

EXPEDIENTE N° : 00026-2023-2-5001-JS-PE-01
INVESTIGADA : ZORAIDA AVALOS RIVERA
DELITOS : OMISION, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS
FUNCIONALES
AGRAVIADO : EL ESTADO
JUEZ SUPREMO (p) : JUAN CARLOS CHECKLEY SORIA
ESP. JUDICIAL : PILAR NILDA QUISPE CHURA

AUTO QUE RESUELVE EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

RESOLUCIÓN NÚMERO TRES

Lima, veintitrés de noviembre de dos mil veintitrés.

AUTOS, VISTOS Y OÍDOS; en audiencia pública de 30/10/2023, la excepción de improcedencia de acción interpuesta por la defensa de la investigada Zoraida Avalos Rivera respecto del delito de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales en agravio del Estado; Y,

CONSIDERANDO

PRIMERO.- ANTECEDENTES

- 1.1** Mediante Resolución Legislativa del Congreso 025-2022-2023-CR publicada en el diario oficial El Peruano el 23/06/2023 se declaró haber lugar a la formación de causa penal contra la señora Zoraida Avalos Rivera, en su condición de ex fiscal de la Nación, por la presunta comisión del delito de Omisión, Rehusamiento o Demora de actos Funcionales, tipificado en el artículo 377° del Código Penal, en agravio del Estado.
- 1.2** En la citada resolución legislativa se señala la justificación de dicha decisión, teniendo como sustento tanto los informes final y de rectificación material aprobados por mayoría de la Sub Comisión de Acusaciones Constitucionales del Congreso respecto de las denuncias constitucionales 209 y 231 (acumuladas) que recomiendan acusar a Avalos Rivera por el

delito antes citado, al haber quedado acreditado que, a fines de noviembre de 2021 ya existían suficientes indicios razonables que fueron difundidos por medios periodísticos, como la existencia de un “despacho presidencial paralelo” ubicado en la casa del pasaje Sarratea, las visitas de la señora Karelím López a Palacio de Gobierno y el posterior favorecimiento a empresas vinculadas a ella consistente en la adjudicación de contratos públicos, hechos de contenido delictivo que incriminaban al expresidente de la República José Pedro Castillo Terrones en la participación de presuntos actos delictivos, pudiendo, por tanto, la denunciada, como máxima representante del Ministerio Público y titular de la acción penal, disponer la iniciación de la investigación fiscal, sin tener que esperar hasta del 4 de enero de 2022, fecha en la que la denunciada dispuso que se abran las Carpetas Fiscales N° 251-2021 y N° 222-2021, donde se dispone el inicio de la investigación preliminar al entonces presidente de la República, así como que esta investigación se suspenda hasta la finalización del mandato presidencial, lo cual es un claro rehusamiento de la denunciada a cumplir con sus obligaciones funcionales: investigar los supuestos delitos cometidos por el expresidente de la República José Pedro Castillo Terrones.

- 1.3** El 28/06/2023 la Fiscalía de la Nación por Disposición N° 01 de la misma fecha formalizó la investigación preparatoria en los términos ya citados en la Resolución Legislativa precedente.
- 1.4** Posteriormente, mediante Resolución uno de 07/07/2023, este Juzgado Supremo de Investigación Preparatoria (en adelante JSIP) tuvo por aprobada y comunicada la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria antes citada.

SEGUNDO.- HECHOS

Según la Fiscalía los hechos descritos tanto en la Formalización de la Investigación Preparatoria como en la resolución de este Juzgado Supremo por la que tuvo por comunicada dicha formalización¹, se atribuye a la investigada Avalos Rivera:

3.1. "IMPUTACIÓN ESPECÍFICA

3.1.1. IMPUTACIÓN ESPECÍFICA CONTRA ZORAIDA ÁVALOS RIVERA POR EL DELITO DE OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES

Se imputa a **ZORAIDA ÁVALOS RIVERA**, en su condición de fiscal de la Nación [a la fecha de los hechos], ser presunta **AUTORA** del delito contra la Administración Pública, en la modalidad de **OMISIÓN, REHUSAMIENTO O DEMORA DE ACTOS FUNCIONALES**, ilícito penal previsto y sancionado en el artículo 377° del Código Penal, en agravio del Estado; ello, en razón a que la referida imputada, aproximadamente a fines del mes de noviembre de 2021, habría tomado conocimiento a través de fuentes de información pública [medios de comunicación], sobre hechos presuntamente ilícitos en los que habría estado involucrado el hoy expresidente de la República José Pedro Castillo Terrones, los que posteriormente le fueron comunicados de manera formal por el entonces fiscal superior coordinador nacional de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, a través de los informes N.° 010-2021-KZM-5D-2°FPCEDCFLIMA-MP-FN², del 15 de diciembre de 2021 y N.° 13-KZM-5D-2°FPCEDCFLIMA-MP-FN³, del 23 de diciembre de 2021, ambos emitidos por la fiscal provincial Karla Mercedes Zecenarro Monge, pese a lo cual, **ÁVALOS RIVERA** habría omitido disponer el inicio de actos de investigación en contra del aludido exmandatario.

De esa manera, **ZORAIDA ÁVALOS RIVERA**, ante las noticias criminales puestas en su conocimiento como fiscal de la Nación, que generaron ante su despacho las carpetas fiscales **251-2021** y **222-2021**, se pronunció en el sentido que había mérito para investigar preliminarmente al entonces mandatario José Pedro Castillo Terrones, por diferentes hechos presuntamente ilícitos que se le atribuían; sin embargo, de manera incongruente con su propio pronunciamiento, señaló que debía suspenderse el inicio de los actos de investigación hasta la culminación del mandato presidencial.

En efecto, en el marco de la carpeta fiscal N.° 251-2021, **ZORAIDA ÁVALOS RIVERA** expidió la disposición N.° 01⁴, del 04 de enero de 2022, en la que, entre otros, dispuso "**HABER MÉRITO PARA INVESTIGAR PRELIMINARMENTE A JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES, en su condición de presidente de la República, por la presunta comisión del delito contra la administración pública – tráfico de influencias agravado en calidad de autor y por el delito de colusión en calidad de partícipe, y otros que se determinen en el curso de la investigación; en agravio del Estado debiéndose suspender el inicio de los actos de investigación hasta la culminación de su mandato presidencial**" [subrayado y resaltado son nuestros].

Del mismo modo, en el marco de la carpeta fiscal N.° 222-2021, **ZORAIDA**

¹ Resolución 04 de 03/10/2023, que consta en el Expediente 00026-2023-0-5001-JC-PE-01

² Ver folios 273/277.

³ Ver folios 270/272.

⁴ Ver folios 234/244.

ÁVALOS RIVERA expidió la disposición N.º 02⁵, del 04 de enero de 2022, en la que decidió "**HABER MÉRITO PARA INVESTIGAR PRELIMINARMENTE A JOSÉ PEDRO CASTILLO TERRONES, en su condición de presidente de la República, por la presunta comisión del delito contra la administración pública – tráfico de influencias agravado o patrocinio ilegal en calidad de autor y otros que se determinen en el curso de la investigación; en agravio del Estado debiéndose suspender el inicio de los actos de investigación hasta la culminación de su mandato presidencial**" [subrayado y resaltado son nuestros].

De esa manera, a través de su conducta omisiva, **ZORAIDA ÁVALOS RIVERA** habría contravenido lo establecido tanto en la Constitución Política del Perú, como en las normas infraconstitucionales que se han invocado en el acápite 3.1.2.1.; así como las normas procesales que regulan lo concerniente a la investigación preliminar y su finalidad".

TERCERO.- DE LA SOLICITUD DE LA DEFENSA

La defensa de la investigada Avalos Rivera deduce excepción de improcedencia de acción al amparo del artículo 6º literal b del Código Procesal Penal (en adelante CPP) y solicita se declare fundada, respecto del delito imputado de omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales señalando concretamente que los hechos denunciados no constituyen delitos, porque se le está investigado a su patrocinada en su calidad de ex Fiscal de la Nación, por omitir ilegalmente cumplir actos de su función.

