

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO CASACIÓN N.º 3526-2023/NACIONAL
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título Excepción de improcedencia de acción Funcionario de hecho

Sumilla 1. Es evidente que en el delito de colusión desleal un elemento que integra la imputación objetiva es que el autor (sujeto activo) solo puede ser un servidor o funcionario público y que por razón de su cargo se concierta con los interesados para o defraudando patrimonialmente al Estado (*ex* artículo 384 del CP). El artículo 425 del CP tiene una definición de servidor o funcionario público a los efectos penales de carácter amplio, incluso más allá del Derecho administrativo –que necesariamente lo incluye–. La discusión se encuentra en si esta noción puede comprender lo que se denomina “funcionario de hecho”. **2.** Tras el enunciado normativo del artículo 425 del CP, en la Casación 442-2017/Ica, de 11 de diciembre de 2019, reiteró que para que sea posible considerar la relevancia penal del **funcionario de hecho** –que, entre otros supuestos, también se expresa en periodos de anormalidad institucional– se requiere, siguiendo al administrativista DE LA VALLINA VELARDE, que desarrolló la concepción de A. CONSTANTINEAU, cumplir con tres requisitos: *(i)* existencia legal del cargo: necesidad de la existencia del cargo y de que exista *de iure*–; *(ii)* posesión del cargo: debe ser pacífica, pública, continuada y de buena fe, de suerte que su actuación externa ha de ser de la misma naturaleza que sería la del funcionario de derecho–; y, *(iii)* apariencia de legitimidad del título o nombramiento: existencia de un título, aunque irregular, aparentemente válido y que tal designación así lo considere el interesado, lo que exige examinar cada caso concreto–. **3.** La imputación es, además de la comisión de un delito de colusión desleal agravada, por un título de intervención delictiva de autoría; y, como tal, debe ser examinada. No se trata de sostener genéricamente que como el hecho puede reconducirse a un título de complicidad la excepción no es de recibo. Salvo los casos de error patente en la indicación del título de intervención delictiva en que es posible un análisis bajo tal perspectiva jurídica, lo propio es responder a la causa de pedir del que dedujo la excepción.

–SENTENCIA DE CASACIÓN–

Lima, siete de marzo de dos mil veinticinco

VISTOS; en audiencia pública: el recurso de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional** e **infracción de precepto material**, interpuesto por la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN contra el auto de vista de fojas ciento setenta, de cinco de julio de dos mil veintitrés, que confirmando el auto de primera instancia de fojas cincuenta, de veintisiete de septiembre de dos mil veintidós, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de colusión agravada y otros en agravio del Estado.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. Que se atribuyó a la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN ser autora del delito de colusión agravada, previsto y sancionado en el segundo

RECURSO CASACIÓN N.º 3526-2023/NACIONAL

párrafo del artículo 384 del Código Penal, pues durante la gestión presidencial de su cónyuge, Ollanta Humala Tasso (período dos mil once a dos mil quince), y por delegación de éste, gestó desde el Poder Ejecutivo reuniones con representantes del Grupo Empresarial Odebrecht, con quienes se concertó en perjuicio del patrimonio del Estado. El acuerdo colusorio se concretó en lo siguiente:

- A. El término del proceso de concesión del proyecto “Gasoducto Andino del Sur”, el cual había sido otorgado bajo la modalidad de iniciativa privada.
- B. La devolución de la carta fianza por el importe de sesenta y seis millones setecientos ocho mil ciento seis dólares americanos con veinte centavos a la empresa “Kuntur Transportadora de Gas Sociedad Anónima” (Odebrecht).
- C. Un nuevo proceso de concesión para el proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, convocado, esta vez bajo la modalidad de Asociación Pública Privada (APP), esto es, en cofinanciación con el Estado.
- D. El favorecimiento fraudulento con la adjudicación de la buena pro del proyecto mencionado en el punto “c”, al consorcio Gasoducto Sur Peruano, conformado por la empresa Odebrecht.

