Principio acusatorio

No le corresponde a este Tribunal Supremo asumir funciones persecutoras, pues existen pronunciamientos uniformes de los órganos fiscales en sus diversas jerarquías (fiscal superior y fiscal supremo) de no incoar acusación penal. Por esta razón, se ha dado cumplimiento al principio acusatorio, por lo que la persecución del delito, en el presente caso, ha fenecido, pues el titular de la acción penal se ha desistido de formular acusación.

Lima, diez de febrero de dos mil veintiuno

VISTOS: el recurso de nulidad interpuesto por la **delegada del procurador público adjunto de la Procuraduría Pública –en representación– de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria –Sunat–** (fojas 2522 y 2525) contra el auto del diecisiete de abril de dos mil diecinueve (foja 2461), expedido por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra Edgardo Horacio Sánchez Castro –presunto autor–, Bertha Malena Suárez Félix, Nicanor Machado Ramírez, Fernando Estrada Ponte y Karol Estrada Huamaní –presuntos cómplices primarios– por el delito de defraudación tributaria-obtención indebida de crédito fiscal –IGV–, en agravio del Estado –Sunat–. De conformidad con el dictamen del señor fiscal supremo en lo penal.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. *Imputación fáctica-hecho incriminado*

Primero. El fiscal superior penal de la Tercera Fiscalía Superior Penal de Lima, en su Dictamen número 09-2018, presentado el diez de enero de dos mil diecinueve (foja 2407), precisó que en el proceso penal de

LPDERECHO.PE

trámite ordinario considera que no existe mérito para pasar a juicio oral por la presunta comisión del delito de defraudación tributaria en la modalidad de obtención indebida de crédito fiscal –IGV–, en agravio del Estado –Sunat–. En el numeral II titulado "Hecho imputado" del referido dictamen señala que:

1.1. Se imputa a los procesados Edgardo Horacio Sánchez Castro y Hugo César Noguera Bedoya (fallecido, según Acta de Defunción a foja 2366) que, en su condición de gerente general (representante legal) y gerente administrativo de la empresa Bunker Security S. A. C., respectivamente, efectuaron operaciones no reales durante el periodo comprendido entre enero, abril y de octubre a noviembre del año dos mil once, contabilizando en el registro de compras de la empresa facturas por operaciones consistentes en adquisiciones de artículos de limpieza, refrigerio personal, publicidad, uniformes de personal, útiles de oficina, repuestos y mantenimiento de cómputo, y suministro de computadoras; y autorizaron la emisión de cheques para el pago de dichas facturas que consignaron operaciones no reales, las cuales fueron emitidas por los proveedores: **a)** Ranimar S. A. C., representada por el procesado Nicanor Machado Ramírez, por el precio de venta S/ 331 467.10 –trescientos treinta y un mil cuatrocientos sesenta y siete soles con diez céntimos– (de enero, abril y noviembre de dos mil once); **b)** Donau S. A. C., representada por el procesado Nicanor Machado Ramírez, por el precio de venta de S/ 9935.60 –nueve mil novecientos treinta y cinco soles con sesenta céntimos– (de enero, abril y octubre de dos mil once); **c)** Machblas S. A. C., representada por el procesado Nicanor Machado Ramírez, por el precio de venta de S/ 308 242.78 –trescientos ocho mil doscientos cuarenta y dos soles con setenta y ocho céntimos– (de noviembre de dos mil once); **d)** Fremach S. A. C.,