CUARTO.- ARGUMENTOS DE LAS PARTES EN AUDIENCIA

Instalada la audiencia pública el 30/10/2023, con participación del Fiscal Supremo Jaime Alcides Velarde Rodríguez, el abogado de la defensa Luis Vargas Valdivia y por la Procuraduría General del Estado la abogada Pamela Sifuentes.

4.1 ARGUMENTOS DE LA DEFENSA DE AVALOS RIVERA

La defensa sustenta la excepción de improcedencia de acción expresando:

- Señaló que la imputación específica contra su patrocinada está en el numeral 3.2.1 del requerimiento fiscal; agrega que como es de verse en concreto atribuyen a la señora Avalos Rivera que en su

⁵ Ver folios 245/254.

condición de ex Fiscal de la Nación, inició una investigación preliminar contra el ex presidente de la República Castillo Terrones (carpetas fiscales N°s 251-2021 y 222-2021) y luego ordenó suspender los actos de investigación de investigación hasta la culminación del período presidencial.

- Sostiene que imprecisamente se le imputa una conducta omisiva además de no atender dos informes fiscales internos y retardar en la emisión de disposiciones de inicio de investigación preliminar contra el ex presidente Castillo Terrones; agrega que la excepción interpuesta se hace en virtud del primer supuesto del artículo 6° inciso i) esto es, el hecho denunciado no constituye delito sobre la base de dos razones: el hecho es atípico y no es antijurídico; en cuanto a lo primero invoca la atipicidad relativa ya que no se verifica la concurrencia de todos los elementos del tipo penal imputado, pues la conducta de su patrocinada no se subsume en la conducta típica de “omisión ilegal de algún acto de su cargo”, en la figura del verbo rector que se le sindicó, esto es, omitir ilegalmente un acto propio de su cargo.
- Manifiesta que sobre ello, la Corte Suprema de Justicia en la Casación N° 1631-2018 Ica señala que no basta con la sola verificación del verbo rector (omisión) sino que también se necesita el carácter ilegal de la inacción del agente, consistente en la vulneración de lo establecido en la ley que es manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico; sobre el hecho específico de omisión la conducta es atípica pues su patrocinada si emitió disposiciones de inicio de una investigación preliminar; y si habría una supuesta demora, esta conducta no se imputó específicamente como retardar;

4.2 ARGUMENTOS DE LA FISCALIA

La fiscalía solicita se declare infundada la excepción de improcedencia de acción, conforme lo siguiente:

- Sostiene que el sustento fáctico de esta investigación está definido por la resolución legislativa del Congreso 025-2022-2023-CR, base sobre la cual se dispuso formalizar la investigación preparatoria por el delito tipificado en el artículo 377° del Código Penal, y así en los fundamentos de hecho de la disposición se narra detalladamente los hechos precedentes, concomitantes y consecuentes atribuidos a Avalos Rivera; ésta fue aprobada por el Juzgado Supremo mediante la correspondiente resolución; se trata de un proceso penal especial por el cargo que ocupaba como Fiscal de la Nación, donde se aplican reglas del proceso común y especial del Código Procesal Penal; se define el marco fáctico y el objeto de la investigación es su actuación como Fiscal de la Nación en calidad de titular de la acción penal al no investigar al ex presidente Castillo Terrones; así el marco fáctico está definido.
- Agrega que con la investigación se determinará cuál fue su actuación, que hizo o no hizo, si hubo omisión, rehusamiento o retardo; agrega que ello no es objeto de análisis de una excepción de improcedencia de acción, pues hay una vía específica si se trata de una imputación necesaria, cual sería, la tutela de derechos, no existe una falta de imputación, los hechos están detallados, refiere casaciones de la Corte Suprema sobre el trámite de una excepción donde no puede revisarse prueba en absoluto, debiendo analizarse los hechos propuestos por el titular de la acción penal; la finalidad de la investigación preparatoria es precisamente para determinar si la conducta incriminada es delictuosa o no, las circunstancias, móvil, la participación del autor y el daño causado; se proporcionó por la defensa los criterios asumidos por otros fiscales; la calificación no es absoluta tampoco inmutable, por ello la investigación es progresiva.

4.3 ARGUMENTOS DE LA PROCURADURIA

Sostiene la señora abogada de la Procuraduría que comparte la postura de la Fiscalía, y conforme a la Corte Suprema no es este el estadio para discutir una excepción de improcedencia de acción; en este caso los argumentos de la defensa se orientan a eximir de responsabilidad penal a su patrocinada; la naturaleza de la excepción no se pronuncia sobre el fondo del asunto; es una etapa preliminar, la imputación se encuentra detallada en la disposición fiscal, habría omitido continuar una investigación penal; la defensa plantea una atipicidad relativa, pues el hecho en su opinión es atípico; al respecto la recurrente suspendió una investigación porque consideraba que según la Constitución un presidente solo puede ser investigado por determinados supuestos; la investigación abierta convalida su facultad para investigar pero no restringe que continúe la misma, y el accionar anterior de los fiscales de la Nación es un tema que debería analizarse en otro estadio. No se señala porque decidió suspender la investigación, cuáles fueron sus argumentos, la referencia es que ya se adoptaron decisiones anteriores sobre este tema y lo considera un precedente.

QUINTO.- FUNDAMENTOS FACTICOS Y JURIDICOS

5.1 DELITO DE OMISIÓN DE ACTOS FUNCIONALES

5.1.1 El delito de omisión de actos funcionales tipificado en el artículo 377° del Código Penal, modificado por la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30364 (publicada el 23/11/2015) vigente al momento de los hechos, establece que el funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor a dos años y con treinta a sesenta días-multa. Cuando la omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales esté referido a una solicitud de garantías constitucionales o caso de violencia familiar, la

pena será privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años.

5.1.2 Sobre esta materia, las Salas Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República⁶ señala que en dicho delito las conductas delictivas, en su mayoría sancionan una acción de lesión efectiva; sin embargo, también se incorpora comportamientos omisivos que por su configuración típica pueden ser propios e impropios; agrega que por su parte los delitos de omisión propia refieren aquellos tipos penales cuyo contenido se encuentra taxativamente descrito en la norma sustantiva, que demanda el incumplimiento de una acción previamente delimitada, esto es, la infracción de un deber jurídico positivizado, con independencia de los resultados que con posterioridad genere inacción; indican que conforme con la técnica legislativa expuesta, se advierte que el tipo penal en análisis se erige en un delito especial propio o funcional de infracción de deber, el cual exige que el agente penal, sujeto activo del delito, ostente la condición de funcionario público y, como tal, sea titular de deberes particulares y positivizados, por lo tanto la conducta omisiva se refiere justamente a aquellos actos propios de la función ejercida, de su exclusivo ámbito de competencia, que repercutan en la actividad desplegada por la Administración Pública.

5.1.3 Los verbos rectores que delimitan la conducta representan la negativa del agente penal ante el cumplimiento del deber encomendado y su titularidad, y finalmente considera que omitir implica no realizar, no ejecutar, no materializar, no llevar a cabo la conducta que le compete al funcionario como tal. De acuerdo con lo señalado por Reategui Sánchez⁷ el delito de omisión de actos funcionales no

⁶ Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Apelación N° 73 2022 Piura de 07/02/2023 y Casación N° 169 2012 Ancash de 12/09/2013. Sala Penal Transitoria. Casación N° 1631-2018/Ica de 12/08/2021.

⁷ REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. "DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL CÓDIGO PENAL". 2da Edición, mayo 2017 Juristas Editores E.I.R.L, Lima- Perú pp. 291-294 y ss.

requiere de un resultado lesivo más allá de la propia inercia dolosa del funcionario, por lo que el comportamiento de omisión se configura cuando incumple algún acto funcional; agrega que la conducta típica de este tipo penal recae en la figura delictiva en conjunto y se denomina incumplimiento de deberes y se perfecciona por tres supuestos ilícitos perfectamente diferenciados, los cuales son omitir, rehusar y retardar; concluye que la tipicidad subjetiva del tipo penal es siempre dolosa y que la jurisprudencia penal señala que el delito de omisión de deberes funcionales se consuma cuando el funcionario no realiza una conducta a la que estaba obligado en razón de su cargo.

