



Fundada la excepción de improcedencia de acción

I. En el presente caso, no todos los elementos descriptivos del tipo penal han sido desarrollados plenamente por la Fiscalía, al presentar el *factum* en su requerimiento acusatorio. En particular, se verifica que el titular de la acción penal, al detallar las circunstancias concomitantes respecto de cada uno de los expedientes (n.ºs 637-2018-2, 605-2018-95, 0071-2019, 0077-2019-19 y 0069-2019), en que el agente emitió resoluciones supuestamente contrarias al texto expreso y claro de la disposición legal tributaria, se desprende que se atribuyó al encausado, en su calidad de juez civil de las causas que estuvieron bajo su competencia, que emitió pronunciamiento mediante la aplicación de control difuso, haciendo referencia además a que este aparece en las decisiones, pero que ulteriormente fueron revocadas por el superior. En buena cuenta, ello descarta, en el presente caso, que el elemento subjetivo del delito —dolo— esté presente.

De otro lado, en esta clase de delito resulta ajeno y extraño que se discuta si la inaplicación (mediante control difuso) es correcta o incorrecta, como fundamenta el fáctico fiscal, cuando la Constitución Política del Perú (artículos 138 y 139.8) exige la aplicación del control convencional o constitucional frente a los intersticios advertidos en las disposiciones legales; erigiéndose cuando así ocurra, como una excepción al prevaricato doloso de derecho, cuando en la decisión atribuida de prevaricadora aparece la justificación del control difuso —según la propia imputación fiscal— que debe encontrarse expresa en el *factum* del Ministerio Público; o tratarse incluso de interpretaciones admisibles de puro derecho, que fluyen del texto legal inaplicado, en clave de disolución de intersticios. La línea del razonamiento jurídico judicial de solución en estos casos no es el proceso penal a través de la atribución de la persecución por delito de prevaricato, sino el propio proceso judicial en el que la decisión atribuida de prevaricadora fue emitida, en el cual debe ser revisada, vía impugnación eventualmente elevada en consulta a la Corte Suprema de Justicia, ámbito en que será ineludible seguir las reglas de denotación jurisprudencialmente, o bien sea consentida por las partes justiciables legitimadas.

II. De este modo, la censura del recurrente es amparable en tanto que, conforme postuló el *factum*, no se cumplió con satisfacer cabalmente todos los elementos descriptivos (el tipo subjetivo o dolo), puesto que, si la imputación se fundamenta en el ejercicio de la potestad de control constitucional o convencional no concentrado y en la resolución discutida aparece la explicación de las razones del ejercicio del control difuso, sin entrar a valorar la corrección de estos, desvanece por completo la existencia del dolo que requiere el tipo penal; máxime si el *factum* no atribuye la conducta típica a la inaplicación del dispositivo legal, sin más, sino aplicando el control difuso respecto de la mentada aplicación atribuida, además de dislocado. Esto evidencia la falta de adecuación típica plena propuesta.

AUTO DE APELACIÓN

**Sala Penal Permanente
Apelación n.º 327-2023/Amazonas**



Lima, diez de junio de dos mil veinticinco

AUTOS y VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por el acusado [REDACTED] contra la Resolución n.º 9, del dos de noviembre de dos mil veintitrés (foja 69), emitida por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, en el extremo que declaró *infundada* la excepción de improcedencia de acción, en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito de prevaricato, en agravio del Estado.

Intervino como ponente el señor juez supremo LUJÁN TÚPEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ I. Del procedimiento en primera instancia

Primero. El representante del MINISTERIO PÚBLICO formuló el requerimiento de acusación del veinte de julio de dos mil veintitrés (foja 2), en la causa seguida contra el investigado [REDACTED], en su actuación como juez supernumerario del Segundo Juzgado Civil Permanente de Bagua, por la presunta comisión del delito contra la Administración de Justicia, en la modalidad de prevaricato, en agravio del Estado (Poder Judicial).

