

Excepción de improcedencia de acción

La excepción de improcedencia de acción tiene lugar “cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente”. Incide, por lo tanto, en la carencia de objeto jurídico penal de la imputación, que el hecho contenido en la disposición fiscal o la acusación fiscal, de un lado, no constituye un injusto penal o, por otro lado, no cumple una condición objetiva de punibilidad o está presente una causa personal de exclusión de pena (excusa absoluta).

En el caso, la excepción deducida no evidencia su propósito de excluir del ámbito penal el hecho denunciado; sino, más bien, incide en cuestionamientos ajenos a su fin procesal de control de tipicidad. Por esas razones, el recurso, en los términos de su planteamiento, debe desestimarse.

AUTO DE APELACIÓN

Sala Penal Permanente

Apelación n.º 147-2023/CSNJ Penal Especializada

Lima, nueve de abril de dos mil veinticuatro

AUTOS Y VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica de WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR mediante su defensa técnica (foja 87) contra el auto contenido en la Resolución n.º 5, del once de abril de dos mil veintitrés (foja 65), emitida por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que interpuso en el extremo de la investigación que se le sigue por el delito de organización criminal, en el proceso seguido contra WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR por la presunta comisión de los delitos de tráfico de influencias y organización criminal, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Antecedentes del proceso

* De los actuados que conforma el cuaderno elevado se aprecia lo siguiente:

Primero. Disposición fiscal de formalización y continuación de investigación preparatoria. El once de febrero de dos mil veintidós la Fiscalía Superior Penal con Competencia Nacional en Delitos de Crimen Organizado y Corrupción de Funcionarios emitió la Disposición Fiscal n.º

11 (foja 116), por la cual dispuso la formalización y continuación de la investigación preparatoria contra WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR, ex fiscal provincial penal de Lima, por los siguientes hechos (a la letra):

- 1.1. **Hecho n.º 01:** Delito de **tráfico de influencias agravado**, previsto en el artículo 400 del Código Penal, concordante con el artículo 24 del mismo código, en agravio del Estado. Se le investiga ser **instigador** en el presunto delito de tráfico de influencias agravado en su condición de fiscal provincial de Lima — durante el primer semestre del año 2018, al haber solicitado a Cesar José Hinostraza Pariachi directamente y por intermedio del fiscal supremo Tomas Aladino Gálvez Villegas, el despliegue de sus influencias, para que sea favorecido en el proceso de la Convocatoria n.º 08-2017-SN/CNM, en la cual postulaba al cargo de fiscal superior titular de Lima.
- 1.2. **Hecho n.º 02:** Delito de **tráfico de influencias agravado**, previsto en el artículo 400 del Código Penal, concordante con el artículo 24 del mismo Código, en agravio del Estado. Se le investiga ser instigador en el presunto delito de tráfico de influencias agravado en su condición de fiscal provincial de Lima — durante el primer semestre del año 2018, al haber solicitado a Cesar José Hinostraza Pariachi directamente y por intermedio del fiscal supremo Tomas Aladino Gálvez Villegas, el despliegue de sus influencias, para que sea favorecido en el proceso de violencia familiar interpuesto en su contra (expediente n.º 0628-2018-FT) subsanando con ello el cuestionamiento que podría perjudicar su postulación en la Convocatoria n.º 08-2017-SN/CNM, para obtener el cargo de fiscal superior titular de Lima.
- 1.3. **Hecho n.º 03:** Delito de **organización criminal**, a título de autor, previsto en el artículo 317 (primer párrafo) del Código Penal, en agravio del Estado. Se le investiga el haber integrado la organización criminal denominada “los Cuellos Blancos del Puerto”, debido a que durante el primer semestre del año dos mil dieciocho, se desempeñaba como fiscal provincial de Lima, la organización criminal se habría consolidado y tenía mayores alcances para sus objetivos. Siendo que de manera concertada y coordinada que el investigado Whalter Delgado y los miembros de la organización criminal, desde su cargo fiscal, se habría adherido específicamente a la red del presunto hombre clave y presunto punto nodal de la organización, el ex juez supremo Cesar José Hinostraza Pariachi; a quien habría accedido directamente y/o a través del presunto hombre clave y punto nodal de la organización, el ex fiscal supremo José Aladino Gálvez Villegas, asumiendo un rol complementario y de reserva, que consistía en servir a los intereses de la organización criminal, sus integrantes y personas vinculadas (usuarios) en cuando se le es requerido, sirviendo para ello desde las funciones o actividades que incumbían a su cargo; así como desde las relaciones o influencias que ostentaban entre otros servicios necesarios para el desenvolvimiento de la organización, su consolidación y crecimiento.