SEGUNDO. Que, el procedimiento se desarrollado como a continuación se detalla:

∞ **1.** Ante estos cargos, la defensa de la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN dedujo excepción de improcedencia de acción por escrito de fojas cuatro, de catorce de enero de dos mil veintidós, en el extremo del delito de colusión agravada, previsto y sancionado por el artículo 384 del Código Penal. Invocó el artículo 6, numeral 1, literal “b”, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–. Sostuvo que no concurre el elemento normativo del tipo penal colusión: “funcionario público” con competencia funcional para intervenir, en este caso, en alguna de las etapas de la contratación de los Proyectos Gasoducto Andino del Sur y Gasoducto Sur Peruano, a cargo de PROINVERSIÓN y el Ministerio de Energía y Minas (MINEM); que en la legislación no se incorporó al “funcionario de hecho” en el catálogo del artículo 425 del Código Penal; que cualquier interpretación al respecto debe respetar el principio de legalidad; que el precepto citado no reconoce como título habilitante para la función pública el nombramiento nulo o irregular; que la negligencia o resistencia legislativa a regular el tema –estatus de primera dama como funcionario público–, no puede vulnerar el principio de legalidad.

∞ **2.** Realizada la audiencia pública de excepción de improcedencia de acción, como consta del acta de fojas cuarenta y cuatro, de veinte de abril de dos mil veintidós, el juez del Sexto Juzgado de la Investigación Preparatoria Nacional dictó auto de primera instancia de fojas cincuenta, de veintisiete de

septiembre de dos mil veintidós, que declaró infundada la referida excepción. Consideró lo siguiente:

* **A.** El aspecto esencial del mecanismo de defensa es el cuestionamiento del elemento normativo funcionario público con competencia para intervenir. Al respecto, a la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN se le imputó haber sido delegada por el presidente Ollanta Humala Tasso y gestar reuniones con representantes del Grupo Odebrecht. Se postuló que la indicada encausada sería funcionaria pública de facto y/o de hecho; que de la imputación no se verifica el cargo o función reconocido en el procedimiento de contratación (ejemplo, presidente del comité, miembro suplente, etcétera) que habría realizado de hecho o facto, de suerte que esta circunstancia una omisión fáctica que impide evaluar, concretamente, el juicio de subsunción, debido a que esta omisión es un criterio esencial en la existencia legal del cargo como parámetro de interpretación del elemento normativo del tipo: “funcionario público”.

* **B.** El concepto amplio de funcionario público para efectos penales requiere como título habilitante la designación, que puede emanar de la Constitución y del artículo 425 del Código Penal, el cual integra una estructura normativa que tiene como parte de su componente la “reglamentación”, la misma que forma parte del reconocimiento de “[...] *las actividades oficiales y/o protocolares, así como aquellas vinculadas a los fines institucionales en las que participe la Primera Dama, en su calidad de cónyuge del Presidente de la República [...]*”, de conformidad con el artículo 4 del Decreto Supremo 82-2011-PCM, de veintiuno de octubre de dos mil veintiuno, que modificó el Reglamento de Organización y Funciones y el Organigrama Estructural del Despacho Presidencial.

* **C.** Por tanto, se considera el cargo de Primera Dama de la Nación como funcionaria pública, en tanto que la ubicación de su título habilitante forma parte de una reglamentación derivada de la Ley que otorga su origen como parte de un ordenamiento jurídico, como ya el Tribunal Constitucional ha considerado que “[...] *Las normas forman un todo homogéneo estructurado jerárquicamente, al que se denomina ordenamiento [...]*”, considerando que “[...] *[l]a implicación es una regla lógico-jurídica que consiste en la conexión existente entre una pluralidad de preceptos por el hecho de formar parte de un mismo orden y, adicionalmente, por su ubicación en la pirámide jurídica, de conformidad con la jerarquía asignada por el propio sistema [...]*”, llegando a circunscribir las normas dependientes de su creación como es su reglamentación de la Ley, por lo que dicho extremo debe desestimarse.

∞ **3.** La defensa de la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN interpuso recurso de apelación por escrito de fojas sesenta y seis, de cuatro de octubre de dos mil veintidós. Instó se revoque el auto de primera instancia y se estime la excepción deducida. Alegó que se realizó una errónea interpretación del artículo 425 del Código Penal –en adelante CP– al afirmar que reconoce como funcionario de hecho al autor del delito de función de colusión; que se

trata de una errónea aplicación de la teoría del funcionario de hecho al no verificar los elementos del título habilitante de la función pública, y de una errónea aplicación del artículo 384 del CP al considerar a su defendida como autora del delito de colusión agravada sin verificar qué exige para serlo este tipo delictivo de infracción de deber.