LPDERECHO.PE

representada por el procesado Fernando Estrada Ponte, por el precio de venta de S/ 128 313 –ciento veintiocho mil trescientos trece soles– (de enero a marzo de dos mil once); **e)** Ferpomar S. A. C., representada por el procesado Fernando Estrada Ponte, por el precio de venta de S/ 141 869.85 –ciento cuarenta y un mil ochocientos sesenta y nueve soles con ochenta y cinco céntimos– (de enero a marzo de dos mil once), y **f)** Estranic S. A. C., representada por la procesada Karol Estrada Huamaní, por el precio de venta de S/ 216 401.68 –doscientos dieciséis mil cuatrocientos un soles con sesenta y ocho céntimos– (de enero a marzo de dos mil once); transacciones que contendrían operaciones no reales en razón de que no se ha acreditado el registro de entrada y salida de la mercadería ni existen guías de remisión que sustenten el traslado de las mercaderías adquiridas de los proveedores al establecimiento de la empresa Bunker Security S. A. C. –ubicado en la avenida Aviación, manzana G2, lote 2, número 331, departamento 301, urbanización Las Mongolias, en el distrito de San Borja–, y extendieron *vouchers* por cancelación de diversas facturas con un solo cheque, emitido a nombre de un supuesto proveedor, el cual no tiene la glosa y el sello de "no negociables". Habiendo el procesado Edgardo Horacio Sánchez Castro, en representación de la empresa Bunker Security S. A. C., presentado las declaraciones mensuales ante la Sunat por IGV-2011 y sus rectificatorias, generándose así un crédito fiscal por operaciones no reales; hechos en los que han tenido participación los procesados Abraham Arnaldo Noguera Bedoya (fallecido, según Acta de Defunción a foja 2350), quien en su condición de encargado del Área de Logística de la empresa Bunker Security S. A. C. habría contactado a los supuestos proveedores con los que realizaron las operaciones no reales, y

LPDERECHO.PE

se habría encargado de las supuestas adquisiciones; y Bertha Malena Suárez Félix, quien en su condición de asistente de Gerencia Administrativa de la referida empresa emitió los cheques para los pagos a los proveedores por las operaciones no reales y dio el visto bueno para hacer efectivos los pagos a los proveedores por las facturas que consignan operaciones no reales. Hechos por los que se les atribuye a los procesados Edgardo Horacio Sánchez Castro y Hugo César Noguera Bedoya (fallecido), en sus condición de gerente general (representante legal) y gerente administrativo de la empresa Bunker Security S. A. C., respectivamente, ser presuntos autores, y a los procesados Abraham Arnaldo Noguera Bedoya (fallecido), en su condición de encargado del Área de Logística, y Bertha Malena Suárez Félix, en su condición de asistente de Gerencia Administrativa de la empresa Bunker Security S. A. C., respectivamente, ser presuntos cómplices primarios del delito de defraudación tributaria en la modalidad de obtención indebida de crédito fiscal de los pedidos tributarios de enero, abril y de octubre a noviembre del año dos mil once, al haberse generado el crédito fiscal a favor de la empresa Bunker Security S. A. C. por el importe de S/ 17 895.40 (diecisiete mil ochocientos noventa y cinco soles con cuarenta céntimos), sin sustento documentario de que dichas transacciones económicas se hayan producido efectivamente.

1.2. Asimismo, por los hechos antes descritos, se les atribuye ser cómplices primarios del delito de defraudación tributaria en la modalidad de obtención indebida de crédito fiscal de los periodos tributarios de enero, abril y de octubre a noviembre del año dos mil once a los procesados: **a)** Nicanor Machado Ramírez, quien en su condición de representante legal de las