5.1.4 De otro lado, se debe tener en cuenta lo manifestado por la Sala Penal Permanente⁸ donde precisa que en un delito de infracción de deber el sujeto activo para cometer el injusto debe ser funcionario público, y debe contar con una relación especial con el bien jurídico, pues no solo tiene el deber negativo de no dañar con su actuación algún bien jurídico (*neminum laedere*), sino que tiene el deber positivo de resguardar el mismo a través del cumplimiento de sus funciones. Así, continúa señalando que el bien jurídico protegido en el delito materia de examen es el normal desarrollo de las funciones públicas, por lo que el delito se perfecciona con la sola omisión, es decir el tipo penal no exige un resultado lesivo a la Administración Pública por lo que estamos ante un delito de mera actividad. Concluye que el dolo implica conocer que se realiza un acto contrario al derecho, tipificado en la norma, este conocimiento o desconocimiento, se tiene que acreditar con los diversos medios de prueba que acepta la ley procesal.

5.1.5 En palabras de Jara Pacheco y Ramírez Tipacti⁹, el tipo penal reconoce que el incumplimiento de deberes tiene que ver con los tres

⁸ Corte Suprema de Justicia de la República. Casación N° 169-2012/Ancash. 12/09/2013

⁹ Salinas R. (2014) Delitos contra la Administración Pública, tercera edición. Grijley. Citado en Jara Pacheco, Fiorenka y Ramírez Tipacti, Luis Alberto. "El delito de Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales a la luz la teoría del deber y la administración pública ". Saber Servir N.º06- Diciembre, 2021- ISSN2522-6738. <http://doi.org/10.54774/ss.2021.06.08>. Pp. 158-159.

verbos rectores: omitir, rehusar y retardar; citan Jara y Ramírez que la “ejecutoria del 14 de enero del 2000” señaló “... omitir significa no hacer lo que se debe y pueda hacer en un determinado tiempo o momento, rehusar cuando rehúsa llevar a cabo un acto de su cargo para el que le ha requerido legítimamente, mientras que retardar es diferir la ejecución de un acto propio de la función (Expediente N° 5201-99 Loreto Ejecutoria Suprema 14/01/2000)”]; abonan mencionando que en el caso de omitir (prescindir, descuidar, desatender o incumplir) algún acto que esté dentro de sus funciones y sobre el cual tenga la obligación de realizar y cumplir. Todo ello porque estas acciones son inherentes al cargo, empleo u oficio que desempeña al interior de la administración pública (citando a Salinas, 2014); precisan que la acción de omitir a la cual hace referencia el tipo penal será aquella en la que se deja de hacer el acto que el funcionario se encuentra obligado de realizar, o en su defecto, realizarlo de manera dolosa, no se requiere requerimiento ya que la obligación de realizarlo se encontraba dentro del marco de sus deberes.

5.1.6 Agregan Jara y Ramírez que la omisión se refiere a los actos que se encuentran contenidos dentro de las funciones que cada funcionario desempeñará, más no dentro de los actos que personalmente deben ser cumplidos por el funcionario; estos constituyen únicamente simples infracciones administrativas que si son detectadas serán objeto de sanción administrativa luego del debido proceso disciplinario (citando siempre a Salinas 2014); el sujeto activo siempre será un funcionario público y el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la administración pública, siendo el sujeto pasivo y principal agraviado el Estado.

5.1.7 De la estructura del tipo penal se desprende que el dolo es directo toda vez que el funcionario público actúa con conocimiento que su conducta es ilegal pues voluntariamente actúa y omite (según

sería la presente acusación) un acto funcional que le corresponde realizar.

5.2 SOBRE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

En cuanto a la excepción de improcedencia de acción, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

5.2.1 El fundamento primario de las excepciones procesales radica en la conveniencia y necesidad de su planteamiento y resolución antes de la entrada al juicio, para evitar las consecuencias que resultarían si se obligase al imputado a permanecer innecesariamente sujeto al proceso, cuando existen circunstancias que autorizan a impedir –provisoria o definitivamente- la constitución de la relación jurídica procesal.

5.2.2 Para nuestro ordenamiento procesal, las excepciones son mecanismos legales otorgados al imputado para obstaculizar la acción penal, anulándola (en caso de existir alguna causal de extinción de la acción penal) o regularizando su tramitación (en caso de existir algún error en la vía procedimental), y están calificados como una manifestación del derecho de acción (contradicción) y de defensa del imputado, por medio del cual solicita a la autoridad judicial lo libere de la pretensión punitiva formulada en su contra.

5.2.3 Una de las excepciones establecidas por el CPP en el artículo 6° inciso b) es la de improcedencia de acción cuya finalidad es extinguir la acción penal cuando se alega que los hechos denunciados no constituyen delito o no son justiciables penalmente; es un medio de defensa técnico que tiene por cometido atacar el ejercicio de la acción penal para extinguirla o anularla mediante su archivo definitivo; por ser una excepción de carácter perentorio, se dirige a extinguir la relación jurídica procesal por falta de fundamento jurídico válido de la acción penal ya promovida (cuando el hecho denunciado no

constituye delito o no es justiciable penalmente) y mediante su interposición el Juez está obligado a pronunciarse sobre el fondo del proceso y no sobre cuestiones meramente formales.

5.2.4 Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la República¹⁰ señala que *«incide, por tanto, en la carencia de objeto jurídico penal de la imputación, en que el hecho que integra la disposición fiscal o la acusación fiscal, de un lado, no constituye un injusto penal o, de otro lado, no cumple una condición objetiva de punibilidad o está presente una causa personal de exclusión de pena (excusa absolutoria).»*

5.2.5 Esta excepción se relaciona con el principio de legalidad que establece que sólo son delitos o faltas, aquellas acciones u omisiones que al momento de su comisión se encontraban sancionadas como tal en la ley penal (*nullum crimen nullum poena sine lege praevia*). Es la garantía de un estado de derecho que los ciudadanos únicamente puedan ser sancionados con la pena estatal, cuando sus configuraciones conductivas en el momento de su realización se describían en definiciones legales, que son denominados: tipos penales. La reserva de la ley como única fuente productora de convenciones penales se deriva del Estado Constitucional de Derecho, donde el monopolio de la criminalización primaria es exclusiva función del poder legislativo y se constituye en la máxima garantía –tanto política como jurídica de los ciudadanos-. El significado político del principio de legalidad es evidente: representa una valla para la vocación punitiva del Estado, una garantía que protege al individuo frente al poder penal.

5.2.6 No podrá procederse penalmente si la imputación no refiere a una acción u omisión definida con anterioridad a la comisión del hecho como delito en ley (en sentido formal y material) vigente. En consecuencia, si la acción u omisión descrita en la conducta humana imputada se subsume formalmente en el tipo penal – tanto en sus

¹⁰ Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N°1974 2018 La Libertad de 07/10/2020,

elementos constitutivos objetivos como subjetivos- y si ésta luego de ser confrontada con valores jurídicos de orden superior no es justificada, entonces estamos ante un injusto penal que amerita ser justiciable penalmente.

5.2.7 De otro lado, “(...) La Corte Suprema, en otras decisiones, aclaró que cuanto la norma prescribe en su primer supuesto jurídico: ‘que el hecho denunciado no constituya delito’, comprende dos extremos, esto es, que la conducta incriminada no está prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente o que el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la denuncia penal (...) en definitiva, una conducta no constituye delito, ya porque no existe aún la ley que prevé el caso o porque el suceso no se adecua a la hipótesis de una ley penal preexistente (...)”¹¹.

5.2.8 La Corte Suprema¹² establece, además en cuanto a esta excepción que importa un medio de defensa formal y, propiamente, cuestiona un presupuesto procesal vinculado al objeto procesal: el carácter de injusto típico y punible del hecho atribuido por la Fiscalía; agrega que esta excepción plantea la necesidad de un examen jurídico penal de la imputación del Ministerio Público en sus propios términos, por lo que no está en cuestión si los hechos narrados por la Fiscalía son o no verdaderos.

