



Fundada la casación

I. La excepción de improcedencia de acción constituye un medio de defensa frente a la imputación para evitar la prosecución de un proceso penal y se va a discutir, entre otros, la subsunción normativa de la conducta en el tipo legal-tipicidad del hecho que recoge los aspectos objetivos y subjetivos, esto es, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento, que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada por el representante del Ministerio Público o que no exista voluntariedad de la conducta, siempre que se manifieste con toda evidencia de los términos de la imputación.

II. Al declararse fundada la excepción de improcedencia de acción, no se ha tenido en cuenta la naturaleza del medio de defensa promovido; asimismo, se ha soslayado que el bien jurídico protegido no solo es el apoderamiento del dinero, sino el deber de la correcta gestión funcional.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, trece de abril de dos mil veintidós

VISTOS: en audiencia pública¹, el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la resolución del cuatro de septiembre de dos mil veinte, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que revocó la resolución del cinco de noviembre de dos mil diecinueve, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el procesado José Óscar Zapatel Cubas y, reformándola, declaró fundada dicha

¹ Realizada a través del sistema de videoconferencia, donde existió una interacción visual y auditiva simultánea, bidireccional y en tiempo real, sin ningún obstáculo; además, no hubo necesidad de que las partes concurrieran, en forma física, a las instalaciones de la Corte Suprema de Justicia de la República.



excepción, en el proceso que se le sigue a José Óscar Zapatel Cubas por el delito de peculado, en agravio del Estado.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

CONSIDERANDO

I. Itinerario del proceso

Primero. Según el requerimiento de acusación (folio 3), se imputó a José Óscar Zapatel Cubas lo siguiente:

- 1.1. En el dos mil quince, en su condición de asistente de atención al cliente en la oficina de Cutervo-Unidad de Negocios Cajamarca Centro-Electronorte, y teniendo como función la cobranza de los recibos de consumo de energía eléctrica, así como la atención de otros pagos, se habría apropiado de la suma de S/ 1946.10 (mil novecientos cuarenta y seis soles con diez céntimos) que los usuarios habían cancelado, monto que no cumplió con registrar en el sistema de recaudación ni tampoco depositó en las cuentas recaudadoras de su empleadora, lo que debía hacer como máximo al día siguiente. Posteriormente, en forma retrasada, depositó la suma de S/ 1286.10 (mil doscientos ochenta y seis soles con diez céntimos) y devolvió a los usuarios la suma de S/ 650 (seiscientos cincuenta soles), conducta que ha generado un interés compensatorio de S/ 34.10 (treinta y cuatro soles con diez céntimos) y un interés moratorio de S/ 5.72 (cinco soles con setenta y dos céntimos), lo que ha generado un perjuicio total de S/ 1990.93 (mil novecientos noventa soles con noventa y tres céntimos).
- 1.2. El dinero apropiado provenía de los pagos que habían realizado los siguientes usuarios: **a)** Calixto Goicochea Salazar, por la suma de S/ 150 (ciento cincuenta soles), que fue devuelta al usuario



CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 982-2020
LAMBAYEQUE

después de ciento treinta y tres días; **b)** Custodio Chilcón Carranza, por la suma de S/ 10 (diez soles), que no fue devuelta al usuario ni depositada en la cuenta de Electronorte; **c)** Pedro Jesús Sánchez Vásquez, por la suma de S/ 212.70 (doscientos doce soles con setenta céntimos), que fue depositada en la cuenta de Electronorte después de treinta y tres días; **d)** comunidad Alto Chugurmayo, por las sumas de S/ 186.90 (ciento ochenta y seis soles con noventa céntimos) y S/ 157.90 (ciento cincuenta y siete soles con noventa céntimos), que fueron depositadas en la cuenta de Electronorte después de treinta y cinco y treinta y seis días, respectivamente; **e)** comunidad Shitabamba, por la suma de S/ 743.60 (setecientos cuarenta y tres soles con sesenta céntimos), que fue depositada en la cuenta de Electronorte después de setenta y cinco días, y **f)** Jesús Delgado Vílchez, por la suma de S/ 500 (quinientos soles), que fue devuelta al usuario después de ciento treinta y dos días.