Segundo. Excepción de improcedencia de acción. El seis de diciembre de dos mil veintidós el investigado presentó escrito deduciendo la excepción de improcedencia de acción (foja 3), en el extremo de la investigación preparatoria que se sigue en su contra en calidad de autor del delito de organización criminal, comprendida en la disposición fiscal de formalización y continuación de investigación preparatoria (Disposición n.º 11) de fecha once

de febrero de dos mil veintidós, por el hecho número 3, al amparo del numeral 1 (literal b) del artículo 6. Alegó que el hecho denunciado no es delito porque la conducta que se le atribuye no se subsume en el tipo penal de organización criminal, previsto en el artículo 317 del Código Penal.

* Específicamente, la excepción se sustenta en tres cuestionamientos: (i) ausencia de imputación al recurrente como integrante de la organización criminal, cuando según la narración fáctica del fiscal se trataría de un sujeto vinculado a la organización criminal, según el artículo 2.2 de la Ley n.º 30077, lo que hace atípica la conducta atribuida; (ii) no es típica la comisión del delito de organización criminal por omisión, y (iii) la inconcurrencia de la finalidad lucrativa dentro de los elementos del tipo penal de organización criminal.

Tercero. Audiencia de excepciones. El dieciocho de enero de dos mil veintitrés (foja 60) se realizó la audiencia de excepción de improcedencia de acción con asistencia de la defensa técnica del acusado y la representante del Ministerio Público, donde se ratificaron en sus posiciones.

Cuarto. Resolución de excepciones. Por Resolución n.º 5, del once de abril de dos mil veintitrés (foja 65), el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior Nacional de Justicia Especial Especializada declaró infundada la excepción de improcedencia de la acción deducida, la cual se fundamentó en lo siguiente:

- 4.1. No se evidencia una ausencia de imputación en la configuración del delito de organización criminal, pues de los enunciados en la imputación penal contenida en la disposición de formalización de investigación preparatoria el objeto de acción del investigado sería la de “integrante” (del verbo rector integrar), conforme a lo previsto en el artículo 317 del Código Penal, y no de “vinculado”, como señala la defensa; habiéndosele atribuido además un rol específico que habría consistido en servir a los intereses de la organización criminal, sus integrantes y de personas vinculadas (usuarios), aunado a que de los hechos narrados se evidencian hechos punibles que razonablemente pueden ser objeto de investigación preparatoria, según lo previsto en el artículo 321.1 del Código Procesal Penal, tiene como finalidad determinar si la conducta incriminada es delictuosa, las circunstancias o móviles de su comisión, la identidad del autor o partícipe y de la víctima, así como la existencia del daño causado; en consecuencia, carece de asidero lo señalado por la defensa en este punto.
- 4.2. Respecto a la hipótesis de que no es típica la comisión del delito de organización criminal por omisión, no es de recibo porque se trata de un delito de peligro abstracto en el que no se exige que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido; por el contrario, el delito de

omisión impropio es uno de resultado, donde el sujeto activo tiene el deber específico de actuar con el propósito de evitar que se produzca el resultado.