* Los hechos atribuidos, conforme se desprende del requerimiento fiscal de acusación, en síntesis, son los siguientes:

∞ [REDACTED] en su actuación como juez del Segundo Juzgado Civil Permanente de Bagua, emitió resoluciones manifiestamente contrarias al texto expreso y claro del artículo 8.1) del TUO del Decreto Legislativo n.º 940, aprobado por Decreto Supremo n.º 155-2004-EF (modificado por el Decreto Legislativo n.º 1110) y declaró improcedentes las nulidades formuladas por la SUNAT en los expedientes n.ºs 637-2018-2, 605-2018-95, 0071-2019, 0077-2019 y 0069-2019, pese a que tuvo conocimiento del carácter intangible e inembargable de cuentas corrientes ordinarias en soles.

[En las sendas circunstancias concomitantes enfatiza el Ministerio Público:]

“[...] ha declarado improcedente la nulidad deducida por la SUNAT, bajo los siguientes fundamentos: “En el caso de autos, se trata de una acreencia laboral que tiene prioridad sobre cualquier obligación del deudor, precisando que los jueces tienen la facultad de aplicar el control difuso o, en su caso, realizar una interpretación conforme a la constitución”; decisión que es contraria al texto expreso y claro del artículo 8.1) de T.U.O del Decreto Legislativo N° 940, en tanto la orden de trabar embargo en



forma de retención, se realizó sin considerar que se trataba de cuentas de detracciones intangibles e inembargables”.

Segundo. Luego de corrido el traslado respectivo del requerimiento de acusación, el investigado [REDACTED] dedujo la excepción de improcedencia de acción (foja 52), por lo que, fijada la fecha de audiencia que se celebró el dos de noviembre de dos mil veintitrés, conforme se desprende del acta respectiva (foja 68), se emitió la decisión cuestionada en ese acto que se plasmó en la Resolución n.º 9, que en un extremo declaró *infundada* la excepción de improcedencia de acción deducida por el citado procesado en la investigación seguida en su contra por la presunta comisión del delito de prevaricato, en agravio del Estado.

∞ Los argumentos del juez fueron los siguientes:

2.1. El pedido de excepción de improcedencia de acción se basó en dos supuestos: el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente.

2.2. Con relación a que el hecho no constituye delito, el artículo 418 del Código Penal regula el delito de prevaricato, y teniendo en cuenta que los elementos de convicción que ofreció la fiscalía sostienen la posición clara que el procesado habría inaplicado una norma de carácter proyectiva contenida en el artículo 8.1 del TULO del Decreto Legislativo 940, aprobado por el Decreto Supremo n.º 155-2004, modificado por el Decreto Legislativo 1110 [sic], al disponer en calidad de juez, se otorgara en parte una medida de embargo en forma de retención en cuentas de extracción de carácter intangibles o inembargables, conforme lo expresa este dispositivo legal y refuerza su posición teniendo en cuenta el elemento de convicción consistente en los expedientes n.ºs. 637-2018-2, 605-2018-95, 71-2019, 77-2019-19 pues la Sala Civil en cada una revocó la decisión que emitió el procesado que declaró improcedente la nulidad deducida por el Procurador Público de la SUNAT y reformándola declaró fundada la nulidad de la resolución expedida por el juzgado. Y en relación al expediente 69-2019 la Sala Civil no emitió auto de vista¹. De otro lado, a partir de la transcripción de los argumentos expedidos por la Sala Civil, sostuvo que no existía la necesidad de realizar un control difuso, más aún que el Tribunal Constitucional en el expediente 3769-2010-AA-TC se pronunció sobre la constitucionalidad del sistema de detracciones, por lo que no corresponde un pronunciamiento judicial en contrario, acerca de un tema respecto del cual ya existe un criterio sobre su validez constitucional y no existen antinomias entre el artículo 24 de la Constitución y el artículo 8.1 del TULO del Decreto Legislativo 940, aprobado por Decreto Supremo n.º 155-2004. Más aún que no existía

¹ Según el Sistema Integrado Judicial de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, sigue en trámite de impugnación, no existe una respuesta digitalizada al respecto. Tampoco ninguna de las partes judiciales ha documentado otra información.



controversia que resolver sobre la preferencia de pagos y se produjo una resistencia de parte del obligado a la deuda laboral, por lo tanto, no existe una evidencia suficiente que puede conllevar a determinar que le asistía una causa de justificación al realizar un análisis operando el control difuso, ya que no se daban los presupuestos, en tal sentido se desestima la decisión de improcedencia de acción.