Segundo. El representante del Ministerio Público tipificó estos hechos como constitutivos del delito de peculado, previsto en el artículo 387 del Código Penal. Por ello, solicitó que se condene a José Óscar Zapatel Cubas a cuatro años y seis meses de pena privativa de libertad, inhabilitación por el mismo lapso de tiempo, doscientos días-multa y al pago de S/ 20 000 (veinte mil soles) de reparación civil.

Tercero. El Décimo Juzgado de Investigación Preparatoria de Chiclayo, mediante la resolución del cinco de noviembre de dos mil diecinueve, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción. Esta fue apelada por el procesado, previo trámite de ley, la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque emitió la resolución del cuatro de septiembre de dos mil veinte, que resolvió revocar la resolución de primera



instancia y, reformándola, declaró fundada la excepción de improcedencia de acción, fundamentalmente por lo siguiente:

- 3.1.** Si bien es cierto que se ha establecido que de los ocho casos descritos el monto total apropiado habría sido S/ 1946.10 (mil novecientos cuarenta y seis soles con diez céntimos), también lo es que este habría sido devuelto incluso antes de emitirse la formalización de la investigación preparatoria, quedando pendiente solo el pago de los intereses a que se ha hecho alusión (interés compensatorio de S/ 34.10 —treinta y cuatro soles con diez céntimos— y moratorio de S/ 5.70 —cinco soles con setenta céntimos—).
- 3.2.** Considera que resulta aplicable el principio de mínima intervención del derecho penal, en el que se procura que este solo reduzca su intervención a lo que sea estrictamente necesario en términos de utilidad general. En este caso, el imputado devolvió el dinero indebidamente apropiado antes de la formalización y, si bien es cierto que esta conducta podría configurar el delito imputado, también lo es que no es de utilidad social, debido al monto que a la fecha adeuda, y existen otros medios de control social que pueden resolver esta alteración del ordenamiento jurídico causada por la conducta del procesado, y en la actualidad el imputado ya no trabaja en la entidad agraviada.

II. Motivos de la concesión del recurso de casación

Cuarto. Este Tribunal, mediante la resolución de calificación del veintitrés de julio de dos mil veintiuno, declaró bien concedido el recurso de casación excepcional para desarrollo de doctrina jurisprudencial, concordado con la causal prevista en el inciso 3 del artículo 429 del Código Procesal Penal (en adelante CPP). Precisó lo siguiente:



El representante del Ministerio Público ha formulado su recurso de casación dentro del término de ley, ha invocado el motivo casacional pertinente [artículo 429.3 del Código Procesal Penal], ha acompañado los fundamentos que sustentan su pretensión y ha formulado una propuesta de desarrollo jurisprudencial. Ello genera la necesidad de que este Supremo Tribunal emita una decisión autoridad y coetáneamente contribuya a la jurisprudencia nacional. Corresponde, entonces, admitir el recurso de casación promovido para emitir pronunciamiento sobre el fondo de la controversia y determinar si la decisión de la Sala Superior se ha circunscrito a los hechos objeto de imputación, si estos configurarían delito de peculado doloso y si la decisión de declarar fundada la excepción de improcedencia de acción se encuentra fundada en derecho.

De este modo, corresponde analizar el caso en los términos habilitados por el referido auto de calificación del recurso de casación, a decir: si el auto de vista se circunscribió a los hechos objeto de imputación, si se configura el delito de peculado doloso y si se encuentra fundado en derecho (principio de mínima intervención).

III. Audiencia de casación

Quinto. Instruido el expediente, se señaló como fecha para la realización de la audiencia de casación el veinticinco de marzo del año en curso, la que se realizó conforme a ley, con lo que la causa quedó expedita para emitir pronunciamiento. Así, cerrado el debate y deliberada la causa, se produjo la votación correspondiente, en la que se acordó pronunciar por unanimidad la presente sentencia y darle lectura en la audiencia programada para la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

IV. De la debida motivación de las resoluciones judiciales

Sexto. La obligación de fundamentar las sentencias, propia del derecho moderno, se ha elevado a categoría de principio-derecho.