5.2.9 Asimismo, la citada Sala Penal Permanente de la Corte Suprema¹³ afirma que se trata de “un medio técnico de defensa que otorga al justiciable la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la imputación ejercida en su contra, cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente, en virtud de la exigencia del principio de legalidad”. Agrega que “esta excepción

¹¹ URTECHO BENITES, Santos Eugenio. “Los medios de defensa técnicos y el nuevo proceso penal peruano”, IDEMSA, Lima-Perú, Abril 2007, Páginas 293-294 y 296.

¹² Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 525-2022 Nacional. 06/10/2023.

¹³ Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Apelación N° 130-2022 Corte Suprema. 14/03/2023.

permite analizar la correspondencia de los hechos relatado en la imputación fiscal, con el tipo delictivo objeto de la investigación o del proceso” y que “el planteamiento respectivo y la resolución judicial deben respetar los hechos afirmados por la Fiscalía, sin modificarlos, sin negarlos, agregarlos o reducirlos y, por ello mismo, no deben cuestionar ni realizar una apreciación de los medios de investigación, o, eventualmente, las pruebas que lo sustentan. Estos son los ámbitos para la dilucidación de la excepción propuesta: pleno respeto de los hechos relatados por la Fiscalía y análisis jurídico penal de tales hechos desde las categorías del delito”.

SEXTO.- SOBRE LA INMUNIDAD PRESIDENCIAL Y ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO

6.1 Nuestra Constitución Política establece en el artículo 99° establece que corresponde a la Comisión Permanente acusar ante el Congreso: al Presidente de la República; a los representantes a Congreso; a los Ministros de Estado; a los miembros del Tribunal Constitucional; a los miembros del Consejo Nacional de la Magistratura; a los vocales de la Corte Suprema; a los fiscales supremos; al Defensor del Pueblo y al Contralor General por infracción de la Constitución y por todo delito que cometan en el ejercicio de sus funciones y hasta cinco años después de que hayan cesado en éstas.

6.2 Más adelante el artículo 117° dispone que el Presidente de la República sólo puede ser acusado, durante su período, por traición a la Patria; por impedir las elecciones presidenciales, parlamentarias, regionales o municipales; por disolver el Congreso, salvo en los casos previstos en el artículo 134° de la Constitución, y por impedir su reunión o funcionamiento, o los del Jurado Nacional de Elecciones y otros organismos del sistema electoral; es lo que se denomina excepción a la inmunidad presidencial.

6.3 El artículo 159° del texto constitucional, en cuanto a las atribuciones del Ministerio Público señala que le corresponde, entre otras, promover de oficio, o a petición de parte, la acción judicial en defensa de la legalidad y de los intereses públicos tutelados por el derecho y ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte; ello en consonancia con el artículo 11° de la Ley Orgánica del Ministerio Público – Decreto Legislativo 052, que dispone que es el titular de la acción penal pública, la que ejercita de oficio, a instancia de la parte agraviada o por acción popular, si se trata de delito de comisión inmediata o de aquéllos contra los cuales la ley la concede expresamente.

6.4 Por su lado, el CPP en el artículo IV del Título Preliminar establece que el Ministerio Público es titular del ejercicio público de la acción penal en los delitos y tiene el deber de la carga de la prueba. Asume la conducción de la investigación desde su inicio, decidida y proactivamente en defensa de la sociedad; igualmente está obligado a actuar con objetividad, indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinen y acrediten la responsabilidad o inocencia del imputado. Con esta finalidad conduce y controla jurídicamente los actos de investigación que realiza la Policía Nacional.

6.5 Los artículos 60° numeral 1 y 65° numeral 2 del citado Código adjetivo establecen, el primero sobre las funciones del Ministerio Público que es el titular del ejercicio de la acción penal. Actúa de oficio, a instancia de la víctima, por acción popular o por noticia policial; y el segundo que el fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará -si correspondiere- las primeras diligencias preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional.

6.6 Asimismo, debe tenerse en cuenta la Ley que regula las investigaciones preliminares previstas en la Ley N° 27379 de 21/12/2000, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de

limitación de derechos en investigaciones preliminares y la Ley N.º 27399 de 13/01/2001, que regula las investigaciones preliminares previstas en la en la Ley precitada tratándose de los funcionarios comprendidos en el artículo 99º de la Constitución. El artículo 1º de la Ley 27399 dispone que el Fiscal de la Nación puede realizar investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función atribuidos a funcionarios del Estado comprendidos en el artículo 99º de la Constitución. El plazo de la investigación preliminar no excederá de 60 (sesenta) días naturales. En caso de encontrar evidencias o indicios razonables de la comisión de los delitos a que se refiere el párrafo precedente, el Fiscal de la Nación formula la denuncia constitucional correspondiente, adjuntando copia autenticada de los actuados en dicha investigación.

SEPTIMO.- ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

7.1 La defensa de la investigada Avalos Rivera dedujo excepción de improcedencia de acción respecto de la imputación formulada por la Fiscalía atendiendo a un hecho que fue tipificado conforme señala la Disposición de investigación preparatoria (numeral 5.1.1 a.2 fojas 22):

"a.2. Respecto a la conducta típica de "omitir ilegalmente algún acto de su cargo".

El omitir implica realizar cualquier acción diferente a aquella que, legalmente le corresponde ejecutar al imputado, como un acto propio de su cargo.

En el caso concreto, la imputada ZORAIDA ÁVALOS RIVERA habría tomado conocimiento de los presuntos hechos ilícitos que involucrarían al expresidente José Pedro Castillo Terrones, desde fines de noviembre de 2021, fecha en que se difundieron a través de diversos medios periodísticos dichos hechos ilícitos; además, en forma específica y concreta, la imputada habría tomado conocimiento de dichos eventos de apariencia delictiva, a través de informes remitidos por el fiscal superior Octaviano Omar Tello Rosales, en su condición de coordinador nacional de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de

Funcionarios, los que fueron recibidos por el despacho de la Fiscalía de la Nación, en diciembre de 2021.

Sin embargo, la imputada ZORAIDA ÁVALOS RIVERA, durante el lapso comprendido entre finales de noviembre de 2021 hasta el 03 de enero de 2022, no habría dispuesto el inicio de una investigación en contra del expresidente de la República José Pedro Castillo Terrones.

En ese contexto, aun cuando el 04 de enero de 2022, la investigada ZORAIDA ÁVALOS RIVERA emitió la disposición N.º 01, en la carpeta fiscal N.º 251 - 2021, que disponía haber mérito para investigar preliminarmente a José Pedro Castillo Terrones, por la presunta comisión de los delitos de Tráfico de Influencias Agravado y Colusión; y, emitió la disposición N.º 2, en la carpeta fiscal N.º 222 - 2021, que disponía haber mérito para investigar preliminarmente a José Pedro Castillo Terrones, por la presunta comisión de los delitos de Tráfico de Influencias Agravado o Patrocinio Ilegal y otros que se determinen en el curso de la investigación; no obstante, la omisión de investigar al expresidente Pedro Castillo Terrones habría persistido, toda vez que la imputada ordenó en dichas disposiciones, la suspensión del inicio de los actos de investigación hasta la culminación del mandato presidencial; situación omisiva que se habría mantenido hasta la conclusión de la designación de la fiscal suprema titular, Zoraida Ávalos Rivera, como fiscal de la Nación, esto es, el 29 de marzo de 2022. Cabe precisar que, la conducta desplegada por la investigada Zoraida Ávalos Rivera, habría contravenido el artículo 1 de la Ley N.º 27399, en concordancia con los artículos 60.1 y 65.2, del Código Procesal Penal”.