LPDERECHO.PE

empresas Ranimar S. A. C., Donau S. A. C. y Machblas S. A. C. emitió, a favor de la empresa Bunker Security S. A. C., facturas por operaciones no reales por el precio de ventas de S/ 331 467.10 (trescientos treinta y un mil cuatrocientos sesenta y siete soles con diez céntimos), S/ 9935.60 (nueve mil novecientos treinta y cinco soles con sesenta céntimos) y S/ 308 242.78 (trescientos ocho mil doscientos cuarenta y dos soles con setenta y ocho céntimos), respectivamente, las cuales fueron contabilizadas en el registro de compras de la empresa Bunker Security S. A. C., y que durante el proceso de fiscalización para la Administración Tributaria –Sunat– se constató que no existen documentos contables que sustenten dichas ventas; **b)** Fernando Estrada Ponte, quien en su condición de gerente general de las empresas Ranimar S. A. C. y Fremach S. A. C., y apoderado y socio de la empresa Ferpomar S. A. C., emitió a favor de la empresa Bunker Security S. A. C. facturas por operaciones no reales por el precio de venta de S/ 331 467.10 (trescientos treinta y un mil cuatrocientos sesenta y siete soles con diez céntimos), S/ 128 313 (ciento veintiocho mil trescientos trece soles) y S/ 141 869.85 (ciento cuarenta y un mil ochocientos sesenta y nueve soles con ochenta y cinco céntimos), respectivamente, las cuales fueron contabilizadas en el registro de compras de la empresa Bunker Security S. A. C., y que durante el periodo de fiscalización por la Administración Tributaria –Sunat– se constató que no existen documentos contables que sustenten dichas ventas, y **c)** Karol Estrada Huamaní, quien en su condición de gerente general y representante de la empresa Estranic S. A. C. emitió a favor de la empresa Bunker Security S. A. C. facturas por operaciones no reales por el precio de venta de S/ 216 401.68 (doscientos dieciséis mil cuatrocientos un soles con sesenta y ocho céntimos), las cuales fueron contabilizadas en el registro de

LPDERECHO.PE

compras de la empresa Bunker Security S. A. C., y se constató que no existen documentos contables que sustenten dichas ventas; el perjuicio fiscal fue el valor de S/ 176 895.40 (ciento setenta y seis mil ochocientos noventa y cinco soles con cuarenta céntimos).

II. *De la pretensión impugnativa*

Segundo. La delegada del procurador público adjunto de la Procuraduría Pública –en representación– de la Sunat, en su recurso de nulidad formalizado y fundamentado (fojas 2522 y 2525), solicita que se declare haber nulidad en el auto impugnado en el extremo en el que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral, que se declare insubsistente el dictamen fiscal y, reformándolo, se disponga la remisión del proceso al fiscal superior correspondiente, para lo cual expone los argumentos siguientes:

2.1. Aduce que la resolución impugnada vulnera el debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales, pues efectúa una interpretación errónea del Acuerdo Plenario número 02-2009 sobre la regularización tributaria; y, peor aún, interpreta y aplica erróneamente el artículo 189 del Código Tributario, sin tomar en consideración que dicho artículo fue modificado el cinco de julio de dos mil doce, antes del inicio de la fiscalización al contribuyente, y por lo tanto las exigencias establecidas por ley para la configuración de la regularización tributaria debían encontrarse conformes a la modificatoria legal, toda vez que la fiscalización inició en marzo de dos mil trece.

2.2. Alega que la principal modificación recae en que anteriormente se establecía la necesidad de un requerimiento en relación con el tributo y el periodo donde se realizaron las conductas y el artículo vigente a la actualidad, aplicable al

LPDERECHO.PE

caso de autos, establece la imposibilidad de una regularización una vez iniciado cualquier procedimiento de fiscalización relacionado con el tributo y el periodo donde se realizaron las conductas.

III. *Consideraciones previas*

Tercero. El fiscal provincial de la Fiscalía Especializada en Delitos Tributarios de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao, mediante la Denuncia número 01-2014, presentada el veinte de junio de dos mil catorce (fojas 1887 a 1917), en mérito del análisis del Informe de Indicios de Delito Tributario número 34-2013-SUNAT/2S4200, emitido por la Administración Tributaria –Sunat–, formalizó denuncia penal contra los procesados nombrados por el delito aludido.

3.1. El juez del Quincuagésimo Cuarto Juzgado Penal de Lima, por la resolución del siete de agosto de dos mil catorce (foja 1915), abrió instrucción, en la vía sumaria, contra los citados procesados por la presunta comisión del delito materia de grado.

3.2. El juez citado, mediante la resolución del ocho de septiembre de dos mil catorce (foja 1965), amplió la instrucción por el plazo de veinte días, a fin de que se lleven a cabo las diligencias detalladas.