En nuestro país el artículo 139, inciso 5, de la Constitución Política señala lo siguiente:

Son principios y derechos de la función jurisdiccional:

[...]

5. La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan". Igualmente, el artículo 12 de la Ley Orgánica del Poder Judicial prescribe: "Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustenta.

- 6.1.** El derecho constitucional a la debida motivación de las resoluciones judiciales obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengán planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia².
- 6.2.** La motivación de las resoluciones judiciales: **a)** se aplica a todos los casos en que se deciden cuestiones de fondo, **b)** es un mandato dirigido a todos los jueces de las diversas instancias, **c)** implica la obligatoriedad de fundamentar jurídica (fundamentos de derecho) y fácticamente (fundamentos de hecho) la decisión y **d)** la motivación de las decisiones judiciales de fondo debe hacerse por escrito³.

² STC número 04295-2007-PHC/TC, del veintidós de septiembre de dos mil ocho.

³ Casación número 1382-2017/Tumbes, del diez de abril de dos mil diecinueve, fundamento jurídico octavo.



V. Del principio de mínima intervención

Séptimo. El derecho penal está enmarcado en el principio de mínima intervención, lo que supone que el ejercicio del poder de punición tiene que ser el último recurso disuasivo que puede utilizar el Estado para controlar desmanes transgresores de la vida en comunidad. Este principio es admitido unánimemente por la doctrina penal, según la cual “el derecho penal ha de reducir su intervención a aquello que sea estrictamente necesario en términos de utilidad social general”. En aplicación de este principio el ejercicio de la facultad sancionatoria criminal debe operar cuando las demás alternativas de control han fallado, es decir, carece de sentido la intervención del derecho penal cuando existe la posibilidad de utilizar otros medios o instrumentos jurídicos no penales para restablecer el orden jurídico, como las sanciones propias del derecho administrativo o del derecho civil, que permiten la solución del conflicto lo más satisfactoriamente posible tanto para el imputado como para la sociedad. Es así, pues, como el derecho penal muestra el carácter subsidiario respecto a las otras ramas del ordenamiento jurídico, lo cual resulta fundamental al momento de abordar un caso concreto⁴.

7.1. El principio de intervención mínima constituye un límite al *ius puniendi* del Estado, pues señala que se justifica la intervención penal siempre que esta sea necesaria e indispensable para el mantenimiento de la armonía social, pues el derecho penal deja de ser necesario para proteger a la sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en tanto sean menos lesivos para los derechos individuales. En ese sentido, se tiene que este principio acoge los siguientes

⁴ Recurso de Nulidad número 3004-2012, del trece de febrero de dos mil catorce.



subprincipios: fragmentariedad y subsidiariedad (*ultima ratio*). En tal virtud, el principio de fragmentariedad establece que el derecho penal no interviene en la regulación de todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino solo en las modalidades más peligrosas. Asimismo, el principio de subsidiariedad y/o *ultima ratio* señala que el derecho penal deberá intervenir exclusivamente cuando otros medios de control social hayan fracasado en el intento de salvaguardar el buen desarrollo de la sociedad⁵.

VI. El bien jurídico protegido en el delito de peculado

Octavo. El Acuerdo Plenario número 7-2019/CIJ-116, del diez de septiembre de dos mil diecinueve, señala que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el recto desarrollo o desenvolvimiento de la administración pública. En la doctrina nacional existen hasta tres posturas (dos de ellas son la protección del patrimonio estatal y el ejercicio de las funciones públicas), pero como fruto del acuerdo concreto de la Corte Suprema surge la tercera teoría, en que el bien jurídico específico protegido es la no lesividad de intereses patrimoniales de la administración pública y la evitación del abuso de poder del funcionario o servidor público que no debe quebrantar los deberes funcionales de lealtad y probidad (por tratarse de un delito pluriofensivo). Entonces, por su naturaleza se puede concluir que no solo se reprime el apoderamiento del dinero (ánimo de lucro), sino el deber de la correcta gestión funcional (debidada administración).