- 4.3. En lo que concierne a la conurrencia de los elementos típicos del delito de organización criminal, si bien el elemento de “beneficio económico” estaría contenida en el artículo 2.a de la Convención de Palermo, aprobada por Resolución Legislativa n.º 27527, la legislación peruana no ha establecido como elemento normativo para la configuración del delito de organización criminal la “finalidad lucrativa” que pretende la defensa; por consiguiente, en aplicación del principio de especialidad, en la que norma especial prima sobre la norma general, deviene que este argumento de la excepción se desestima.

Quinto. Recurso de apelación. Por escrito presentado el veinte de abril de dos mil veintitrés (foja 87), la defensa técnica del investigado interpuso recurso de apelación contra la acotada Resolución n.º 5, con el propósito de que revoque la decisión de declarar infundada la excepción de improcedencia de acción. Expuso como agravios los siguientes:

- 5.1. Errónea tipificación del concreto caso en el verbo rector “integrar”, artículo 317 del Código Penal, cuando de acuerdo con la descripción fáctica narrada en la disposición de formalización de investigación preparatoria la presunta organización criminal Los Cuellos Blancos del Puerto mantenía determinada estructura que era ajena a la posición del recurrente.
- 5.2. Errónea aplicación del artículo 13 del Código Penal, que institucionaliza en nuestro ordenamiento jurídico penal a la omisión impropia o comisión por omisión.
- 5.3. Errónea interpretación e inaplicación del elemento finalidad lucrativa correspondiente al tipo penal de organización criminal.

* **Por Resolución n.º 6**, del veintiséis de abril de dos mil veintitrés (foja 110), se concedió el recurso de apelación interpuesto y, previa recepción de las copias pertinentes de la carpeta fiscal, se dispuso que se eleven los autos a la Sala Penal de la Corte Suprema.

§ II. Procedencia y trámite del recurso de apelación

Sexto. Mediante resolución del veintisiete de junio de dos mil veintitrés (foja 76 del cuaderno supremo), se tuvo por recibido el recurso de apelación y se corrió traslado de este. Por decreto del veintiocho de agosto de dos mil veintitrés (foja 81 del cuaderno supremo), se programó para el diecisiete de octubre de dos mil veintitrés para la calificación del recurso; resultó que en

dicha fecha se declaró bien concedido el recurso de apelación (foja 83 del cuaderno supremo) y con el diligenciamiento de lo solicitado que se continuara con el trámite respectivo.

Séptimo. En efecto, la audiencia de apelación fue programada por decreto del cinco de marzo de dos mil veinticuatro (foja 141 del cuaderno supremo) para el martes nueve de abril de dos mil veinticuatro, y se realizó mediante el aplicativo *Google Hangouts Meet*, con la presencia de la señora Veruska López Aragón, fiscal suprema adjunta de la Segunda Fiscalía Suprema en lo Penal, y del señor letrado Omar José Hernández Humire, defensa técnica del recurrente.

* Llevada a cabo la audiencia de apelación, se verificó de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Efectuada la votación, y por unanimidad, corresponde dictar el presente auto de vista, según el plazo previsto en el artículo 420, numeral 7, del Código Procesal Penal.

§ III. Fundamentos del Tribunal Supremo

Octavo. Sobre el *thema appellatum* o motivo de apelación. El recurrente impugna la Resolución n.º 5, del once de abril de dos mil veintitrés (foja 65), emitida por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por el investigado WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR, en la investigación que se le sigue por los delitos de tráfico de influencias y organización criminal, en agravio del Estado. El recurso interpuesto tiene como pretensión impugnatoria la revocatoria de la resolución que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que solicita.