Tercero. Contra la Resolución n.º 9, el procesado [REDACTED] interpuso recurso de apelación (foja 94) y solicitó que se revoque la decisión cuestionada y, reformándola, se declare fundada la excepción de improcedencia de acción.

∞ Los agravios esgrimidos fueron los siguientes:

- 3.1.** No se tuvo en cuenta el criterio vinculante vigente de la Corte Suprema (Casaciones n.ºs 1095-2021/Nacional, 525-2022/Nacional y 526-2022/Corte Suprema) respecto a la valoración de elementos de prueba (en sentido amplio) en la excepción de improcedencia de acción.
- 3.2.** Incurrir en una grave incongruencia y arbitrariedad, pues procedió a realizar un análisis minucioso y a valorar los elementos de cargo consistentes en la emisión de las decisiones de la Sala Civil, empero, en contrapartida, omitió valorar el auto de vista emitido el treinta de septiembre de dos mil dieciséis por la Sala Civil, cuyo criterio fue el vigente al momento que expidió su decisión cuestionada, y fue base de su decisión.
- 3.3.** Se advierte motivación aparente en la premisa referida a que la Sala Civil de Utcubamba fue de un criterio distinto al del procesado y no existió justificación para que el procesado tome dicha decisión, toda vez que la causal de justificación del artículo 20, inciso 8, del Código Penal no debe ser analizada desde el ejercicio legítimo de un cargo (juez), dejando entonces a la autoridad competente (Autoridad Nacional de Control del Poder Judicial) que verifique si dicha motivación constituye o no una falta. De otro lado, no analizó la estructura típica del delito de prevaricato, que se recoge en el Recurso de Apelación n.º 235-2022/Lima Norte, del doce de mayo de dos mil veintitrés y pretende justificarlo con la simple remisión a los fundamentos esgrimidos por la Sala Civil de Utcubamba al momento que revocó las decisiones emitidas como juez de primera instancia, sin considerar que dicho argumento resulta inválido y falaz, como se determina con la Apelación n.º 11-2015/Áncash del dieciocho de mayo de dos mil diecisiete. La discrepancia de criterios con el superior jerárquico no significa un acto prevaricador y justamente ese fue el argumento usado por el *a quo*, motivo por el cual se remitió a lo decidido por la Sala Civil de Utcubamba. Incluso, el procesado, al momento de resolver, tuvo como criterio vigente lo establecido por la Sala Civil de Utcubamba, en el Expediente n.º 144-2015-0-0102-JM-CI-01, auto de vista resolución n.º 11 del treinta de septiembre de dos mil dieciséis.
- 3.4.** Así, los criterios utilizados por el procesado no fueron únicamente la antinomia, sino también el control difuso, test de razonabilidad y proporcionalidad, supremacía de la constitución y el criterio vigente del superior jerárquico,



plasmando en el auto de vista (Resolución n.º 11) del treinta de septiembre de dos mil dieciséis.

∞ La citada impugnación se concedió por auto del treinta de noviembre de dos mil veintitrés (foja 117) y se elevaron los actuados a esta instancia suprema.

§ II. Del procedimiento en la sede suprema

Cuarto. De conformidad con el artículo 420, inciso 1, del Código Procesal Penal, en concordancia con el artículo 455 del mismo cuerpo normativo, se dictó el decreto del veinte de diciembre de dos mil veintitrés (foja 57 del cuaderno supremo), que corrió traslado del recurso a las partes; asimismo, se ordenó corregir el concesorio emitido a la Sala Superior, lo cual se cumplió con la emisión del auto del trece de mayo de dos mil veinticuatro (foja 61 del cuaderno supremo).