3.3. El juez aludido, a través de la resolución del veinte de noviembre de dos mil catorce (foja 2125), integró el auto que abrió instrucción para adecuar la vía procedimental y se tramite en la vía ordinaria; asimismo, reprogramó diligencias judiciales.

3.4. La abogada representante del procurador público adjunto de la Procuraduría Pública de la Sunat, con el escrito que presentó

LPDERECHO.PE

el veintiuno de marzo de dos mil dieciséis (foja 2199), en su condición de parte civil constituida, solicitó que se dé por concluida la etapa de instrucción del proceso, se ponga a disposición de las partes por tres días y, vencido el plazo, se proceda a elevar a la Sala Superior. Pedido que reiteró por el escrito que volvió a presentar el veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis (foja 2208), en atención a que los plazos procesales ya se han cumplido en demasía, y reiteró que se disponga dar por concluido el plazo de instrucción.

3.5. El juez del Trigésimo Noveno Juzgado Penal Permanente de Lima, mediante la resolución del primero de marzo de dos mil diecisiete (foja 2304), dio por concluido el plazo de la instrucción y decretó su puesta a disposición de las partes procesales por el término de tres días hábiles y su posterior elevación al superior jerárquico.

3.6. Seguido el proceso con arreglo al procedimiento ordinario que le corresponde y concluida la etapa de investigación judicial, el fiscal superior en lo penal, mediante el Dictamen número 09-2018 (foja 2407), declaró que no hay mérito para pasar a juicio oral contra los procesados nombrados por el delito y el agraviado antes señalados.

3.7. Razón por la cual la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de Lima expidió la resolución (foja 2461) en los mismos términos que el dictamen fiscal acotado y dispuso el archivo definitivo del proceso. Auto que, ahora, es materia de grado.

Cuarto. Frente a lo expuesto, la parte civil (Sunat) interpuso recurso de nulidad contra la resolución de no haber mérito para pasar a juicio oral y expresó los agravios puntualizados en el considerando segundo

LPDERECHO.PE

de la presente ejecutoria suprema. El fiscal supremo de la Primera Fiscalía Suprema en lo Penal, al absolver en grado el mencionado recurso, opinó porque se declare no haber nulidad en la resolución impugnada y consideró, entre otros aspectos, que esta fue dictada conforme a ley.

IV. *Análisis del caso*

Quinto. El orden constitucional encomienda exclusivamente al Ministerio Público la persecución del delito. Desde esta perspectiva, se ha sustraído a los jueces de la función de acusar, para de esta manera recuperar en esencia su exclusiva función juzgadora, con lo que constitucionalmente se clausura la posibilidad de construir o permitir el funcionamiento de un sistema inquisitivo. El sistema acusatorio exige, como afirma San Martín Castro, que alguien inste la constitución de un proceso penal, que la actividad jurisdiccional se promueva externamente al propio Poder Judicial y que, por lo tanto, queden separadas las funciones de acusar y de juzgar[1].

Sexto. Sobre la vigencia del principio acusatorio, el Tribunal Constitucional[2] ha diseñado las siguientes características relativas a que: **a)** no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada esta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si el fiscal no formula acusación contra el imputado el proceso debe ser sobreseído necesariamente; **b)** no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada, y **c)** no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad. Del

[1] San Martín Castro, César. (2003). *Derecho procesal penal.* Lima: Editora Jurídica Grijley, p. 235.
[2] Ver STC número 4552-2013-PHC/TC-La Libertad, del veintiséis de junio de dos mil catorce, fundamento jurídico quinto.

LPDERECHO.PE

mismo modo, en otro pronunciamiento[3] indicó que "la primera de las características del principio acusatorio [...] guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159 de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin".