Sostiene en concreto que el hecho tal como figura propuesto por la fiscalía no se subsume en la conducta típica de “omisión ilegal de algún acto de su cargo”, la conducta de su patrocinada es atípica puesto que emitió disposiciones de inicio de investigación preliminar contra el ex presidente Castillo; en cuanto al extremo de la imputación que su patrocinada luego de abrir la investigación preliminar habría incongruentemente ordenado la suspensión de los actos de investigación hasta la culminación del mandato presidencial en aplicación del artículo 117º de la Constitución, ello también es atípico y

no se requiere actividad probatoria pues no hubo conducta omisiva como requiere el tipo penal, y para suspender realizó una interpretación razonable y sistemática del artículo 117°, pues existe una prerrogativa constitucional prevista únicamente para el presidente de la República que sólo puede ser acusado por cuatro supuestos; agrega que en esa línea todos los ex fiscales de la Nación que ejercieron el cargo antes que su patrocinada dispusieron el archivo de denuncias formuladas contra ex presidentes de la República en funciones por conductas que no se subsumían en los cuatro supuestos mencionados; solicito se declare fundada.

7.2 La fiscalía por su parte, sostiene que actuaron en cuanto a los hechos y la tipificación efectuada sobre ellos conforme lo dispuso el Congreso de la República en la Resolución que dispuso haber causa penal por el delito tipificado en el artículo 377° del Código Penal omisión, rehusamiento o retardo de actos funcionales; el marco fáctico está definido ya que la investigada Avalos Rivera en su calidad de Fiscal de la Nación determinó no continuar la investigación al ex presidente Castillo Terrones; refiere que los argumentos de la defensa no son propios para plantear una excepción, y con la investigación se determinará si hubo o no la omisión, las circunstancias, el móvil.

7.3 La Procuraduría General que comparte los argumentos de la fiscalía, agrega además que esta no es la etapa para debatir una excepción de improcedencia de acción y en cuanto los argumentos de la defensa se orientan a eximir de responsabilidad penal; la imputación está detallada en la disposición fiscal; la ex fiscal suspendió una investigación y no realizó una interpretación sistemática y constitucional; en cuanto al accionar de los anteriores fiscales ello debe analizarse en otro estadio; tanto la fiscalía como la defensa solicitaron se declare infundada.

OCTAVO.- Como es de verse, tanto de la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria como de la resolución judicial que la tiene por comunicada y aprobada, el hecho atribuido por la fiscalía, es descrito textualmente en el considerando séptimo de la presente resolución; para la fiscalía se tipifica en el primer párrafo del artículo 377° del Código Penal¹⁴ que establece:

“Artículo 377°.- Omisión, rehusamiento o demora de actos funcionales.- El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años y con treinta a sesenta días-multa.

Este JSIP emitió el Auto Aprobatorio de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria (Resolución N°1 del 07/07/2023), de conformidad con la regla establecida en el artículo 450.3 del CPP, según la cual, con los actuados remitidos por la Fiscalía de la Nación, debía dictar, en igual plazo, auto motivado aprobando la formalización de la Investigación Preparatoria, con citación del Fiscal Supremo encargado y del imputado, respetando los hechos atribuidos al funcionario y la tipificación señalada en la resolución del Congreso.

Este es el marco sobre el cual se evalúan los argumentos de las partes respecto de la excepción de improcedencia de acción interpuesta por la defensa de Avalos Rivera para quien la conducta de su patrocinada en cuanto al hecho imputado resulta atípica; la fiscalía considera que no, el hecho describe la conducta de la investigada y conjuntamente con la Procuraduría consideran que ésta no es la etapa para cuestionar la imputación mediante una excepción, pretendiéndose incluso actuar prueba.

NOVENO.- En primer lugar, respecto de la excepción de improcedencia

¹⁴ Disposición de formalización de investigación preparatoria. Numeral 4.1.1 (folio 16).

de acción, como ya se señala en el considerando quinto precedente, su finalidad es extinguir la acción penal cuando se alega que los hechos denunciados no constituyen delito o no son justiciables penalmente; su objetivo es atacar el ejercicio de la acción penal para extinguirla o anularla mediante su archivo definitivo; se dirige a extinguir la relación jurídica procesal por falta de fundamento jurídico válido de la acción penal ya promovida **(cuando el hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente)** y mediante su interposición el Juez está obligado a pronunciarse sobre el fondo del proceso y no sobre cuestiones meramente formales. Es verdad, y la jurisprudencia lo ratifica en varias decisiones, que no se actúa prueba alguna, lo que significa que al resolver esta excepción de la lectura de los hechos y contrastación con el tipo penal imputado, el hecho no se subsume o encaja en el tipo penal.

DECIMO.- En lo central, como señalamos en los considerandos precedentes, tanto la Fiscalía como la Procuraduría sostienen que la excepción interpuesta debe ser declarada infundada porque los hechos tal como están descritos se subsumen en el tipo penal del artículo 377° del Código Penal "funcionario público que, ilegalmente, omite algún acto de su cargo"; los hechos son los mismos descritos por la Resolución Legislativa emitida por el Congreso de la República; este no es el estadio para interponer una excepción puesto que recién comienza la investigación cuyo propósito es determinar el tipo de participación, móvil, características, entre otros aspectos relevantes; los argumentos de la defensa están orientados a la responsabilidad penal de su patrocinada lo cual está vedado debatir cuando se interpone esta excepción; la vía específica es la tutela de derechos.

DECIMO PRIMERO.- Considera este Juzgado que en el presente caso, si es viable interponer una excepción de improcedencia de acción y ello siguiendo lo establecido por la Corte Suprema que en reiterada jurisprudencia, y especialmente en la Ejecutoria expedida en la Apelación N° 99-2022 Cañete de 29/11/2022 que señala que la excepción de improcedencia de acción: **i)** permite analizar la correspondencia de los hechos relatados en la imputación fiscal —disposición fiscal de investigación preparatoria a acusación fiscal— con el tipo delictivo objeto de la investigación o del proceso —según la etapa procesal en que la causa se encuentra cuando se deduce la excepción—. Juicio de composición o de descomposición típica. Subsunción; y **ii)** el planteamiento respectivo y la resolución judicial deben respetar los hechos afirmados por la Fiscalía, sin modificarlos, sin negarlos, aumentarlos, agregarlos o reducirlos; por esa razón no se debe cuestionar ni realizar una apreciación de los medios de investigación o, eventualmente, de las pruebas que los sustentan; concluye que estos son los ámbitos para la dilucidación de la excepción propuesta: pleno respeto de los hechos relatados por la Fiscalía, y análisis jurídico penal de estos desde dichas categorías del delito.

DECIMO SEGUNDO.- El tipo penal imputado a la investigada Avalos Rivera, como señala la Corte Suprema de Justicia¹⁵, es un delito de infracción de deber, en el que el sujeto activo debe ser un funcionario público; en este caso se trata de hechos imputados a la investigada Avalos Rivera en su calidad de ex Fiscal de la Nación, funcionaria pública, máxima autoridad del Ministerio Público; que evidentemente tiene una relación especial con el bien jurídico, un deber negativo de no dañar con su actuación algún bien jurídico, sino que tiene el deber positivo de resguardar el mismo a través del cumplimiento de sus

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N.º 169-2012/Ancash. Lima, 12.09.2013. fundamentos 5, 6, 7 y 12.

funciones; agrega que no se exige un resultado lesivo a la Administración Pública más allá de la propia inercia dolosa del funcionario, que implica que estamos ante un delito de mera actividad; en cuanto al dolo, refiere que ello implica conocer que se realiza un acto contrario al derecho, el conocimiento o desconocimiento se tiene que acreditar con los diversos medios de prueba que acepta la ley procesal.

