

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO APELACIÓN N° 182-2022/PUNO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título. Delito de omisión de actos funcionales. Elementos

Sumilla 1. El artículo 377 del Código Penal contiene un tipo delictivo alternativo (omitir, rehusar o demorar actos funcionales), pero la imputación omitir, rehusar o demorar actos funcionales), pero la imputación se circunscribe al primer supuesto: omisión de actos funcionales. Al respecto, la figura penal dice: “El funcionario público que, ilegalmente, omite [...] algún acto de su cargo, será reprimido...”.
2. Este delito tiene un elemento normativo. El agente público, debiendo actuar de conformidad a lo que la ley, el reglamento o un protocolo, en marco de sus atribuciones y funciones de su cargo, sin embargo, no lo hace. Desde este presupuesto, de imposición normativa, el agente no realiza el acto funcional debido.
3. Desde sus demás elementos objetivos se tiene la necesidad de realizar un acto conforme a las circunstancias del caso y a las atribuciones y funciones del cargo (situación típica); la ausencia de una acción determinada (no realizar el acto funcional determinado); y, la capacidad de realizar la acción, en función a la forma y circunstancias en que se encuentra el agente público.
4. El tipo subjetivo, doloso, consiste en el conocimiento de los elementos del tipo de injusto: que existe una disposición que lo obliga a actuar y, pese a ello, se decide no hacerlo, pudiendo hacerlo.

–AUTO DE APELACIÓN–

Lima, once de julio de dos mil veintitrés

AUTOS y VISTOS; en audiencia pública: con la resolución disciplinaria de la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Puno: el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado NANDO HUBERT LÓPEZ BLANCO contra el auto de primera instancia de fojas setenta y ocho, de nueve de agosto de dos mil veintidós, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de incumplimiento de deberes funcionales en agravio del Estado. Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ 1. DE LA IMPUTACIÓN FORMULADA CONTRA EL RECURRENTE

PRIMERO. Que, según la disposición de formalización de investigación preparatoria, se atribuye a los fiscales Nando Hubert López Blanco, Luis Hugo Choque Rosas y José Alexander Osorio Viveros haber omitido llevar a cabo la diligencia de pesaje de materiales auríferos en forma oportuna (el mismo día que fue intervenido William Emanuel Monroy, es decir, el veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis). También haber omitido dejar

constancia expresa, en las distintas actas de incautación y lacrado, que el oro incautado al mencionado intervenido se encontraba mezclado con piedras.

∞ El veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis, como a las once horas con cincuenta minutos, se intervino a William Emanuel Monrroy y se le encontró en su poder tres envoltorios de papel conteniendo pequeños trozos de mineral aurífero), a quien se le notificó su detención, se le practicó el registro personal y se le trasladó a la Comisaría de San Antón. Al promediar las catorce horas con veinte minutos se realizó el pesaje del oro incautado, con la presencia de la juez de paz Josefina Sosa Condori, el efectivo policial Richard Anderson Vega Jiménez y otros. Se obtuvo un peso de un kilo gramo con ciento cincuenta gramos.

∞ Las acciones de intervención y detención de Emanuel Monrroy, así como el pesaje del oro incautado habrían sido puestas en conocimiento al fiscal adjunto Provincial, doctor Alexander Osorio Viveros, por parte del efectivo policial Efraín Peñaloza Maquera. En tal virtud, el mencionado fiscal adjunto provincial, el fiscal adjunto provincial Nando Huber López Blanco y el fiscal provincial Luis Hugo Choque Rosas se constituyeron a la Comisaría de San Antón llevando consigo una balanza electrónica que previamente se prestaron del despacho de la Fiscalía provincial de Drogas de Juliaca.

∞ Los fiscales el día de los hechos, en la dependencia policial, procedieron a levantar distintas actas, entre ellas las siguientes: *(i)* acta fiscal (desde las diecisiete horas con cincuenta minutos hasta las dieciocho horas con diez minutos) –consignaron que se hicieron presentes en las instalaciones de la Comisaría y advirtieron que el oro se encontraba en un escritorio de metal distribuido en tres cantidades sobre hojas de papel y a la vista–; *(ii)* el acta fiscal de requerimiento (desde las dieciocho horas con once minutos hasta las dieciocho horas con catorce minutos) –consignaron que se requirió al intervenido Emanuel Monrroy precisar la procedencia del oro incautado–; y, las actas de incautación y lacrado (desde las dieciocho horas con quince minutos hasta las diecinueve horas con veinte minutos) procedieron a incautar el material aurífero y su lacrado en un sobre manila de color amarillo con su respectiva cadena de custodia.