Quinto. Seguidamente, se dictó el decreto del veintiséis de agosto de dos mil veinticuatro (foja 65 del cuaderno supremo), que señaló el veintinueve de octubre de dos mil veinticuatro como fecha para la calificación del recurso de apelación. En ese sentido, se emitió la ejecutoria del veintinueve de octubre de dos mil veinticuatro, que declaró bien concedido el recurso de apelación promovido, y dispuso solicitar los registros multimedia de la audiencia en que se emitió la resolución cuestionada (foja 67 del cuaderno supremo), que se cumplió el veinte de marzo de dos mil veinticinco (foja 73 del cuaderno supremo).

Sexto. Posteriormente, por decreto del nueve de abril de dos mil veinticinco (foja 87 del cuaderno supremo), se fijó fecha de audiencia para el diez de junio del presente año y, realizada la audiencia respectiva, se celebró de inmediato la deliberación de la causa en sesión privada. Llevada a cabo la votación y por unanimidad, corresponde dictar la presente resolución de vista en los términos que a continuación se consignan.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. El recurrente [REDACTED] plantea recurso de apelación contra la Resolución n.º 9, que declaró infundado su pedido de excepción de improcedencia de acción. Los hechos atribuidos al procesado, excepcionante —y calificados como prevaricato de derecho—, fueron



postulados en la acusación fiscal, como se describió *ut supra* en el fundamento fáctico primero.

Segundo. Luego, se atribuyó, de acuerdo con los hechos, la calificación jurídica siguiente, que es materia de apelación:

a) Artículo 418 del Código Penal.

“El juez [...] que dicta resolución [...], manifiestamente contrarias al texto expreso y claro de la ley, [...], será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres, ni mayor de cinco años”.

Tercero. En principio, la lectura conjunta y sistemática del artículo 159, numeral 1, de la Constitución Política del Estado y del artículo 1 del Código Procesal Penal refleja que el ejercicio de la acción penal pública incumbe exclusivamente al representante del Ministerio Público.

∞ Esto no ha de entenderse como una prerrogativa jurídico-funcional absoluta. Por el contrario, en observancia del principio de legalidad —en sus vertientes sustantiva y adjetiva—, la promoción de la acción penal está sujeta de modo inescindible al cumplimiento de sus presupuestos procesales.

∞ En sentido amplio, estos últimos constituyen circunstancias de las que depende la admisibilidad de todo el proceso o una parte considerable de él². Son, al fin y al cabo, las condiciones de hecho o de derecho que debe acreditar un proceso a fin de verificar su regularidad formal y su existencia jurídica³.

∞ A la vez, permiten alcanzar una decisión material⁴, es decir, que resuelva el fondo de la controversia penal. Si no constan, el proceso es sobreseído sin más, por lo que, dados sus efectos, deben ser constatables de manera fácil e inequívoca.

∞ Así, entre los presupuestos procesales de la acción penal, se distingue la tipicidad de la conducta atribuida y su perseguibilidad penal⁵.

Cuarto. La excepción de improcedencia de acción se encuentra prevista en el literal b) del artículo 6 del Código Procesal Penal, que señala que puede deducirse: “Cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente”.

² ROXIN, Claus. (2000). *Derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, p. 165.

³ GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. (2020). *Tratado de derecho procesal civil*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Jusbaire, p. 147.

⁴ VOLK, Klaus. (2016). *Curso fundamental de derecho procesal penal*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, p. 208.

⁵ SALA PENAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, fundamento jurídico tercero, de la Sentencia de Casación n.º 617-2021/Nacional, del veinte de diciembre de dos mil veintidós.



∞ De este modo, el primer caso comprende la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad —en este último caso, siempre que la imputación fiscal así lo consigne en su narración acusatoria o de investigación, no cuando la antijuricidad proviene de un argumento defensivo que no consta en el *factum* atribuido—. En el segundo supuesto se ubica la punibilidad, que abarca la ausencia de una condición objetiva de punibilidad y contempla la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absoluta⁶.

Quinto. De otro lado, la jurisprudencia penal (Casación n.º 1241-2022/Áncash, fundamentos décimo quinto y décimo sexto) ha definido los alcances normativos de la excepción de improcedencia de acción⁷.