DECIMO TERCERO.- El verbo rector de la imputación es el de “omitiir”, esto, es, que Avalos Rivera habría tomado conocimiento de los presuntos hechos ilícitos que involucrarían al expresidente José Pedro Castillo Terrones, desde fines de noviembre de 2021, fecha en que se difundieron a través de diversos medios periodísticos dichos hechos ilícitos; además, en forma específica y concreta, la imputada habría tomado conocimiento de dichos eventos de apariencia delictiva, a través de informes remitidos por el fiscal superior Octaviano Omar Tello Rosales, en su condición de coordinador nacional de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, los que fueron recibidos por el despacho de la Fiscalía de la Nación, en diciembre de 2021, sin embargo, durante el lapso comprendido entre finales de noviembre de 2021 hasta el 03 de enero de 2022, no habría dispuesto el inicio de una investigación en contra del expresidente de la República José Pedro Castillo Terrones. En ese contexto, aun cuando el 04 de enero de 2022, Avalos Rivera emitió la disposición N.º 01, en la carpeta fiscal N.º 251 - 2021, que disponía haber mérito para investigar preliminarmente a José Pedro Castillo Terrones, por la presunta comisión de los delitos de Tráfico de Influencias Agravado y Colusión y, emitió la disposición N.º 2, en la carpeta fiscal N.º 222 - 2021, que disponía haber mérito para investigar preliminarmente a José Pedro Castillo Terrones, por la presunta comisión de los delitos de Tráfico de Influencias

Agravado o Patrocinio Ilegal y otros que se determinen en el curso de la investigación; no obstante, la omisión de investigar al expresidente Pedro Castillo Terrones habría persistido, toda vez que la imputada ordenó en dichas disposiciones, la suspensión del inicio de los actos de investigación hasta la culminación del mandato presidencial; situación omisiva que se habría mantenido hasta la conclusión de la designación de la fiscal suprema titular, Zoraida Ávalos Rivera, como Fiscal de la Nación, esto es, el 29 de marzo de 2022. Cabe precisar que, la conducta desplegada por la investigada Zoraida Ávalos Rivera, habría contravenido el artículo 1 de la Ley N.º 27399, en concordancia con los artículos 60.1 y 65.2, del Código Procesal Penal".

DECIMO CUARTO.- De los hechos enunciados, se tiene en concreto que la ex Fiscal de la Nación, conociendo de los supuestos ilícitos del ex presidente de la República, habría iniciado una investigación preliminar, con retardo, y además luego de iniciarla la suspendió hasta la culminación del mandato, manteniendo dicha conducta omisiva hasta la conclusión de su mandato como Fiscal de la Nación; el período de estos hechos transcurrió: **i)** entre finales de noviembre del año 2021 cuando tomó conocimiento por medios periodísticos de los hechos y los informes remitidos por el fiscal superior Coordinador nacional de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, recibidos en diciembre de 2021; **ii)** significa ello que entre fines de noviembre y enero del 2022 no habría hecho nada; sin embargo sobre ello no imputa retardo; **iii)** posteriormente, el 04/01/2022 emitió dos disposiciones abriendo investigación preliminar al ex presidente Castillo Terrones, la N° 1 en la Carpeta Fiscal N° 251-2021 contra el ex presidente Castillo Terrones por la presunta comisión de los delitos de Tráfico de Influencias Agravado y Colusión y la N° 2 en la Carpeta Fiscal N.º 222-2021 por la presunta comisión de los delitos de Tráfico de Influencias

Agravado o Patrocinio Ilegal y otros delitos; **iv)** estas disposiciones a la vez que señalaban haber mérito para investigar preliminarmente a Castillo Terrones, suspendían el inicio de los actos de investigación hasta la culminación de su mandato presidencial.

Respecto al inicio de la investigación preliminar, la tesis fiscal no invoca la inobservancia de plazo legal alguno. Se indica que inicialmente la investigada Avalos Rivero, al tomar conocimiento de los presuntos ilícitos que habría cometido el hoy expresidente de la República Castillo Terrones, por información pública a fines de noviembre, y a través de dos informes fiscales del 15 y 23 de noviembre de 2022 *«habría omitido disponer el inicio de actos de investigación en contra del aludido exmandatario»*; seguidamente refiere que la investigación preliminar fue ordenada por Disposición N°01 del 04/01/2022, esto es, se describe una situación fáctica no acorde con la imputada **“omisión”** de disponer el inicio de actos de investigación, cuestionando en su lugar no la omisión sino el que no se haya dispuesto inmediatamente el inicio de las diligencias preliminares.

Así tenemos, que la imputada Avalos Rivera abrió investigación preliminar en dos carpetas fiscales; es verdad no lo hizo inmediatamente -no existe un plazo legal establecido para disponer diligencias preliminares-, pero el lapso entre que se conocieron los hechos (por medio de la prensa y los informes del fiscal coordinador) transcurrió aproximadamente un mes, este Juzgado considera dicho lapso razonable para primero tomar conocimiento de información que sustente abrir investigaciones preliminares, más aun cuando no se trataba de un caso común, sino uno complejo y contra la más alta autoridad del Poder Ejecutivo, se trataba del entonces Presidente de la República, que no sólo es el Jefe de Estado, sino personifica a la Nación. En este punto resulta relevante tener en cuenta que, conforme a la Sentencia Plenaria Casatoria N°1-2017/CIJ-433 del 11/10/2017, para

disponer el inicio de las diligencias preliminares se requiere de sospecha inicial simple, y que ello -citando a Claus Roxin- *«[...] requiere, por parte del Fiscal, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos –solo con cierto nivel de delimitación– y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito»*, desprendiéndose que el inicio de diligencias preliminares no es automático frente a cualquier noticia criminal, sino que se requiere de la presencia de puntos de partida objetivos.

DECIMO QUINTO.- La tesis fiscal de imputación también indica que, tras disponerse haber mérito para investigar preliminarmente a José Pedro Castillo Terrones, la investigada Avalos Rivera, mediante la Disposición N°01 del 04/01/2022 y Disposición N°02 del 04/01/2022, emitidas respectivamente en las Carpetas Fiscales N°251-2021 y N°222-2021, suspendió dichas investigaciones hasta la culminación de su mandato presidencial, por lo que la fiscalía considera que *«habría contravenido lo establecido tanto en la Constitución Política del Perú, como en las normas infraconstitucionales que se han invocado en el acápite 3.1.2.1; así como las normas procesales que regulan lo concerniente a la investigación preliminar y su finalidad.»* Estando a que el tipo penal del artículo 377° del Código Penal requiere, en su aspecto objetivo, que el funcionario público “ilegalmente” omite algún acto de su cargo, será necesario evaluar si se imputa haber incurrido en dicha omisión de manera ilegal, esto es, contraviniendo nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, incluyendo la Constitución Política del Estado. Una omisión no podría considerarse ilegal, en tanto tenga sustento en la Constitución, por lo que la evaluación no puede circunscribirse únicamente a si contraviene tal o cual ley, sino que debe considerarse también nuestra Ley Suprema.

DECIMO SEXTO.- En cuanto a la suspensión de las investigaciones preliminares, atribuida por la fiscalía a Avalos Rivera, debe tenerse en cuenta el marco jurídico en torno a dicha decisión a fin observar si se le imputa haber incurrido ilegalmente en una omisión, esto es, en una afrenta a nuestro ordenamiento jurídico en su conjunto, toda vez que precisamente la imputación es, en concreto, que ilegalmente omitió un acto propio de su función -omisión de investigar preliminarmente-. Como se ha indicado, se imputa ilegalmente haber incurrido en la omisión de un acto funcional porque con la suspensión de investigaciones que habría dispuesto la imputada, se habría contravenido la Constitución y las normas infraconstitucionales mencionadas en el numeral 3.1.2.1 de la disposición de formalización de la investigación preparatoria. El citado numeral nos remite a las competencias funcionales de la Fiscal de la Nación, y menciona expresamente al artículo 99° de la Constitución Política del Perú y al artículo 1° de la Ley N°27399, así como cita tanto la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N°00013-2009-PI/TC (que se remite a los artículos 99° y 159° de la Constitución y el artículo 89° del Reglamento del Congreso de la República), como la ejecutoria emitida en el Recurso de Apelación N°131-2022 (que se remite al artículo 117° de la Constitución Política).

16.1 Precisamente, en el caso concreto, para resolver el carácter delictivo del hecho imputado resulta necesario determinar si la omisión atribuida resulta ilegal o si, por el contrario, dicha omisión en los términos planteados en la tesis fiscal, tendría algún amparo o sustento constitucional, como justamente lo ha sostenido la defensa de la investigada Avalos Rivera, al afirmar que en su interpretación del artículo 117° de la Constitución Política del Perú -que iría en la misma línea interpretativa de anteriores fiscales de la Nación-, un presidente de

la República, en ejercicio, sólo podría ser investigado al finalizar su mandato, salvo los supuestos de excepción que dicha norma constitucional prevé y que no se presentaban en el caso concreto.