∞ Pese a la gravedad del asunto (incautación de más de un kilogramo de material aurífero) y que contaban con una balanza electrónica, los fiscales omitieron llevar a cabo la diligencia de pesaje el mismo día, puesto que con fecha veintinueve de noviembre del mismo año el fiscal adjunto provincial José Osorio Viveros realizó el pesaje del material aurífero en una balanza electrónica, que arrojó un peso de seiscientos veinte gramos. Ello evidenció una actuación fiscal inoportuna, deficiente y carente de diligencias, pues al realizarse, tiempo después, el pesaje por la autoridad fiscal recién se advirtió la reducción del material aurífero incautado.

∞ Los fiscales, pese haber levantado distintas actas, omitieron dejar constancia expresa que el oro incautado al intervenido Emanuel Monrroy se encontraba mezclado con piedras, y recién en la diligencia de deslacrado, separación de material aurífero e impurezas y lacrado de sobre manila,

realizada el nueve de junio de dos mil diecisiete (más de seis meses después) se advirtió que el oro incautado era refogado y contenía impurezas. De ello se colige una omisión para los fines de la investigación por la presunta comisión del delito de lavado de activos. La omisión funcional incurrida fue advertida en la Resolución 12-2019-MP-FN-FSCI-ODCI-PUNO/CPD, de ocho de marzo de dos mil diecinueve, recaída en el Caso 468-2018, por la cual la Oficina Desconcentrada de Control Interno de Puno declaró fundada la Queja de oficio seguida contra Luis Hugo Choque Rosas, Nando Hubert López Blanco y José Alexander Osorio Viveros en su actuación como fiscales y les impuso la medida disciplinaria de multa del diez por ciento de su remuneración mensual.

§ 2. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA

SEGUNDO. Que la defensa del encausado LÓPEZ BLANCO en su recurso formalizado de fojas veintinueve del cuaderno formado ante esta sede suprema, de doce de agosto de dos mil veintidós, instó se revoque el auto que desestimó la excepción de improcedencia de acción. Alegó que el auto recurrido no se amolda a las sentencias casatorias 407-2015, 581-2015, 169-2021 y 1092-2021; que no existe norma alguna que establezca el deber de realizar el pesaje del material aurífero de manera inmediata; que la conducta incriminada no está prevista como delito; que no se atribuye la disminución y/o apropiación del oro antes, durante o después de la omisión del deber funcional, consistente en no haber pesado en forma oportuna el referido material.

§ 3. DEL ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO

TERCERO. Que el procedimiento seguido es como sigue:

1. Mediante Disposición una, de fojas una, de veintitrés de julio de dos mil veintiuno, se formalizó investigación preparatoria contra José Alexander Osorio Viveros, Luis Hugo Choque Rosas y Nando Hubert López Blanco por el delito de omisión de actos funcionales – omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales en agravio del Estado. Se realizó diligencias preliminares.
2. Por disposición dos, de fojas treinta y cinco, de catorce de enero de dos mil veintidós, se prorrogó la investigación preparatoria, en sede fiscal, en contra de Luis Hugo Choque Rosas, Nando Hubert López Blanco y José Alexander Osorio Viveros por el plazo de sesenta días, dentro del cual se realizaría diversas diligencias, tales como recabar la respuesta del levantamiento de las comunicaciones y levantamiento bancario, y reiterar de oficio al Ministerio Público para que designe perito contable.
3. Por disposición tres, de fojas treinta y ocho, de dos de marzo de dos mil veintidós, se declaró compleja la investigación preparatoria por ocho meses, que finalizaría el catorce de mayo de dos mil veintidós.

4. El investigado LÓPEZ BLANCO por escrito de fojas cincuenta y nueve, de veintitrés de junio de dos mil veintidós, dedujo excepción de improcedencia de acción. Alegó que el hecho investigado no constituye delito, artículo 6.1, literal b, primer supuesto del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–; que la conducta atribuida no se adecua a ninguno de los verbos rectores contenidos en el tipo penal investigado; que el verbo “omitir” consiste en un “no hacer”; que la conducta atribuida tampoco se subsume en el verbo “rehusar”, pues para ello debe haber un previo requerimiento; que, con relación al verbo “retardar”, se entiende que hay un plazo perentorio.
5. El Juzgado Superior de la Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Puno por auto de fojas setenta y ocho, de nueve de agosto de dos mil veintidós, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción. Consideró que no es posible sostener que mediante la excepción de improcedencia de acción se advierta la no existencia de sujeto activo, más aún si el día de la incautación el encausado López Blanco y otros fiscales en condición de tal omitieron realizar, en forma oportuna, la diligencia de pesaje del material aurífero en forma oportuna; que ello debe ser objeto de la investigación.
6. Contra esta resolución el investigado LÓPEZ BLANCO interpuso recurso de apelación por escrito de fojas veintinueve del cuaderno de apelación, de doce de agosto de dos mil veintidós.

CUARTO. Que concedido el recurso de apelación y elevado el expediente a este Supremo Tribunal, previo trámite de traslado, se declaró bien concedido el recurso de apelación por Ejecutoria de fojas cuarenta y cuatro, de veintiocho de febrero de dos mil veintitrés.