Séptimo. Asimismo, respecto a las características esenciales del principio acusatorio, es preciso destacar dos pronunciamientos relevantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, uno de los cuales[4] señala que este integra el contenido esencial de la garantía del debido proceso –artículo 139, numeral 3, de la Constitución Política del Perú– e informa el objeto del proceso penal. Enfatiza que a través del principio acusatorio se determina bajo qué distribución de roles y bajo qué condiciones se efectuará el juzgamiento de la pretensión penal. La fundamentación –base ontológica– reside en la preservación de la imparcialidad del juez, que podría verse comprometida si se le atribuyeran a él mismo las funciones de descubrir, investigar y perseguir los hechos posiblemente constitutivos de delito.

Destacan fundamentalmente dos elementos característicos:

i. El primero se refiere al desdoblamiento de las funciones de investigación y de decisión a cargo de dos órganos públicos distintos: el juez instructor o penal, en el Código de Procedimientos Penales, y el Ministerio Público, en el Código Procesal Penal (2004), sustentado en el artículo 159, numeral 4, de la Constitución Política del Perú.

---

[3] Ver STC número 2005-2006-PHC/TC, del trece de marzo de dos mil seis, caso Manuel Enrique Umbert Sandoval, fundamentos jurídicos sexto y séptimo.
[4] Ver ejecutoria suprema recaída en el Recurso de Nulidad número 2358-2009/Lima, del veintiuno de diciembre de dos mil nueve, caso Ollanta Moisés Humala Tasso, delito contra la humanidad-desaparición forzada y otros.

LPDERECHO.PE

ii. El segundo incide en la distribución de las funciones de acusación y decisión, en armonía con el aforismo *nemo iudex sine acusatore* –nadie sea juez sin acusador–, el cual, incluso, se extiende a la promoción de la acción penal, a la inculpación penal y a la propia incoación de la instrucción o de la investigación preparatoria.

Octavo. Un segundo pronunciamiento[5] anota que entre las notas fundamentales emerge que el objeto del proceso lo fija el Ministerio Público, es decir, los hechos que determinan la incriminación y ulterior valoración judicial son definidos por el fiscal, pues se concretan en la acusación fiscal –que a su vez debe relacionarse, aunque con un carácter relativo en orden o la propia evolución del sumario judicial, con la denuncia fiscal y el auto que abre instrucción, que aprueba la promoción de la acción penal ejercitada por el fiscal– respecto a la cual la decisión judicial debe ser absolutamente respetuosa en orden a sus límites fácticos. Además, la función de acusación es privativa del Ministerio Público y, por ende, el juzgador no ha de sostener la acusación. Esto último de acuerdo con el aforismo *nemo iudex sine acusatore* –nadie sea juez sin acusador–, esto es, en el caso de que el fiscal no formula acusación o incluso se desiste de ella, más allá de la posibilidad de incoar el control jerárquico (fiscal), le está vedado al órgano jurisdiccional ordenarle que acuse y, menos aún, asumir un rol activo y, de oficio, definir los ámbitos sobre los que se discurrirá la selección de los hechos que solo compete a la Fiscalía. La conclusión que se aborda es la siguiente: el presupuesto de juicio jurisdiccional es la imputación del fiscal.

[5] Ver ejecutoria suprema recaía en el Recurso de Queja Excepcional número 1678-2006/Lima, del trece de abril de dos mil siete, fundamento jurídico cuarto.

LPDERECHO.PE

Noveno. Ahora bien, tomando en cuenta lo precedente, corresponde señalar que, no obstante, frente a un dictamen no acusatorio de la Fiscalía, según lo dispuesto en el artículo 220 del Código de Procedimientos Penales, se tienen varias alternativas procesales[6], y aquellas no se extienden al órgano jurisdiccional de revisión. Emitido el auto de sobreseimiento, el control impugnativo se circunscribe a estrictos términos residenciados en la presencia o no de indefensión en la víctima, es decir, si su derecho de defensa procesal, protegido constitucionalmente por el artículo 139, numeral 14, de la Constitución Política del Perú, ha sido vulnerado con motivo del procedimiento incoado o del contenido estructural del auto de sobreseimiento[7].