16.2 En este orden de argumentación, esto es, si las razones que sostiene la defensa para que su patrocinada haya suspendido la investigación (teniendo en cuenta la línea de interpretación de sus predecesores) constituyen una razonable línea de interpretación ajustada a cánones constitucionales o por el contrario dichos argumentos resultan vacíos de contenido, son irrazonables y no tienen sustento alguno, y por ende constituiría la ilegalidad requerida por el tipo penal; para ello, y sin que signifique evaluación de material probatorio alguno, pues precisamente el núcleo de la imputación es como se señaló “ilegal omisión de su función”; sobre el particular tenemos como argumentos para que decida si abierta la investigación preliminar debía o no continuar con ella.

16.3 Aludió la recurrente, en cuanto a las prerrogativas de los altos funcionarios descritos en el artículo 99° de la Constitución Política, frente a la del presidente de la República en funciones, mencionando que en el caso de este último una diferencia es que cuenta con una protección constitucional adicional y que se expresa, en términos prácticos, en la oportunidad de la investigación. Añadió que esta inmunidad presidencial está reconocida en el artículo 117° de la Constitución Política, respecto de las únicas posibilidades por las cuáles puede ser acusado el presidente de la República, durante su mandato, concluyendo que, de acuerdo con la literalidad de la disposición constitucional, no podrá ser acusado, durante el ejercicio del cargo por delitos que aun cometidos en el mismo período funcional, no se encuentren expresamente en el listado antes reseñado.

16.4 Argumentó la investigada que la expresión “sólo puede ser acusado” contenida en la disposición constitucional puede dar lugar a

opiniones en el sentido que la acusación, por ser un acto posterior y consecuencia de una investigación previa; el Ministerio Público, como titular de la acción penal pública, podría iniciar investigaciones preliminares contra el presidente de la República en funciones, por hechos que corresponden al mismo periodo funcional, mas no acusarlo; y más adelante (ver la Disposición Fiscal N° 2 de 04/01/2022). Hace un análisis de esta figura constitucional desde una perspectiva histórica y de la posición jurídica que el Ministerio Público asumía sobre esta materia. También argumentó, y principalmente sobre dicha posición, entiéndase interpretación que asumió como mayoritaria, destacados constitucionalistas se refieren a esta prerrogativa de inmunidad presidencial como “irresponsabilidad jurídica”¹⁶, “irresponsabilidad política, civil y penal”¹⁷ del presidente de la República. En cuanto a que el presidente de la República sea sometido a proceso, citando a Eguiguren Praeli¹⁸, en lo concreto sólo puede ser acusado y juzgado penalmente luego de culminar su mandato sin necesidad de previo antejuicio. Para concluir respecto de los respaldos que sostienen su posición cita a Quiroga León cuando afirma que el término “solo puede ser acusado” debe entenderse en toda su amplitud.

16.5 Añadió que las posturas antes citadas orientadas a una inmunidad presidencial absoluta no es compartida por otros constitucionalistas; cita así a Cairo Roldán¹⁹ quien sostiene que la inmunidad es para procesos penales y no demandas civiles. Teniendo en cuenta las distintas posiciones sobre la inmunidad presidencial contenida en el artículo 117° de la Constitución Política, concluyó que esta institución se orienta a proteger de todo tipo de contingencias que

¹⁶ Citando a Enrique Chirinos Soto “La nueva constitución al alcance de todos”. Editorial Andina, Lima 1979 p. 223.

¹⁷ Citando a Marcial Rubio Correa y Enrique Bernalles Ballesteros. Constitución y sociedad política, Mesa Redonda editores, Lima, 1995, p. 389.

¹⁸ Citando a Francisco Eguiguren Praeli. La responsabilidad del presidente. PUCP Fondo Editorial, Lima, 2007, pág.212.

¹⁹ Citando a Omar Cairo Roldán. La responsabilidad jurídica del Presidente de la República del Perú. En Pensamiento constitucional N° 22, Lima, 2017, p. 14 y 19.

distraigan el ejercicio del cargo presidencial, constituyendo una protección a la institución presidencial antes que a la persona que ocupa dicho cargo; refiere que este criterio interpretativo del artículo 117° citado fue históricamente asumido por los Fiscales de la Nación que la precedieron en las últimas gestiones; no existía antecedente alguno y esa misma posición asumió en la carpeta fiscal N° 109-2020 (caso vinculado al ex presidente Vizcarra Cornejo); en conclusión, según su argumento se encontró frente a dos alternativas, sostiene que si en ambos casos ocurrirá la eventualidad de la suspensión de las actuaciones “lo más razonable y prudente es que esta opere al inicio; pues de este modo se preserva de mejor manera el valor constitucional de la inmunidad jurisdiccional de la presidencia, frente a otro que es la persecución penal, que solo se ve afectado en la oportunidad” (fundamento 39 pág. 18 de la Disposición N°2).

DECIMO SEPTIMO.- SOBRE LA INTERPRETACION DEL ARTICULO 117° DE LA CONSTITUCION POLITICA

17.1 Este Juzgado Supremo, sobre esta materia se pronunció en el caso de Tutela de derechos formulada por la defensa del imputado Castillo Terrones en el expediente N° 00011-2022-2-5001-JS-PE-01 mediante resolución N° cuatro de 22/06/2022; en este caso precisamente la controversia se centró sobre el alcance de la frase «*El Presidente de la República sólo puede ser acusado*» contenida en la disposición constitucional artículo 117° del texto constitucional, específicamente, respecto a qué debe entenderse por «*acusado*». La posición de la defensa en dicha oportunidad sostuvo entre otros argumentos, que la norma constitucional procura establecer además que sólo puede ser procesado, perseguido, investigado o denunciado, por los supuestos mencionados en el enunciado constitucional, debiendo entenderse la «*acusación*» en los términos de la «*acusación*»

penal» que menciona el artículo 8° numeral 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Adicionalmente, invocó doctrina nacional y derecho extranjero. La fiscalía en este mismo caso, afirmó una interpretación distinta, considerando que dadas las circunstancias del caso concreto, donde por medio existiría una presunta organización criminal enquistada en el Estado, presuntamente liderada por el Presidente de la República, y que vendría cometiendo delitos contra la administración pública (corrupción), que pondría en peligro al propio Estado de Derecho, sí puede realizar una investigación preliminar; además se alegó la existencia de posiciones doctrinarias contrarias.

17.2 Para este Juzgado, como lo señaló en dicha oportunidad, es claro que existe un problema de interpretación que no puede ser solucionado con la sola lectura y aplicación literal del artículo 117° en cuestión, siendo necesario determinar que debe entenderse cuando se señala que sólo puede ser «acusado» y, en especial, el alcance de los límites del citado artículo; en esa oportunidad, este juzgado recurrió en su extensa argumentación, a evaluar los distintos modos, esquemas o tipos de argumentación, y como, en el caso de los jueces, siguiendo las pautas tanto del supremo intérprete como lo es el Tribunal Constitucional como la Suprema Corte, a lo que se suman las decisiones de las Cortes Internacionales a las que se encuentra adscrito el Estado peruano; así, realizar una interpretación siguiendo los criterios que establezca el Tribunal Constitucional no implica necesariamente desconocer la doctrina jurídica que pudiera existir, sólo que ahí donde existe un órgano constitucionalmente instituido para controlar la Constitución y para indicarnos cómo debe ser interpretada, resulta evidente que deben considerarse sus pautas como punto de partida de cualquier análisis interpretativo que se necesite efectuar sobre la Carta Política vigente.

