Pastrana, votaron porque se declare infundado el recurso de casación; por ello se convocó al señor Príncipe Trujillo para que dirima discordia. **Cuarto:** Que, el señor Príncipe Trujillo cumplió con emitir el voto que le corresponde, que coincide con el emitido por los jueces supremos señores Neyra Flores, Loli Bonilla e Hinostroza Pariachi; por tanto, a la fecha hay cuatro votos conformes porque se declare, por mayoría **I. FUNDADO** el recurso de casación para desarrollo de doctrina jurisprudencial, por errónea interpretación de la ley, interpuesto por el .../////

LPDERECHO.PE

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N° 160-2014
SANTA

////...

Representante del Ministerio Público; en consecuencia **CASARON** el auto de vista del 27 de enero de 2014, que confirmó la resolución de primera instancia del 09 de octubre de 2013, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducido por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar, derivado de la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la administración pública –peculado por apropiación, en perjuicio del Estado; **II.** Actuando en sede de instancia y emitiendo pronunciamiento de fondo **REVOCARON** la resolución de primera instancia del 09 de octubre de 2013 que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el investigado César Joaquín Álvarez Aguilar, en la investigación que se le sigue como presunto coautor del delito contra la administración pública –peculado por apropiación, en agravio del Estado, reformándola la declararon **INFUNDADA**, por lo que debe continuarse con el trámite de la investigación, según su estado. **III. SEÑÁLESE** audiencia de lectura de sentencia para el once de noviembre a las ocho y treinta de la mañana; **IV. REMÍTASE** oportunamente los actuados al lugar de origen para los fines de ley; notifíquese y adjúntese el voto del señor Príncipe Trujillo.-

Sr.
NEYRA FLORES

SE PUBLICO CONFORME A LEY

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

07 NOV 2016

LPDERECHO.PE