Noveno. Sobre el ámbito de la decisión en el recurso de apelación. El Libro IV del Código Procesal Penal —respecto a la impugnación— otorga a los justiciables el modo, forma y plazo para fundamentar concretamente los agravios que les causa la resolución judicial que cuestionan, lo cual supone expresar la insatisfacción total o parcial de cualquiera de sus pretensiones —principales o accesorias—, plantear oposiciones o simples peticiones formuladas en el proceso. Por lo tanto, el recurso escrito interpuesto es la base de la sustentación oral en la audiencia respectiva. En este acto no es posible adicionar nuevos agravios que no fueron planteados inicialmente dentro del plazo legal y antes de su concesión¹. La apelación concedida genera el marco de decisión de esta Sala y solo sobre ella nos pronunciamos;

¹ SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Sentencia del once de diciembre de dos mil veinte, Casación n.º 1658-2017/Huaura, fundamentos jurídicos 10 a 15, principio *tantum appellatum quantum devolutum*.

por lo tanto, los pedidos nuevos expresados en la audiencia de apelación que no guarden relación con lo impugnado no son tomados en cuenta. Prohibición de la *mutatio libelli*².

∞ Así pues, el Tribunal Supremo —como segunda instancia y dentro de los límites del recurso— puede confirmar, revocar o anular el auto apelado. Tiene las mismas facultades que el juez de primera instancia para aplicar el derecho, determinar los hechos y valorar de nuevo la prueba con las limitaciones de ley y con la matización de la regla *tantum appellatum quantum devolutum*.

∞ En lo que atañe al recurso de apelación, y para los fines del presente grado, tiene incidencia el numeral 1 de los artículos 409 y 419 del Código Procesal Penal, en que se establecen tanto los límites de lo impugnabile como las opciones procesales de la revisión en segunda instancia —anular o revocar en todo o en parte la resolución impugnada—.

Décimo. De la excepción de improcedencia de acción. El artículo 6, numeral 1, del Código Procesal Penal permite a las partes intervinientes deducir excepciones procesales contra la incoación del proceso penal.

∞ Las excepciones son líneas de oposición referidas al proceso, sobre los presupuestos y requisitos procesales. Condicionan la admisibilidad de la acción o, en su caso, de la pretensión³, por lo que una consecuencia de su estimación es el sobreseimiento de la causa penal, de acuerdo con el artículo 6, numeral 2, del Código Procesal Penal.

∞ Las excepciones promovidas contra los actos de imputación del Ministerio Público —disposición de formalización de la investigación preparatoria o requerimiento de acusación, según los artículos 336 y 349 del Código Procesal Penal— ponen de manifiesto la existencia de algún obstáculo procesal que impide la correcta instauración del procedimiento penal, sin entrar a conocer sobre el fondo del asunto⁴.

∞ En lo pertinente, la excepción de improcedencia de acción se refiere al objeto del proceso y está destinada a determinar si dados los hechos relatados por el fiscal —en los que funda su petición— es posible subsumirlos en una norma material penal: de un lado, en un tipo de injusto penal determinado —es decir, si se cumple la imputación objetiva (la determinación de la realización del tipo objetivo exige imputar objetivamente la realización del verbo típico al autor con base en criterios jurídicos penales, de modo que la imputación del

² SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Casación n.º 864-2017/Nacional, del veintiuno de mayo de dos mil dieciocho, fundamento de derecho duodécimo.

³ GIMENO SENDRA, Vicente. (2007). *Derecho procesal civil* (2.ª edición, tomo I). Madrid: Editorial Colex, p. 65.

⁴ FUENTES SORIANO, Olga. (2013). *Ley de enjuiciamiento civil comentada*. Madrid: Editorial La Ley, pp. 1122-1123.

comportamiento requiere que (su) actuar (se encuentre) fuera del ámbito del riesgo permitido, al margen del principio de confianza y de la prohibición de regreso⁵, siempre que para tal determinación no se requiera el contradictorio de prueba) y la imputación subjetiva del tipo delictivo, así como si no existe una causa de justificación (tipo de permisión)—; y, de otro lado, si se presenta alguna causa personal de exclusión de pena o no se verifica una condición objetiva de punibilidad. Como no se está ante una oposición material de la imputación, con la negación de todos o parte de los hechos afirmados por el fiscal o con la introducción de hechos nuevos (impeditivos, extintivos o excluyentes) y supuestos fácticos de normas diferentes, no es posible, por su propia naturaleza, plantear actividad probatoria alternativa ni cuestionar el relato fáctico de la Fiscalía; solo cabe cuestionar su relevancia penal o punitiva.