17.3 El Tribunal Constitucional, tribunales internacionales y doctrina vigente señalan que los métodos de interpretación constitucional no se agotan en criterios clásicos de interpretación normativa (literal, teleológico, sistemático e histórico), sino que abarcan, entre otros elementos, una serie de principios que informan la labor hermenéutica del juez constitucional, como son los principios de unidad de la Constitución, de concordancia práctica, de corrección funcional, de función integradora y de fuerza normativa²⁰; en la búsqueda de una interpretación adecuada, la interpretación constitucional no se puede agotar en la sola interpretación literal o gramatical, sino que conforme a otros criterios se puede ir determinando con mayor nitidez qué es lo que realmente debemos entender cuando el artículo 117° de la Constitución emplea el término «acusado».

17.4 Como se anotó y así lo hizo la imputada Avalos Rivera, en la discusión doctrinaria se señala desde que el Presidente de la República en funciones no tiene responsabilidad política; que no comete delito o no es penalmente responsable; que no puede ser denunciado, investigado, imputado, perseguido, acusado, juzgado, sentenciado salvo por hechos relacionados a los supuestos previstos en el artículo 117° ya citado; que no puede ser acusado constitucionalmente con las mismas salvedades antes indicadas; y hasta que ni siquiera puede ser demandado en vía extrapenal.

17.5 Es relevante mencionar el artículo 128° de la Constitución el cual establece que los ministros son individualmente responsables por sus propios actos y por los actos presidenciales que refrendan; agrega el segundo párrafo que todos los ministros son solidariamente responsables por los actos delictivos o violatorios de la Constitución o de las leyes en que incurra el Presidente de la República o que se acuerden en Consejo, aunque salven su voto, a no ser que renuncien

²⁰ Fundamento Jurídico N°12 de la STC 05854-2005-AA/TC (caso Pedro Andrés Lizana Puelles).

inmediatamente.; como es de verse, el segundo párrafo establece una responsabilidad solidaria entre los ministros y el Presidente de la República por: **a)** actos delictivos; **b)** actos violatorios de la Constitución; y, **c)** actos violatorios de las leyes; en este sentido, puede apreciarse que el Presidente de la República sí es responsable por actos delictivos (responsabilidad penal) así como por actos violatorios de la Constitución y la ley; responsabilidad que no queda excluida por el refrendo o respaldo ministerial que pueda tener; ello también debe resultar acorde con lo dispuesto en el artículo 118° numeral 1 de nuestra Constitución conforme al cual, corresponde al Presidente de la República, cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales.

DECIMO OCTAVO.- De lo antes reseñado, este Juzgado concluye:

18.1 Los argumentos expuestos por la defensa de Avalos Rivera, señalando que el hecho y la conducta de su patrocinada no se subsumen en el tipo penal de omisión ilegal de algún acto de su cargo es atípica, son válidos para interponer una excepción de improcedencia de acción, toda vez que pretende se realice un juicio o evaluación de subsunción jurídico penal, si el hecho expuesto por la fiscalía es conforme con el tipo penal. La oposición de la Fiscalía y la defensa de la Procuraduría respecto que se pretende hacer valoración probatoria no tiene sustento.

18.2 El delito de ilegal omisión de actos funcionales, en el contexto del hecho narrado por la Fiscalía, respecto que la imputada Avalos Rivera, en su actuación como Fiscal de la Nación, al no abrir investigación preliminar oportuna al ex presidente Castillo Terrones (en dos carpetas fiscales) y posteriormente al hacerlo suspendió dichas investigaciones con el argumento que debía concluir su mandato, omitió sus deberes funcionales, específicamente la “...conducta desplegada por la

investigada Zoraida Ávalos Rivera, habría contravenido el artículo 1 de la Ley N.º 27399, en concordancia con los artículos 60.1 y 65.2, del Código Procesal Penal”, debe ser analizada y si “en sus propios términos, cumple las exigencias de la imputación objetiva y subjetiva normativamente impuestas por la ley penal”²¹.

18.3 Sobre el particular, se tiene en cuanto a la posibilidad de abrir investigación preliminar a un presidente de la República, que la Fiscalía de la Nación efectivamente mantuvo una posición de no hacerlo hasta que el presidente concluya su mandato (5 años); Avalos Rivera abrió investigación preliminar al ex presidente Castillo Terrones (en dos carpetas fiscales), con lo cual no siguió la interpretación que hasta dicha oportunidad tenía la fiscalía; sin embargo, bajo cánones de interpretación, que este Juzgado considera justifican su posición, en el marco del ejercicio de sus funciones, ya que contaba con alternativas entre las que tuvo que decidir cuál era la más adecuada; en ese contexto, no puede calificarse como dolosa a una línea de interpretación del artículo 117º de la Constitución Política.

18.4 El delito establecido en el Código Penal está dirigido al funcionario público que ilegalmente omite algún acto de su cargo. Se trata de un delito de omisión propia o pura, en cuya virtud el agente oficial no realiza el acto o comportamiento legalmente exigible, propio de su cargo –es un no hacer–, por lo que no cumple con su función. Este delito tutela la legalidad del ejercicio de funciones públicas, el cumplimiento oportuno y eficaz de la función pública; la situación típica del delito exige que el agente oficial realice un acto de su cargo impuesto por la ley, es decir, la necesidad de una actuación funcional. La conducta típica consiste en que el agente oficial omite el acto de su cargo legalmente impuesta y en vez de ello realiza otra conducta distinta. La capacidad de realización de la conducta importa que el

²¹ Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 2519-2021/Nacional de 27/10/2023.

agente oficial pueda realizar la actuación funcional debida; agrega la decisión precitada que el agente infringe una norma de mandato (mera omisión de una actividad exigida por la ley). A la Fiscal de la Nación le compete, como establece la ley y el Reglamento del Congreso (que tiene fuerza de ley) incoar proceso penal, previa interposición de una denuncia constitucional; a su vez la Ley 27399 que alude la Fiscalía habría infringido la investigada señala textualmente que "El Fiscal de la Nación puede realizar investigaciones preliminares al procedimiento de acusación constitucional por la presunta comisión de delitos de función atribuidos a funcionarios del Estado comprendidos en el Artículo 99 de la Constitución" (el resaltado es nuestro); de ello se desprende que el realizar investigaciones es facultativo, y como ya se resaltó en considerandos precedentes, se siguió una opción interpretativa, la cual considera este Juzgado no es irrazonable, impertinente, inverosímil o absurda; es más, prácticamente con sus matices era seguida como doctrina imperante por los especialistas en la materia.

18.5 La investigada Avalos Rivera no omitió ilegalmente acto alguno de su cargo; en los hechos que se le imputa formuló, adoptó, siguió una línea de interpretación; es más, era la que sus predecesores definieron en anteriores circunstancias; siguió lo que la doctrina constitucional mayoritaria, sobre la aplicación del artículo 117° de la Constitución Política tenía definido; la motivación de las decisiones tanto judiciales como fiscales exige que éstas cuenten con razones, justificaciones o argumentos que resulten razonables, congruentes, convincentes, atendiendo a las alternativas u opciones que se presentan en la solución de los casos que atienden, opciones racionales en el contexto de los hechos, las normas aplicables, la jurisprudencia convencional, internacional y nacional sobre la materia así como la doctrina reconocida mayoritariamente.

En consecuencia, el hecho descrito e imputado por la Fiscalía a la investigada Avalos Rivera en su calidad de ex Fiscal de la Nación no constituye delito de omisión de acto funcional para ser perseguido penalmente; conforme al artículo 6° inciso 1 literal b) del Código Procesal Penal la excepción de improcedencia de acción debe ser declarada fundada, así como sobreseído el proceso.

DECISIÓN

Por los fundamentos expuestos, el Juzgado de Investigación Preparatoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, **RESUELVE:**

- I. **DECLARAR FUNDADA LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCION** interpuesta por la defensa de la investigada Zoraida Avalos Rivera, en el proceso seguido en su contra por el delito contra la administración pública, delitos cometidos por funcionarios públicos, modalidad omisión de actos funcionales tipificado en el artículo 377° primer párrafo del Código Penal; en consecuencia **SOBRESEER** la causa en este extremo y **ARCHIVARSE** definitivamente una vez sea consentida o ejecutoriada.
- II. **NOTIFÍQUESE** conforme a ley.
JCCHS