∞ **4.** Admitido el recurso de apelación, elevadas las actuaciones y realizada la audiencia de apelación, conforme consta de fojas ciento sesenta, de veintitrés de mayo de dos mil veintitrés y de fojas ciento sesenta y cuatro, de veintiséis de mayo de dos mil veintitrés, la Tercera Sala Penal de Apelaciones Nacional dictó auto de vista de fojas ciento setenta, de cinco de julio de dos mil veintitrés, que confirmando el auto de primera instancia declaró infundada la excepción de improcedencia de acción. Argumentó lo siguiente:

* **A.** La excepción no es la vía para determinar autoría y participación concreta en el hecho objeto de investigación.

* **B.** La defensa indicó que la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN no puede ser autora por la falta de reconocimiento del funcionario de hecho en la normativa, bajo el principio de legalidad, estando solo permitido mediante un título habilitante, sea por ley, elección o nombramiento; que, al respecto, si aceptamos que existe un error de interpretación en la aplicación del artículo 425 del Código Penal, igualmente la excepción resulta infundada porque, como lo afirmó el juez de primera instancia, si los hechos que se atribuyen a la recurrente constituyen delito, es irrelevante para efectos de la excepción si esta actuó como autora, cómplice o instigadora; que en el sistema jurídico procesal penal recogido en el Código Procesal Penal de dos mil cuatro, el título de imputación es objeto de discusión hasta el final del proceso penal; que el artículo 374 del CPP, por el cual el juez penal, de juzgamiento, al final del juicio oral, aplicando el principio de determinación alternativa, incluso puede determinar la real calificación jurídica respecto al título de imputación que corresponde a cada acusado en los hechos objeto de juzgamiento. Por tanto, el agravio no es de recibo.

* **C.** Sobre la teoría del funcionario de hecho, conforme a la Casación 442-2017/ICA, los elementos para afirmar que se es funcionario de hecho son: existencia legal del cargo, posesión del cargo y apariencia de legitimidad del título o nombramiento. No obstante, en la formalización se señaló que por ser esposa del ex presidente y ex primera dama, automáticamente la hace funcionaria de facto, pero según la defensa no podría serlo por lo siguiente: **1.** Su no reconocimiento en el Código Penal, porque aun aceptando ello. **2.** Sería necesario que hubiese tenido alguna resolución suprema o ministerial que la designe para intervenir específicamente en alguna de las etapas de la contratación de los proyectos investigados. **3.** No se puede considerar a cualquier particular que desarrolle en apariencia “gestiones públicas”, aunque careciera de competencia y poderes de decisión. **4.** Omisión del análisis de criterios dogmáticos como: nombramiento nulo, la existencia legal del cargo, posesión pacífica, pública y

de buena fe del cargo, apariencia de legitimidad ante el público y finalidad ilícita en el ejercicio de la función. **5.** La construcción de una imputación de autor solo con criterios materiales (reuniones con ejecutivos de Odebrecht o condicionar que no integren consorcio). Por tanto, para la defensa, es un error asignar al Decreto Supremo 082-2011-PCM la condición de título habilitante para la función pública, pues solo por ley se crean los cargos públicos que integran el despacho presidencial, no existiendo precisión de deberes competenciales.

* **D.** Al respecto, se reitera que la defensa erróneamente pretende fundar la excepción planteada en aspectos legales que no competen al medio técnico de defensa invocado. En todo caso, no ha planteado razones plausibles para realizar una interpretación diferente a lo previsto en el artículo 6, apartado 1, literal 'b', del CPP, que claramente prescribe que la citada excepción se deduce cuando: "el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente". Para nada se hace mención que por medio de esta excepción puede discutirse cuestiones de autoría y participación como pretende el recurrente, y de ahí que no se conoce doctrina consolidada ni precedentes jurisprudenciales plausibles que así lo propongan y promuevan.