∞ Desde una perspectiva general, las excepciones son medios de defensa técnicos utilizados para conseguir el archivo definitivo del proceso o, en su caso, la regularización del mismo si no se siguió el trámite legal. Y, a partir de una óptica específica, la excepción de improcedencia otorga la potestad de cuestionar preliminarmente la procedencia de la acción ejercida, si la conducta imputada no constituye delito o si el hecho atribuido no es justiciable penalmente. Cualquier decisión fuera de estos confines es inadmisibles. Además, su estimación posibilita el término del proceso penal en un plazo razonable, evitando la realización de actos procesales innecesarios, de conformidad con los principios de legalidad, economía y celeridad⁶.

Undécimo. Al respecto, la jurisprudencia penal ha definido los alcances normativos de la excepción de improcedencia de acción⁷.

11.1. En primer lugar:

Es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria [o si hubiera, requerimiento acusatorio]. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. En efecto, la excepción [...] se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, en tanto

⁵ GARCÍA CAVERO, Percy. (2015). *Derecho penal económico. Parte especial* (tomo I). Lima: Instituto Pacífico, pp. 572-574.

⁶ ORÉ GUARDIA, Arsenio. (2016). *Derecho procesal penal peruano. Análisis y comentarios al Código Procesal Penal* (tomo I). Lima: Gaceta Jurídica, pp. 407-409; REYNA ALFARO, Luis. (2015). *Manual de derecho procesal penal*. Lima: Instituto Pacífico, p. 397.

⁷ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Casación n.º 617-2021/Nacional, del veinte de diciembre de dos mil veintidós, fundamentos jurídicos tercero a octavo.

categorías del delito, distintas de la culpabilidad —tanto como juicio de imputación personal cuanto como ámbito del examen de su correlación con la realidad—⁸.

11.2. En segundo lugar:

Esta excepción se centra en el carácter propiamente penal del objeto procesal —se discute una cuestión de derecho penal material desde la pretensión del Ministerio Público—. Siendo así, la pretensión penal, desde la causa de pedir, debe circunscribirse a narrar un hecho o una conducta tanto constitutiva de un injusto penal (conducta típica y antijurídica), cuanto, desde la categoría de punibilidad —si la ley lo establece—, a sostener el incumplimiento de una determinada condición objetiva de punibilidad o la concurrencia de una excusa absolutoria [...]. Para estos efectos, debe analizarse, en sus propios términos, los hechos o las conductas descriptas en la Disposición de Formalización de la Investigación Preparatoria o, en su caso, en la acusación fiscal escrita⁹.

11.3. En tercer lugar:

Esta importa un cuestionamiento acerca del juicio de subsunción normativa, de puro derecho. Ello significa, primero, que solo se debe tomar en cuenta el relato del Ministerio Público, plasmado como tal en la Disposición de Formalización y Continuación de la investigación preparatoria o, de ser el caso, en la acusación fiscal —no puede negarse, agregarse, reducirse o modificarse algún pasaje del relato inculpativo, no se pueden alegar hechos nuevos—; y, segundo, que las solicitudes probatorias, para justificar alguna proposición de las partes, en mérito a lo anteriormente precisado, están vedadas¹⁰.

Duodécimo. Así, en el examen de la excepción de improcedencia de acción, han de tenerse en cuenta diversas reglas jurisprudenciales definitivas.

12.1. Se deben respetar los hechos afirmados por la Fiscalía, sin modificarlos, negarlos, aumentarlos, agregarlos o reducirlos¹¹.

12.2. No es posible cuestionar ni realizar una apreciación de los actos de investigación o de prueba, así como tampoco cuestionar la formulación fáctica del fiscal o si esta es genérica, oscura o ambigua; pues no es el escenario procesal para ese fin.

12.3. Los ámbitos para la dilucidación de la excepción son los siguientes: pleno respeto de los hechos relatados por la Fiscalía y análisis jurídico-penal de estos desde las categorías del delito¹².