VII. De la excepción de improcedencia de acción

Noveno. La excepción de improcedencia de acción es un medio técnico de defensa que otorga al justiciable la potestad de

⁵ A. V. número 9-2015-1-Sala Penal Nacional, del catorce de marzo de dos mil dieciséis.



cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente, ello en virtud de la exigencia del principio de legalidad, conforme lo prevé el artículo 6, inciso 1, literal b), del CPP. Para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria⁶.

VIII. Análisis del caso concreto

Décimo. Este Tribunal, como garante de derechos, principios, bienes y valores constitucionales y como última instancia de la jurisdicción ordinaria (por lo tanto, encargada de dotar de uniformidad al sistema jurídico), admitió la casación extraordinaria para que se emita pronunciamiento respecto a que si el auto de vista se circunscribió a los hechos objeto de imputación, si se configura el delito de peculado doloso y si se encuentra fundado en derecho (principio de mínima intervención) concordado con el artículo 429, inciso 3, del CPP.

10.1. La excepción de improcedencia de acción tiene su soporte legal en el literal b) del inciso 1 del artículo 6 del CPP, norma adjetiva que regula las causales de procedencia: **i)** el hecho no constituye delito y **ii)** el hecho no es justiciable penalmente. El primero abarca la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad. El segundo se ubica en la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión

⁶ Recurso de Casación número 581-2015/Piura, del cinco de octubre de dos mil dieciséis.



de la pena o excusa absolutoria —son circunstancias que guardan relación con el hecho o que excluyen o suprimen la necesidad de pena⁷—.

10.2. En el escrito de excepción de improcedencia de acción, la defensa técnica del procesado invocó el literal b) del inciso 1 del artículo 6 del CPP y no especificó la causal de su recurso. Sin embargo, respecto a si el hecho no constituye delito, se tiene que los hechos materia de acusación consisten en que el procesado, en su condición de asistente de atención al cliente en la oficina de Cutervo-Unidad de Negocios Cajamarca Centro-Electronorte, y teniendo como función la cobranza de los recibos de consumo de energía eléctrica, así como la atención de otros pagos, se habría apropiado de la suma de S/ 1946.10 (mil novecientos cuarenta y seis soles con diez céntimos) que los usuarios habían cancelado, monto que no cumplió con registrar en el sistema de recaudación ni tampoco depositó en las cuentas recaudadoras de su empleadora, lo que debía hacer como máximo al día siguiente. Posteriormente, en forma retrasada, depositó los montos apropiados.

10.3. Del modo como está descrito el relato fáctico, puede ser subsumido en el tipo delictivo de peculado, previsto en el artículo 387 del Código Penal, ya que el procesado presuntamente se apropió de dinero que recibió en su condición de trabajador del Área de Recaudación y Supervisión de la empresa Electronorte de la ciudad de Cutervo y lo devolvió posteriormente. Ello, además, fue aceptado por el mismo procesado en el recurso en el que promovió el medio de defensa.

⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, p. 284. Primera edición.



10.4. El otro supuesto en dicha excepción es si el hecho no es justiciable penalmente, pues el procesado fundamentó en su recurso que, si bien se habría apropiado del dinero materia de imputación, debe aplicarse el principio de mínima intervención por haber devuelto dicho dinero, los montos han sido mínimos y por ello no debe sancionarse la conducta del procesado, pues si la conducta atribuida no es merecedora de pena carece de relevancia proseguir con el desarrollo del proceso penal, por existir vías alternas que lesionan en menor grado el derecho del ciudadano. Criterio que acogió la Primera Sala Penal de Apelaciones en el auto de vista, conforme al fundamento 6.2 de la mencionada resolución.

10.5. Ahora bien, este Tribunal considera que el análisis debe partir de la naturaleza de la institución promovida por el casacionista. En el caso, como se ha señalado, se trata de una excepción de improcedencia de acción, la cual, como quedó dicho en los fundamentos de derecho y acorde con lo señalado en la Casación número 150-2010/La Libertad:

Constituye un medio de defensa frente a la imputación para evitar la prosecución de un proceso penal y se va a discutir entre otros, la subsunción normativa de la conducta en el tipo legal-tipicidad del hecho que recoge los aspectos objetivos y subjetivos, esto es que la conducta incriminada, no esté prevista como delito en el ordenamiento, que el suceso no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada por el representante del Ministerio Público o que no exista voluntariedad de la conducta, siempre que se manifieste, con toda evidencia de los términos de la imputación.