∞ Por decreto de fojas cuarenta y siete, de dieciséis de junio de dos mil veintitrés, se señaló día de la fecha para la audiencia de apelación.

∞ La audiencia pública se realizó con la intervención de la defensa del encausado López Blanco, doctor Basilio Churata Calsín, y del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor Marco Antonio Pinazo Molina, conforme al acta respectiva.

QUINTO. Que, concluida la audiencia de apelación suprema, acto seguido se procedió a deliberar y votar la causa en sesión secreta, y obtenido en la fecha el número de votos necesarios, corresponde pronunciar el presente auto de apelación suprema.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura en apelación estriba en determinar si los hechos materia de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria constituyen delito de omisión de actos funcionales, calificación negada por el recurrente López Blanco.

SEGUNDO. Que, en efecto, la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria de veintitrés de julio de dos mil veintiuno puntualizó que los fiscales investigados, entre ellos el encausado López Blanco, incurrió en el delito de omisión funcional, previsto y sancionado por el artículo 377 del Código Penal porque no realizaron la diligencia de pesaje de material aurífero el mismo día en que se intervino a William Emanuel Monrroy: veintiocho de noviembre de dos mil dieciséis. Ello dio lugar a que cuando se realizó la diligencia de pesaje, el nueve de junio de dos mil diecisiete (más de seis meses después), el oro incautado era de menor peso.

TERCERO. Que el artículo 377 del Código Penal contiene un tipo delictivo alternativo (omitir, rehusar o demorar actos funcionales), pero la imputación se circunscribe al primer supuesto: omisión de actos funcionales. Al respecto, la figura penal dice: “El funcionario público que, ilegalmente, omite [...] algún acto de su cargo, será reprimido...”.

∞ Este delito tiene un elemento normativo. El agente público, debiendo actuar de conformidad a lo que la ley, el reglamento o un protocolo, en marco de sus atribuciones y funciones de su cargo, sin embargo, no lo hace [cfr.: ROJAS VARGAS, FIDEL: *Delitos contra la Administración Pública*, Tomo I, 5ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 337-229]. Desde este presupuesto, de imposición normativa, el agente no realiza el acto funcional debido. Desde sus demás elementos objetivos se tiene la necesidad de realizar un acto conforme a las circunstancias del caso y a las atribuciones y funciones del cargo (situación típica); la ausencia de una acción determinada (no realizar el acto funcional determinado); y, la capacidad de realizar la acción, en función a la forma y circunstancias en que se encuentra el agente público [cfr.: MIR PUIG, SANTIAGO: *Derecho Penal – Parte General*, 8va. Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2008, pp. 316]. El tipo subjetivo, doloso, consiste en el conocimiento de los elementos del tipo de injusto: que existe una disposición que lo obliga a actuar y, pese a ello, se decide no hacerlo, pudiendo hacerlo.

CUARTO. Que, en el presente caso, más allá de la intervención de la autoridad disciplinaria y la sanción impuesta –no se cuestiona en esta excepción la interdicción del *ne bis in idem*–, se trató de una omisión penalmente relevante. Es obvio que los protocolos dictan, ante una intervención en flagrancia e incautación de un bien presuntamente delictuoso, practicar el pesaje del bien y levantar el acta respectiva, más aún si se trataba de oro en tres paquetes, y si, previamente, los fiscales se agenciaron de una balanza electrónica. Este delito es de omisión pura, pero en el caso de autos tal omisión perturbó seriamente la reconstrucción de los hechos en cuando a la dimensión de lo presuntamente incautado. La necesidad del pesaje inmediato era urgente conforme al artículo 330, apartado 2, del CPP.

- ∞ En todo caso, la existencia de un mandato normativo, de cualquier índole, es lo que exige el CPP. Por lo demás, el tipo delictivo solo requiere una norma específica, o una de carácter general que guie el buen orden de un acto de investigación y de aseguramiento de bienes delictivos.
- ∞ Por consiguiente, estando a lo expuesto, la excepción deducida no es de recibo.

QUINTO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación el artículo 497, apartado 1, del CPP. No cabe su imposición porque se está ante una resolución interlocutoria.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa del encausado NANDO HUBERT LÓPEZ BLANCO contra el auto de primera instancia de fojas setenta y ocho, de nueve de agosto de dos mil veintidós, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de incumplimiento de deberes funcionales en agravio del Estado. En consecuencia, **CONFIRMARON** el auto de primera instancia. **II.** Sin costas. **III. MANDARON** se transcriba la presente resolución al Juzgado Superior de la Investigación Preparatoria para los fines de ley, al que se enviarán las actuaciones; registrándose. **IV. DISPUSIERON** se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **INTERVINO** en señor Cotrina Miñano por licencia de la señora Altabás Kajatt. **HÁGASE** saber a las partes personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

SEQUEIROS VARGAS

COTRINA MIÑANO

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/RBG