⁸ SALA PENAL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Casación n.º 407-2015/Tacna, del siete de julio de dos mil dieciséis, fundamento de derecho quinto.

⁹ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Casación n.º 277-2018/Ventanilla, del veintiuno de marzo de dos mil diecinueve, fundamento de derecho primero.

¹⁰ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Casación n.º 1307-2019/Corte Suprema, del doce de febrero de dos mil veinte, fundamento de derecho cuarto.

¹¹ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Casación n.º 1307-2019/Corte Suprema, del doce de febrero de dos mil veinte, fundamento cuarto.

12.4. Se analiza la correspondencia de los hechos relatados en la imputación fiscal —disposición fiscal de investigación preparatoria o 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—. Asimismo, abarca el texto del tipo penal en todos sus componentes, siempre que no se invoque o cuestione una actividad probatoria o suficiencia de elementos de convicción. Por ello, comprende lo siguiente: (a) tipicidad objetiva, (b) tipicidad subjetiva —si bien es resultado de una inferencia, debe brotar de la redacción de la disposición o requerimiento fiscal, por lo que solo el caso concreto (*casuística específica*) permitirá definir si la tipicidad subjetiva exige actividad probatoria—, (c) antijuridicidad y (d) punibilidad: (i) excusa legal absolutoria o (ii) condiciones objetivas de punibilidad¹³.

12.5. Caben los supuestos de atipicidad absoluta (ausencia de todos los elementos típicos) y atipicidad relativa (ausencia de algunos elementos típicos).

∞ Cuando se invoque la tesis de imputación objetiva (principio de confianza, prohibición de regreso, riesgo socialmente permitido, competencia de la víctima, conducta convencional, rol neutral, rol socialmente permitido), en primer lugar, no pueden alterarse, modificarse, acrecentarse u omitirse los hechos postulados por el Ministerio Público; en segundo lugar, la hipótesis del excepcionante o del juez que la declara de oficio no debe afincarse en un juicio de valor probatorio, en la insuficiencia de los elementos de convicción o en la imputación imperfecta, genérica o la falta de imputación concreta. En esa línea, la estimación de la excepción se circunscribe al juicio de tipicidad o subsunción, siempre que no tenga que acudir al esfuerzo de comprobación probatoria, es decir, si el constructo fiscal contraviene la sana crítica razonada o es contrario a los principios y reglas de la lógica, al conocimiento científico contrastable, a las máximas de la experiencia, a los principios y reglas del ordenamiento jurídico vigente o a lo notorio.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Decimotercero. De lo revisión del auto impugnado, desde la perspectiva de los agravios expuestos en el recurso de apelación y de los conceptos jurídicos precedentes, se tiene lo siguiente:

¹² SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Casación n.º 1092-2021/Nacional, del trece de mayo de dos mil veintidós, fundamento de derecho segundo.

¹³ SALA PENAL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. Recurso de Apelación n.º 61-2021/Corte Suprema, del veintiséis de julio de dos mil veintidós, fundamento cuarto.