∞ **5.** La defensa de la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN, interpuso recurso de casación por escrito de fojas ciento noventa y seis, de diecinueve de julio de dos mil veintitrés. Éste fue concedido y elevado a esta Sala Suprema por auto superior de fojas doscientos quince, de siete de noviembre de dos mil veintitrés.

TERCERO. Que la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN en su escrito de recurso de casación de fojas ciento noventa y seis, de diecinueve de julio de dos mil veintitrés, invocó los motivos de casación de inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material (artículo 429, incisos 1 y 3, del CPP). Desde el acceso excepcional, propuso se precise si quien no ejerce un cargo público en virtud de una designación autorizada por el ordenamiento puede ser considerado sujeto activo del delito de colusión, si esta cualidad del agente integra la tipicidad penal y si puede aceptarse una excepción de improcedencia de acción en los casos de que el agente no tenga las cualidades legalmente exigidas.

CUARTO. Que, elevada la causa, corrido el traslado correspondiente a las partes, este Tribunal Supremo, mediante Ejecutoria de Calificación de fojas ciento cuarenta y uno, de diecinueve de agosto de dos mil veinticuatro, declaró bien concedido el recurso de casación por las causales de **inobservancia de precepto constitucional e infracción de precepto material.**

∞ Corresponde determinar la noción de **funcionario de hecho**, si como tal está en capacidad de cometer delito de colusión y cuáles son los elementos que lo determinan.

QUINTO. Que, instruido el expediente en la Secretaría de la Sala y vencido el plazo concedido, se señaló fecha para la audiencia de casación el día viernes veintiocho de febrero de dos mil veinticinco.

∞ La audiencia se realizó, según consta en el acta respectiva, con la intervención de la defensa de la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN, doctor Julio César Espinoza Goyena. También intervino el fiscal adjunto supremo en lo penal, doctor Denis Pérez Flores, y el abogado de la Procuraduría Pública, doctor Rafael Chanjan Documet.

SEXTO. Que, cerrado el debate, deliberada la causa en secreto ese mismo día, de inmediato y sin interrupción, y producida la votación respectiva, se acordó por unanimidad pronunciar la correspondiente sentencia de casación en los términos que a continuación se consignan. Se programó para la audiencia de lectura de la sentencia el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura casacional desde las causales de **inobservancia de precepto constitucional** e **infracción de precepto material**, estriba en determinar la noción de **funcionario de hecho**, si como tal el agente está en capacidad de cometer delito de colusión y, en su caso, cuáles son los elementos que lo determinan.

SEGUNDO. Que es evidente que en el delito de colusión desleal un elemento que integra la imputación objetiva es que el autor (sujeto activo) solo puede ser un servidor o funcionario público y que por razón de su cargo se concierta con los interesados para defraudar patrimonialmente al Estado (*ex* artículo 384 del CP). El artículo 425 del CP tiene una definición de servidor o funcionario público a los efectos penales de carácter amplio, incluso más allá del Derecho administrativo –que necesariamente lo incluye–. En todo caso, en la Casación 634-2015/Lima, de veintiocho de junio de dos mil dieciséis, se señaló que el citado artículo 425 del CP incorpora una relación o listado, bajo la técnica de *numerus apertus*, para entender los alcances penales de funcionario o servidor público. Expresa las distintas formas en que una persona puede incorporarse y vincular al Estado con sus actos.

∞ La discusión se encuentra en si esta noción puede comprender lo que se denomina “funcionario de hecho”. Esta es una expresión propia del lenguaje de la doctrina administrativista moderna, que hace mención a la persona que ocupa un cargo en la Administración Pública y cumple las funciones propias del mismo, como si fuera un verdadero funcionario, pero sin título o con título irregular.