5.1. 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 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.

5.2. 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 absoluta [...]. Para estos efectos, debe analizarse, en sus propios términos, los hechos o las conductas descriptas en la Disposición de

⁶ SAN MARTÍN CASTRO, César. (2020). *Derecho procesal penal. Lecciones*. Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales (Inpeccp), p. 367.

⁷ SALA PENAL PERMANENTE. 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.

⁸ SALA PENAL TRANSITORIA. 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.



Formalización de la Investigación Preparatoria o, en su caso, en la acusación fiscal escrita [...]⁹.

5.3. 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 incriminatorio, 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 vedadas [...]¹⁰.

Sexto. Del mismo modo, se precisó que, en el examen de la excepción de improcedencia de acción, se tendrán en cuenta diversas reglas jurisprudenciales definitivas.

- 6.1. Se deben respetar los hechos afirmados por la Fiscalía, sin modificarlos, negarlos, aumentarlos, agregarlos o reducirlos¹¹.
- 6.2. 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.
- 6.3. 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 los mismos desde las categorías del delito¹².
- 6.4. 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 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)** antijuricidad y **d)**

⁹ SALA PENAL PERMANENTE. 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. 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. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Recurso de Casación n.º 1307-2019/Nacional, del doce de febrero de dos mil veinte, fundamento cuarto.

¹² SALA PENAL PERMANENTE. 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.



punibilidad: **(i)** excusa legal absoluta o **(ii)** condiciones objetivas de punibilidad¹³.

6.5. 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, los hechos postulados por el Ministerio Público no pueden alterarse, modificarse, acrecentarse u omitirse; 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, el conocimiento científico contrastable, las máximas de la experiencia, los principios y reglas del ordenamiento jurídico vigente o lo notorio.

∞ Cuando se invoque alguna causa de justificación —como el artículo 20, inciso 8, del Código Penal— “obrar en cumplimiento del deber”, la causa de justificación debe aparecer objetiva, así sea de modo precursor en el *factum* fiscal sin alterarlo o modificarlo, menos postular un fáctico alternativo; y no debe exigir más que un simple acto de percepción sensorial y objetiva, sin que sea necesaria valoración o interpretación de la causa de justificación, a partir de desarrollados argumentos o un discurso inferencial complejo, puesto en tales casos, casuística por medio, para realizar tal contraste es indispensable adentrarse a la fase del contradictorio de prueba.

Séptimo. Ahora bien, como esta Sala Penal Suprema ha definido en consistente doctrina¹⁴, el delito de prevaricato de derecho castiga al juez que dicta resolución manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley o se apoya en leyes supuestas o derogadas. El supuesto de resolución manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley (elemento normativo del tipo de injusto) —que es la conducta típica atribuida al juez encausado— debe valorarse en función del caso concreto y en atención a postulados de justicia material y no puramente formalistas [MUÑOZ CONDE, Francisco. (2001). *Derecho penal parte especial*, (13.ª edición), Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, p. 877]. Estriba, de un lado, en que la ley objeto de interpretación y aplicación por el juez ha de ser expresa y clara; y, de otro lado, en que la aplicación del derecho se ha realizado

¹³ SALA PENAL PERMANENTE. 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.

¹⁴ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Recurso de Apelación n.º 235-2022/Lima Norte, del doce de mayo de dos mil veintitrés, fundamentos cuarto y séptimo.



desconociendo los medios y los métodos de la interpretación aceptados en un Estado de derecho, apartándose de todas las opciones jurídicamente defendibles, esto es, de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho, en aquellos casos en los que la norma pueda ser susceptible de distintas interpretaciones [Benlloch Petit, Guillermo. (2019). *Lecciones de derecho penal. Parte especial* —AA.VV.: Silva Sánchez, Jesús-María (director)—, (6.ª edición), Barcelona: Editorial Atelier, p. 400]. Una de estas instituciones de excepción al supuesto de expedir resolución manifiestamente contraria al texto expreso y claro de la ley es precisamente la declaración de inconvencionalidad o inconstitucionalidad en ejercicio de la potestad jurisdiccional no concentrada (control difuso).