Décimo. Así, de la revisión del proceso se verifica que la instrucción fue ampliada en una oportunidad por veinte días (foja 1965). La etapa de instrucción no se desarrolló en el plazo de duración establecido en el artículo 202 del Código de Procedimientos Penales. Visto ello así, el derecho al plazo razonable, que integra la garantía genérica del debido proceso, impediría la prolongación de los actos de investigación, el cual fue objeto de control por la parte recurrente, es decir, ejerció su derecho dentro del debido proceso.

Undécimo. Respecto al recurso planteado, se advierte que la parte civil –Sunat– no objetó la restricción de su derecho a las solicitudes de actos de investigación y de intervención en ellos. Tampoco ha

[6] 1) Disponer el archivamiento del expediente, 2) ordenar la ampliación de la instrucción y 3) iniciar el procedimiento para forzar la acusación en los marcos del control jerárquico, de modo que quien decide con exclusividad si se acusa a un ciudadano es el Ministerio Público.
[7] Directriz que se enmarca en el contexto de lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la República en la Ejecutoria Suprema número 2358-2009/Lima, del veintiuno de diciembre de dos mil nueve (antes reseñada).

LPDERECHO.PE

denunciado que no se haya actuado algún acto de investigación relevante cuya omisión condicione el afianzamiento del esclarecimiento de los hechos. En consecuencia, desde los motivos del recurso y de sus fundamentos –que, en rigor, delimitan el pronunciamiento de esta Sala Penal Suprema– no cabe formular cuestionamiento alguno al procedimiento de investigación. Al tiempo que tampoco se observan nulidades insubsanables –ni siquiera sugeridas por la Procuraduría Pública de la Sunat recurrente– que obliguen a ejercer de oficio la anulación del proceso.

Duodécimo. En consecuencia, no se ha cumplido con los presupuestos establecidos en el Recurso de Queja Excepcional número 1678-2006/Lima, del trece de abril de dos mil siete (precedente vinculante), que habrían permitido la anulación del procedimiento, pues la parte civil (Procuraduría Pública de la Sunat) no ha sido limitada o restringida en su participación procesal en la causa penal; todo lo contrario, ha tenido la posibilidad de ejercer las facultades de ofrecimiento probatorio en aras de contribuir con el esclarecimiento del delito investigado.

Decimotercero. El Acuerdo Plenario número 2-2009 propone lo siguiente:

> El artículo 189 Código Tributario, modificado por la Ley número 27038, incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal.
>
> Prescribe la citada norma, en sus párrafos segundo, tercero y cuarto, lo siguiente:
>
> A. "No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la formulación de denuncia penal por delito tributario por parte

LPDERECHO.PE

del Órgano Administrador del Tributo *cuando se regularice la situación tributaria*, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación fiscal o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo notifique cualquier requerimiento en relación al tributo y periodo en que se realizaron las conductas señaladas".

Decimocuarto. La Procuraduría de la Sunat (parte civil) indica que el artículo 189 del Código Tributario fue modificado en el año dos mil doce, mediante el Decreto Legislativo número 1113, publicado el cinco de julio de dos mil doce (vigente a los 60 días de su publicación), por lo que se habría dado una errónea interpretación del referido acuerdo plenario. En ese sentido, conforme a la modificación legislativa en mención, se verifica que el párrafo que se remite a la improcedencia de la incoación de la acción penal ha precisado lo correspondiente en cuanto al procedimiento de fiscalización, puesto que el contenido anterior indicaba como punto temporal para soslayar la incoación de la acción penal el acto de notificación del requerimiento del tributo –la correspondiente *investigación fiscal o a falta de esta*, el órgano Administrador del Tributo *notifique* cualquier requerimiento en relación con el tributo y periodo en que se realizaron las conductas señaladas–; mientras que el Decreto Legislativo número 1113 estableció que no procede la acción penal cuando el agente haya regularizado su situación tributaria antes de la investigación del Ministerio Público o, a falta de esta, cuando el órgano Administrador del Tributo *inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado con el tributo*, es decir, retira como hito referencial el acto de notificación por el del solo inicio del procedimiento de fiscalización.