∞ El artículo 425 del CP, en su inciso tercero, concreta una definición de funcionario para efectos penales especialmente amplia, vinculado a una

entidad u organismo del Estado en función a una designación de cualquier naturaleza –en el que basta incluso el acuerdo entre el interesado y la persona investida de facultades para la designación–, y que, por ello, ejerza funciones públicas. No se resalta lo que se denomina en sentido amplio “investidura legítima” –propiamente, las notas de incorporación y permanencia–, sino, desde bases materiales, la protección de modo eficaz de la función pública, así como también los intereses de la Administración en sus diferentes facetas y modos de operar –la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, en mérito a las funciones y fines propios del Derecho penal y que, sólo eventualmente coincide con los criterios del Derecho administrativo– [cfr.: STSE 149/2015, de 11 de marzo]. La razón penal de su consideración es proteger de modo eficaz la función pública, así como también los intereses de la Administración y –de la colectividad, agregamos– en sus diferentes facetas y modos de operar, de suerte que la nota relevante es la participación en la función pública, lo que importa que concorra una actividad dirigida a satisfacer los intereses generales, la satisfacción del bien común; criterio que, en todo caso, debe ser delimitado por un requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane la actuación debe ser público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público [cfr.: STSE 317/2024, de dieciséis de abril, FD 2º.4].

∞ Por otro lado, una norma autoaplicativa como el artículo 1 de la Convención Interamericana contra la Corrupción, precisó que la función pública es toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos. Y, funcionario público es cualquier funcionarios o empleado del Estado o de sus entidades, incluidos los que han sido seleccionados, designados o electos para desempeñar actividades o funciones en nombre del Estado o al servicio del Estado, en todos sus niveles jerárquicos.

TERCERO. Que la jurisprudencia penal ordinaria y constitucional ya se han decantado por una noción material de funcionario público, cuyo fundamento se centra en la capacidad para vincular al Estado con las decisiones que toma el sujeto, quien ha de ser una persona que tenga la posibilidad de orientar el proceso de contratación pública [MARTÍNEZ HUAMÁN, RAÚL ERNESTO: *Delito de colusión*, Editores del Centro, Lima, 2024, pp. 179-181]. Es más, en el Derecho penal lo relevante para definir al funcionario público son las competencias públicas [VÍLCHEZ CHINCHAYÁN, RONALD y otros: *Delitos contra la administración pública*, Editorial Ideas, Lima, 2020, p. 556]. Genéricamente, desde el Derecho penal, si se ejerce una función pública (actividad realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, prescindiendo de sus vínculos contractuales) y vincula al Estado con sus actos y decisiones, si sus actos tienen efectos jurídico públicos, se es funcionario público. Específicamente,

en el delito de colusión el funcionario o servidor público es el garante de llevar con probidad y vigilando los intereses del Estado una determinada contratación pública [MEINI, IVÁN: *Función Pública y Funcionarios Públicos en Derecho penal*, PUCP, Lima, 2021, pp. 154, 161-162].

∞ A partir de esta misma concepción –de carácter funcional–, radicada en la efectiva participación en el ejercicio de funciones públicas (en su aspecto estático, tanto como dinámico), base de la protección penal, es que se considera **funcionario de hecho** a quien aun cuando no esté revestido de las formas debidas conforme a la ley para ocupar o desempeñarse en una determinada función, de hecho, lleva a cabo funciones valiéndose de la autoridad; ya sea por la autoridad que el desconocimiento del administrado le atribuye o la situación que el Estado le permita [VILLADA, JORGE LUIS: *Delitos contra la administración pública*, 2da. Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2022, pp. 16 y 21].