∞ Para este delito, el juez, de modo flagrante y clamoroso, desborda la legalidad vigente. Su conducta supone un torcimiento del derecho o una contradicción con el ordenamiento jurídico, tan patente y manifiesta que pueda ser perfectamente apreciada por cualquiera [SSTSE de 14 de marzo de 1996 y de 24 de junio de 1998]. Exige, en todo caso, una interpretación difícilmente justificable en el plano teórico [MUÑOZ CONDE, Francisco. *Ob. cit.*, p. 877]. Son prevaricadoras las interpretaciones imposibles de cualquier ley o potestad; las interpretaciones han de apartarse de la legalidad formal y materialmente contrarias al derecho y, además, cuando el juez sea consciente de ello [QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. (AA.VV.: MORALES PRATS, Fermín: coordinador). (1999). *Comentarios a la parte especial del derecho penal*. Pamplona: Editorial Aranzadi, pp. 1318-1319].

∞ Así pues, como se enfatiza, el delito de prevaricato de derecho requiere que el sujeto activo, en su resolución (auto o sentencia), al identificar un precepto legal, interpretarlo y aplicarlo, incurra en un desconocimiento de los medios y los métodos de la interpretación aceptados en un Estado de derecho, apartándose de todas las opciones jurídicamente defendibles, esto es, de las interpretaciones usuales y admisibles en derecho.

Octavo. En cuanto a la potestad jurisdiccional de control difuso, inaplicación de una ley por inconvencional o inconstitucional, se erige como causa de justificación eximente, es decir, como una causa objetiva de atipicidad, que precisa configurarse dentro de las notas esenciales propias de tal instituto jurisdiccional, por lo demás, exige que: a) aparezca en el *factum* de imputación, aunque fuese de modo precursor o meramente referencial; b) la decisión judicial atribuida de



prevaricadora debe objetivar a la percepción sensible corriente, de un razonamiento judicial expreso y objetivo; c) la aplicación del control difuso debe ser la causa eficiente de la inaplicación del texto legal “expreso y claro” imputado; y d) para ser acogida en sede incidental o vía excepción de improcedencia de acción, debe erigirse como causa de justificación que no requiere valoración contradictoria probatoria o alguna inferencia compleja para lograr su consolidación. Queda descartado el control difuso inexistente en la decisión judicial o la mera alusión sin desarrollo alguno.

Noveno. Así pues, el control de convencionalidad o de constitucionalidad no concentrado, denominado control difuso, a cargo de los jueces del Poder Judicial, es una de las principales instituciones formativas de la administración de justicia y una de las más eminentes características esenciales del derecho, principio y garantía fundamentales de los justiciables, concernido a la independencia e imparcialidad del Poder Judicial (*ex* artículo 139, inciso 2, concordante con el artículo 138, ambos de la Constitución Política del Perú). Por tanto, es una potestad legítima y constitucional de cualquier juez peruano, inaplicar por inconstitucional o por inconvencional una norma que atenta contra la Constitución Política del Perú o contra los tratados que conciernen a derechos y deberes fundamentales, que el Estado peruano haya suscrito y estén en vigor. Esta potestad, además, se soporta en la previa existencia de un intersticio de indeterminación de alguna norma jurídica cuando existe vacíos [norma omitida pero indispensable] o defectos [norma existente pero antinómica o imposible de aplicar por defectuosa].

Décimo. Sin embargo, es indispensable que la decisión que se le atribuye al juez encausado, previa a la inaplicación, aparezca escoltada por la justificación que evidencia tanto el intersticio como la técnica de solución del mismo, la que debe llevar inherente la posibilidad de vislumbrar razonablemente que se ha agotado las interpretaciones constitucionales posibles para mantener, sin éxito posible, bajo el imperio del principio de *pro bonum legislatore*. Ahora bien, cuando se trata de una causa de justificación frente a la acusación de prevaricato, y se alega en vía incidental la imputación fiscal debe hacer mención al control difuso (aunque fuera dislocado, según el persecutor) o más este razonamiento no aparezca y sea inexistente en la decisión que se objeta de prevaricadora, es imposible —en esta fase primordial— discernir que esta se sustancia en un razonamiento implícito de inconstitucional en la