13.1. Respecto al agravio de *errónea tipificación del concreto caso en el verbo rector “integrar”, artículo 317 del Código Penal, cuando de acuerdo con la descripción fáctica narrada en la disposición de formalización de investigación preparatoria la presunta organización criminal Los Cuellos Blancos del Puerto mantenía determinada estructura que era ajena a la posición del recurrente*, constituye un agravio que no emana de lo literalmente expuesto por el representante del Ministerio Público en su Disposición n.º 11 de formalización y continuación de la investigación preparatoria, pues le ha atribuido al recurrente la condición de presunto “integrante” de la organización criminal denominada Los Cuellos Blancos del Puerto; además de que este postulado vulnera el criterio jurisprudencial (ver 12.1. *ut supra*), no puede examinarse el relato fiscal —menos en una etapa incipiente de la investigación preparatoria— aislando el texto del contexto, sino que su inteligencia exige la lectura completa del fáctico. Así pues, la Fiscalía, basándose en la existencia de indicios reveladores de la comisión del delito, atribuye al recurrente haberse adherido a la organización criminal antes mencionada dentro de un contexto de su postulación al cargo de fiscal superior del Distrito Fiscal de Lima en la Convocatoria n.º 008-2017-SN/CNM, para lo cual habría solicitado al ex magistrado supremo César Hinostroza Pariachi y al ex fiscal supremo Tomás Gálvez Villegas el despliegue de sus influencias para ser favorecido, así como también del Proceso Judicial n.º 628-2018, instaurado en su contra por violencia familiar, donde igualmente debía ser favorecido, para evitarse generar deméritos en la citada convocatoria. Medió para todo ello la promesa de ventaja futura, representada en una hipoteca de voluntad, lo cual habría implicado que este investigado demostrara una actitud de reciprocidad y predisposición de servir a los mencionados Hinostroza Pariachi y Gálvez Villegas, hombres clave y puntos nodales de la organización criminal Los Cuellos Blancos del Puerto, a sus integrantes y a personas vinculadas (usuarios), cuando se le requiriera; situación acorde con el escenario (*modus operandi*) y la dinámica de intercambio de favores de los presuntos integrantes de la organización criminal antes mencionada, a la cual el recurrente se habría integrado a través de diversas acciones que habría desplegado, conforme trasciende de los actos de investigación recabados por el Ministerio Público, mencionados *in extenso* en la formalización de la investigación preparatoria (foja 116). Se denota en esta etapa de la investigación preparatoria la idónea tipificación entre los hechos atribuidos y el tipo penal previsto por el artículo 317 del Código Penal, y que la sindicación de ser o no integrante de la citada organización criminal, o como postula como hipótesis contradictoria defensiva “solo

vinculado”, será dilucidada en su oportunidad procesal con la prueba que se recabe y su correspondiente valoración.

- 13.2.** Respecto al agravio de *errónea aplicación del artículo 13 del Código Penal, que institucionaliza en nuestro ordenamiento jurídico penal a la omisión impropia o comisión por omisión*, es un agravio que carece de asidero, porque del tenor de la disposición fiscal de formalización y continuación de la investigación preparatoria (foja 116) tampoco se atribuye al recurrente una conducta omisiva vinculada al delito de organización criminal; por ende, tanto su alegación en el escrito de excepción como en el actual recurso de apelación exceden del ámbito de lo que persigue la excepción de improcedencia de acción, conforme se ha delineado en el duodécimo considerando de la presente resolución, aunado a que es ajeno a los fines del recurso de apelación realizar un desarrollo dogmático jurisprudencial de la omisión impropia que se prevé en el artículo 13 del Código Penal, instituto no pertinente en el presente incidente.
- 13.3.** En lo que concierne al agravio basado en la *errónea interpretación e inaplicación del elemento finalidad lucrativa correspondiente al tipo penal de organización criminal*, es un agravio que carece de asidero porque el control de tipicidad a que se contrae la excepción deducida está limitado al texto normativo penal utilizado para subsumir la conducta imputada al tipo penal vigente (artículo 317 del Código Penal), el cual no exige el elemento finalidad lucrativa. En ese sentido, el fundamento expuesto en la recurrida es suficiente para desvirtuar el agravio, aunque sin perjuicio de ello debe señalarse que, partiendo del hecho de que la finalidad ilícita, en los delitos de mera actividad como el de organización criminal, basta que sea potencial, no requiere una postulación actual (real y existente) en el fáctico. Por lo tanto, sí se infiere el propósito de un beneficio económico para el recurrente (finalidad lucrativa específica), en razón de que, según la narración del Ministerio Público, aquel habría pretendido obtener el acceso como fiscal superior validando su “hipoteca de voluntad”, lo que lleva consigo un incremento de remuneración. De igual manera acontecería al obtener una decisión favorable en aquel proceso sobre violencia familiar, que lo liberaría de sanciones pecuniarias que dicho tipo de procesos establece, por lo que el fáctico alcanzaría la finalidad lucrativa exigida convencionalmente por el artículo 2.a de la Convención de Palermo, aprobada por Resolución Legislativa n.º 27527; *modus operandi* que además corresponde según el fáctico a la organización criminal denominada Los Cuellos Blancos del Puerto.