LPDERECHO.PE

Decimoquinto. A mayor fundamento, desde la posición del fiscal supremo penal, ante la modificación del artículo 189 del Código Tributario, agrega que el citado Acuerdo Plenario número 2-2009 no se desarrolló, únicamente, para invocar una aplicación de la norma administrativa vigente al tiempo de los hechos, sino que el debate y la conclusión a la que se arriba se rigió en función del principio de mínima intervención; también analizó lo correspondiente al acto de la regularización tributaria (que representa la conducta del agente que excluye la antijuridicidad); concluye que para que la conducta sea punible no basta, además, que esta acción sea posterior al tiempo de investigación, sino que se requiere que el agente haya realizado el pago, inducido por un apercibimiento legal penal; en suma, se debe considerar que el agente debe tener conocimiento no solo de un procedimiento administrativo en su contra, sino también de un potencial proceso penal, y que sea el conocimiento de esto último lo que haya determinado el cumplimiento del pago de la deuda y la devolución del reintegro tributario.

Decimosexto. Así, el fiscal supremo sostiene que el veintisiete de marzo de dos mil trece se inició el proceso de fiscalización de la empresa Bunker Security S. A. C., y los pagos de su deuda tributaria corresponden al veintisiete de agosto al cuatro de octubre de dos mil trece, y fueron notificados con las órdenes de fiscalización en marzo, abril y agosto del mismo año, de lo cual deduce que la conducta resulta típica porque los pagos realizados fueron posteriores a las notificaciones del proceso de fiscalización; sin embargo, en el caso concreto, las notificaciones remitidas no incluyeron apercibimiento alguno sobre un posible proceso penal, por lo que, enfatiza, no es posible considerar que el pago realizado por la empresa investigada haya sido inducido por el proceso investigatorio administrativo; de

LPDERECHO.PE

esta manera, en los hechos imputados, el fiscal supremo en lo penal sostiene que se evidencia una ausencia del elemento jurídico para pasar al contradictorio.

Decimoséptimo. Estando a que la función de persecución del delito y ejercicio de la acción penal es privativa del Ministerio Público, como órgano autónomo de derecho constitucional reconocido por el artículo 158 de la Constitución Política del Estado, y de acuerdo con el aforismo *nemo iudex sine acusatore* ya glosado, no le corresponde a este Tribunal Supremo asumir funciones persecutoras, pues existen pronunciamientos uniformes de los órganos fiscales en sus diversas jerarquías de no incoar la acción penal –fiscal superior y fiscal supremo–. Se constata, así, una situación procesal frente a la cual esta Sala Penal Suprema se encuentra impedida de incoar persecución alguna. Por esta razón, se ha dado cumplimiento al principio acusatorio, por lo que la persecución del delito, en el presente caso, ha fenecido al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, los jueces integrantes de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República **DECLARARON NO HABER NULIDAD** en el auto del diecisiete de abril de dos mil diecinueve (foja 2461), expedido por la Tercera Sala Especializada en lo Penal para Procesos con Reos Libres de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró no haber mérito para pasar a juicio oral contra **Edgardo Horacio Sánchez Castro –como presunto autor–, Bertha Malena Suárez Félix, Nicanor Machado Ramírez, Fernando Estrada Ponte** y **Karol Estrada Huamaní –como presuntos cómplices primarios–** por el delito de defraudación tributaria-obtención

LPDERECHO.PE

indebida de crédito fiscal –IGV–, en agravio del Estado-Sunat; con lo demás que contiene. Hágase saber a las partes personadas en esta Sede Suprema, y los devolvieron.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

SEQUEIROS VARGAS

BERMEJO RÍOS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/PA

LPDERECHO.PE