CUARTO. Que tras el enunciado normativo del artículo 425 del CP, la Casación 442-2017/Ica, de once de diciembre de dos mil diecinueve –de este precepto, específicamente en el inciso 3, se puede extraer la vieja tesis administrativa del funcionario de hecho, siempre tras la mera aparición de “un (...) vínculo contractual de cualquier naturaleza” que une a un particular con una organización administrativa [VIGNOLO CUEVA, ORLANDO: *El funcionario Público y la lucha por la armonía dogmática*, Revista de Derecho Público, Ediciones Pons, Volumen 5, 2022, Madrid, p. 12]–, reiteró que para que sea posible considerar la relevancia penal del funcionario de hecho –que, entre otros supuestos, también se expresa, por una u otra razón, en periodos de anormalidad institucional– se requiere, desde el Derecho administrativo y siguiendo al administrativista DE LA VALLINA VELARDE, que desarrolló la concepción, ciertamente más restrictiva, del jurista francés ALBERT CONSTANTINEAU [*Tratado de la doctrina de facto*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1945, Buenos Aires] –el mismo a su vez se fundamentó, entre otros argumentos, en la sentencia *State vs. Carroll* de la Corte Suprema de Estados Unidos, con un precedente en la sentencia *Parker vs. Kett*–, cumplir con tres requisitos: (1) existencia legal del cargo: necesidad de la existencia del cargo, de que tal cargo exista *de iure*; (2) posesión del cargo: debe ser pacífica, pública, continuada y de buena fe, de suerte que su actuación externa ha de ser de la misma naturaleza que sería la del funcionario de derecho; y (3) apariencia de legitimidad del título o nombramiento: existencia de un título, aunque irregular, aparentemente válido y que tal designación así lo considere el interesado, lo que exige examinar cada caso concreto– [DE LA VALLINA VELARDE, JUAN LUIS: *Sobre el concepto de funcionario de hecho*. En: *Revista de Administración Pública*, N.º 29, 1959, Madrid, pp. 117-124]. La jurisprudencia colombiana exige, a su vez, un cuarto requisito: el cargo se ejerce con la anuencia o permiso de las autoridades encargadas de controlar e impedir esta clase de situaciones que

permiten el ejercicio irregular de una investidura, por circunstancias de facto no previstas en la ley, pero en todo caso deben ser objeto de protección en aplicación del principio constitucional de la prevalencia de la realidad frente a las formas [Consejo de Estado de Colombia. Sentencia de 18 de mayo de 2018. 85001-23-31-000-2012-00014-01]. Este instituto se aplica, como se indicó, en dos supuestos: (i) fundamento de la apariencia y (ii) periodo de circunstancias excepcionales.

∞ Esta posición jurídica de reconocimiento del funcionario de hecho, que en el ámbito del Derecho penal fue sostenida por GIUSEPPE MAGGIORE y SEBASTIÁN SOLER [cfr.: Sentencia Sala Penal Superior Especial de Lima, de 29 de mayo de 2003, expediente 010-2001], en todo caso, fue validada por el Tribunal Constitucional en la sentencia 2758-2003-HC/TC, de veintitrés de noviembre de dos mil cuatro, en que, coincidiendo con la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 1813-2003/Lima, de catorce de noviembre de dos mil tres, destacó en que un funcionario que ejerce, en realidad, un cargo determinado dentro de la Administración, para el que no tenía nombramiento, puede considerársele sujeto activo de un delito funcional. Se destacó el hecho de la posición que realmente ocupó en la Administración y que, como tal, afectó directamente al bien jurídico protegido por las normas en cuestión. Lo que interesa, entonces, es que, considerando que el concepto penal de funcionario público es un concepto autónomo y propio de esta rama jurídica, el sujeto intervenga en el funcionamiento de la Administración, dependiendo de él la corrección del servicio público [OLIZOLA FUENTES, INÉS y otros: *Delitos contra la Administración Pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, Bilbao, 1997, p. 77].

∞ Por consiguiente, como la noción de funcionario de hecho forma parte, de uno u otro modo, del Derecho administrativo y la noción penal de funcionario es incluso más amplia, entonces, en principio, no existe razón alguna para estimar que esta institución no pueda aplicarse en el Derecho penal. No se está ante una analogía prohibida ni ante una vulneración del principio de *lex certa* –que, por lo demás, rechaza el casuismo estricto [BACIGALUPO, ENRIQUE: *Principios de derecho penal. Parte General*, 5ta. Edición, Editorial Akal, Madrid, p. 76]–.

QUINTO. Que, como se sabe, corresponde a la excepción de improcedencia de acción (*ex* artículo 6, apartado 1, literal ‘b’, del CPP), como medio de defensa formal o planteamiento de alegaciones procesales, desde el juicio empírico glosado en el acto de imputación fiscal, examinar si el juicio de valoración jurídico penal realizado se condice con las exigencias de un injusto penal –conducta típica y antijurídica– y que, además, cumpla con las exigencias de la categoría punibilidad correspondiente (observancia de una condición objetiva de punibilidad y ausencia de una causa personal de exclusión de pena).