10.6. A ello hay que agregar que cuando se realiza el juicio de tipicidad se toma como base el bien jurídico tutelado. Ello es así porque el bien jurídico penal constituye un mecanismo de



limitación, así como un mecanismo de legitimación de la intervención penal. En el plano de la limitación, el bien jurídico exige que la ley penal solo pueda describir conductas merecedoras de pena, ya sea porque lesionan bienes jurídicos o porque los ponen en peligro. En el primer caso, la punibilidad de una conducta depende de un menoscabo o lesión al objeto de protección penal, en tanto que, en el segundo caso, se exige únicamente la probabilidad de un menoscabo o lesión para este, es decir, se exige solo el peligro o amenaza de lesión al bien jurídico penal. En el plano de la legitimación, el bien jurídico tutelado porta el núcleo de la justificación de una prohibición o mandato de carácter penal⁸.

10.7. En esa línea de argumentación, como se indicó en los fundamentos 10.2 y 10.3, los hechos postulados por el Ministerio Público pueden ser subsumidos eventualmente como constitutivos del delito de peculado, precisándose que el agente, según el relato fáctico, se apropió de la suma de S/ 1946.10 (mil novecientos cuarenta y seis soles con diez céntimos), y el delito se habría consumado con la apropiación para sí realizada por el agente; fue en un momento posterior que devolvió parte de dicha suma a los perjudicados, adeudando una suma menor por concepto de intereses. No obstante, aparentemente se pierde de vista que en el delito en comento el bien jurídico es pluriofensivo y no solo se reprime el apoderamiento del dinero del Estado, sino el deber de la correcta gestión funcional, desde que el funcionario quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad.

⁸ Expediente número 0006-2014-PI/TC, del cinco de marzo de dos mil veinte, caso Comunicación de operaciones sospechosas.



10.8. El Tribunal de Apelación ha dejado de lado la verificación de si existe correlato del fáctico planteado con los elementos objetivo y subjetivo del tipo penal del artículo 387 del Código Penal, limitándose a evaluar los principios de mínima intervención y de lesividad de la conducta, vinculados a una futura inexistencia de pena, en una incidencia donde, reitera este Tribunal, no resulta pertinente dicha ponderación. Es cierto que eventualmente podría determinarse una penalidad benigna, de ser el caso, realizando el respectivo análisis de proporcionalidad, en el marco de la pena conminada, pero no resulta adecuado para sobreseer la causa, como erróneamente se hizo en el auto de vista, por lo que corresponde casar dicho auto y, actuando como instancia, confirmar la resolución emitida en primera instancia, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción, para proseguir el trámite del proceso, según su estado.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el representante del **Ministerio Público** contra la resolución del cuatro de septiembre de dos mil veinte, emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, que revocó la resolución del cinco de noviembre de dos mil diecinueve, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el procesado José Óscar Zapatel Cubas y, reformándola, declaró fundada dicha



PODER JUDICIAL

CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE
CASACIÓN N.º 982-2020
LAMBAYEQUE

excepción, en el proceso que se le sigue a José Óscar Zapatel Cubas por el delito de peculado, en agravio del Estado. En consecuencia, **CASARON** el auto de vista y, actuando en sede de instancia, **CONFIRMARON** el auto de primera instancia, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el procesado José Óscar Zapatel Cubas, por lo que se debe continuar el proceso conforme a su estado.

- II. **DISPUSIERON** que la presente decisión sea leída en audiencia pública por intermedio de la Secretaría de esta Sala Suprema y que, acto seguido, se notifique a las partes apersonadas en esta instancia, se publique en el portal web del Poder Judicial y, luego, se archive el cuadernillo formado en esta instancia.

S. S.

SAN MARTÍN CASTRO

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

COAGUILA CHÁVEZ

CARBAJAL CHÁVEZ

CCH/SMR