13.4. Cabe notar que el artículo aludido de la Convención de Palermo no solo se refiere al “beneficio económico”, sino también a “u otro beneficio de orden material”, que es más amplio que solo la finalidad lucrativa. Asimismo, no es posible interpretar y menos aún aplicar una convención tomando los artículos de modo aislado, sino bajo la rectoría de la interpretación sistemática. En ese sentido, la exigencia de que los Estados adecúen sus legislaciones a la convención, en particular que el delito de organización criminal contenga el elemento de tendencia interna trascendente, debe pasar porque “los Estados Parte cumplirán sus obligaciones con arreglo a la presente Convención **en consonancia con los principios de igualdad soberana** e integridad territorial de los Estados, así como de no intervención en los asuntos internos de otros Estados” [resaltado adicional]. En consecuencia, solo por medio de la tipificación como ejercicio de la igualdad soberana tal elemento puede ser exigible, en particular porque se trata del ejercicio del *ius puniendi*, que incide directamente en el derecho a la libertad personal. Así ha quedado plenamente establecido en la referida Convención de Palermo, en el artículo 5, numeral 1, literal a), apartado i:

Artículo 5. Penalización de la participación en un grupo delictivo organizado

1. Cada Estado Parte **adoptará las medidas legislativas** y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) Una de las conductas siguientes, o ambas, como delitos distintos de los que entrañen el intento o la consumación de la actividad delictiva:

i) El acuerdo con una o más personas de cometer un delito grave con un propósito que **guarde relación directa o indirecta con la obtención de un beneficio económico u otro beneficio de orden material** y, **cuando así lo prescriba el derecho interno**, que entrañe un acto perpetrado por uno de los participantes para llevar adelante ese acuerdo o que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado; [...] (Resaltado adicional)

13.5. Después, el Perú ha optado por una tipificación más amplia, que no exige la finalidad lucrativa u otro beneficio material, que por cierto no la excluye, pero no puede entenderse como el recurrente, que convierte a su conducta en atípica; sino que se cumple con el mandato convencional si la tipicidad es general sin tendencia interna trascendente, porque entonces por el principio lógico *a fortiori*, si la tipicidad de organización criminal es más amplia, con mayor razón está incluida la organización criminal, que persigue un fin lucrativo u otro beneficio material.

∞ Por consiguiente, el recurso de apelación en los términos de su planteamiento resulta infundado, por cuanto sus argumentos no permiten

la destrucción de la decisión alcanzada; pues la excepción deducida no evidencia su propósito de excluir del ámbito penal el hecho denunciado, sino, más bien, incide en cuestionamientos ajenos a su fin procesal de control de tipicidad.

Decimocuarto. Por último, debido a que la decisión impugnada no puso fin al proceso penal y no se trata de un incidente de ejecución, no se establecerán costas procesales, de acuerdo con el artículo 497, numeral 1, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del procesado WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR.
- II. **CONFIRMARON** el auto contenido en la Resolución n.º 5, del once de abril de dos mil veintitrés (foja 65), emitida por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, que declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que interpuso, en el proceso seguido contra WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR por la presunta comisión de los delitos de tráfico de influencias y organización criminal, en agravio del Estado.
- III. **DISPUSIERON** que no corresponde establecer costas procesales al recurrente WALTHER JAVIER DELGADO TOVAR.
- IV. **ORDENARON NOTIFICAR** la presente resolución a las partes apersonadas en esta sede suprema, conforme a ley. Asimismo, que se publique el presente auto en la página web del Poder Judicial. Hágase saber.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

CARBAJAL CHÁVEZ

MELT/jgma