RECURSO CASACIÓN N.º 3526-2023/NACIONAL

∞ La imputación es, además de la comisión de un delito de colusión desleal agravada, por un título de intervención delictiva de autoría; y, como tal, debe ser examinada. No se trata de sostener genéricamente que, como el hecho puede reconducirse a un título de complicidad, la excepción no es de recibo. Salvo los casos de error patente en la indicación del título de intervención delictiva en que es posible un análisis bajo tal perspectiva jurídica, lo propio es responder a la *causa de pedir* del que dedujo la excepción.

∞ En el presente caso, más allá de censurar esta argumentación, el Tribunal Superior, empero, también se ha pronunciado, en primer lugar, respecto de la legalidad de la institución del funcionario de hecho para dar por cumplido el elemento objetivo del delito de colusión agravada.

SEXTO. Que, siguiendo los lineamientos de lo que se ha de entender por funcionario de hecho, se tiene –según los cargos, base del análisis jurídico penal– (1) que la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN, por delegación de su esposo, el presidente de la República, ocupó un cargo, propio de la Administración Pública, que le permitió intervenir directivamente en el proceso de concesión del proyecto “Gaseoducto Andino del Sur, concretar la devolución de la carta fianza a la empresa “Kuntur Transportadora de Gas Sociedad Anónima” (Odebrecht), posibilitar la convocatoria a un proceso de concesión para el proyecto “Mejoras a la Seguridad Energética del País y Desarrollo del Gasoducto Sur Peruano”, y lograr la adjudicación de la buena pro del proyecto mencionado precedentemente al consorcio Gasoducto Sur Peruano, conformado por la empresa Odebrecht. Asimismo, (2) el cargo del que hizo uso lo ejerció continuadamente, bajo el entendimiento de que podía hacerlo en función de la delegación presidencial. Igualmente, (3) la apariencia de legitimidad del ejercicio del cargo, aunque al margen del ordenamiento, pero supuestamente válido como lo consideró durante el tiempo en que lo practicó, al punto que comprometió a la Administración y a sus funcionarios *de iure*, quienes seguían sus directivas, y también involucró a los interesados que se concertaron con ella dadas las potestades que asumió. Finalmente, (4) la anuencia de las autoridades encargadas de impedir esta clase de situaciones que permitieron el ejercicio irregular de tal investidura.

SÉPTIMO. Que distinto será, conforme a una defensa de fondo, cuestionar si, en efecto, bajo una delegación o un encargo presidencial la encausada efectivamente realizó materialmente los cuatro comportamientos atribuidos, si sobre esa base material se produjo un acuerdo colusorio, si tuvo el poder de ejecutar las conductas imputadas, si nadie se lo impidió pudiendo hacerlo, si lo hizo en esos términos, o si los mismos, por el contrario, los realizó, no ella, sino un funcionario de derecho sin su intervención directiva. Obviamente, corresponderá a la Fiscalía acreditar estos extremos.

RECURSO CASACIÓN N.º 3526-2023/NACIONAL

∞ En tal virtud, el recurso defensivo no puede prosperar. No se trasgredió precepto alguno de jerarquía constitucional o legal ordinario.

OCTAVO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación el artículo 497, apartado 1, del CPP. No cabe su imposición por tratarse de un auto interlocutorio.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación, por las causales de **inobservancia de precepto constitucional** e **infracción de precepto material**, interpuesto por la encausada NADINE HEREDIA ALARCÓN contra el auto de vista de fojas ciento setenta, de cinco de julio de dos mil veintitrés, que confirmando el auto de primera instancia de fojas cincuenta, de veintisiete de septiembre de dos mil veintidós, declaró infundada la excepción de improcedencia de acción que dedujo; con todo lo demás que al respecto contiene. En el proceso penal seguido en su contra por delito de colusión agravada y otros en agravio del Estado. En consecuencia, **NO CASARON** el auto de vista. **II.** Sin costas. **III. ORDENARON** se transcriba la presente sentencia al Tribunal Superior para los fines de ley y continúe la causa según su estado; registrándose. **DISPUSIERON** se lea la sentencia en audiencia pública, se notifique inmediatamente y se publique en la página web del Poder Judicial. **HÁGASE** saber a las partes procesales personadas en esta sede suprema.

Ss.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

SEQUEIROS VARGAS

MAITA DORREGARAY

CSMC/YLPR