resolución judicial, a modo de solipsismo. En tales situaciones, es indispensable la valoración probatoria propia del plenario de juzgamiento, y no del incidente de una excepción de improcedencia de acción. Entonces, solo es posible, de recibo como excepción de improcedencia de acción, cuando se consigne el control difuso en el fáctico de acusación, y este aparezca a la mera percepción sensorial y de modo objetivo, la existencia de las notas esenciales propias de tal instituto jurisdiccional (ver *ut supra*, fundamento jurídico octavo).

Undécimo. No puede ignorarse que, en el sistema normativo peruano, existen al mismo tiempo dos formas de control constitucional o control convencional, conforme al propio mandato de la Constitución Política del Perú, el control concentrado que por mandato del artículo 202 corresponde al Tribunal Constitucional. Dicho control es abstracto y tiene por cometido expulsar definitivamente a la disposición legal inconstitucional o inconventional del ordenamiento jurídico peruano. Asimismo, existe el control difuminado (*judicial review*) denominado *control difuso*, potencia que radica en cualquier juez o jueza que integra el Poder Judicial, el cual es concreto y específico (*ex* artículo 138 de la Constitución Política del Perú) y tiene por consecuencia la inaplicación de la disposición legal inconstitucional o inconventional, al caso concreto que debe decidirse¹⁵.

Duodécimo. Toda norma legal es inexorable, y para hacer eminente el principio y derecho fundamental a la legalidad es que existe el prevaricato de derecho como tipo penal, sin perjuicio de ello, su aplicación inmediata (a partir del texto claro y expreso) solo quedaría anulada, cuando se tratase de disposiciones legislativas inconstitucionales o inconventionales [intersticio insoluble], pues, por mandato expreso de los artículos 51 y 138 de la Constitución Política del Perú, estas disposiciones antinómicas deben ser inaplicadas, lo cual es particularmente ineludible para los integrantes del Poder Judicial, tal como lo ha establecido la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁶.

¹⁵ SALA PENAL PERMANENTE. Corte Suprema de Justicia de la República del Perú. Casación n.º 2783-2021/Ica, veinte de febrero de dos mil veinticuatro, fundamento séptimo.

¹⁶ Fundamento 125 de la Resolución CIDH 166 *Luis Alfredo Almonacid Arellano y familia vs. Chile*, Sentencia del veintiséis de septiembre de dos mil seis, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas: “La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se



Incluso, su aplicación importa una tarea interpretativa correctiva, incluso si se tratase de un intersticio soluble [*ex pro bonum legislatore*], en cuyo caso, por mandato constitucional del artículo 139, inciso 8, de la Constitución Política del Perú, el juez no puede dejar de administrar justicia por ese defecto, sino aplicar los principios generales del derecho peruano, así como el derecho consuetudinario para resolverlos, lo cual supone acudir ante todo al *ius cogens internacional*, al igual que a los códigos comunitarios, nativos, campesinos, de pueblos originarios o afrodescendientes, cuando estos existan y sean compatibles y armónicos con el sistema internacional de los derechos humanos.

∞ En efecto, la disolución de los intersticios legislativos importa acudir a la teoría general de las normas que ha establecido que, frente a los *intersticios*¹⁷, los cuales pueden generarse por vacíos o lagunas, por

vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, **el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad»** entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”. Se reconoce al ex presidente de la CIDH Sergio García Ramírez, en su voto concurrente emitido en la Resolución CIDH 113, *Myrna Mack Chang Vs Guatemala* acuñó por primera vez la expresión control de convencionalidad. Y con mayor detalle en su voto concurrente razonado en la Resolución CIDH 126, *Tibi Versus Ecuador*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 7 de septiembre de dos mil cuatro. Serie C 114. Pero adquirió su consagración en la Resolución CIDH 166 *Luis Alfredo Almonacid Arellano y familia vs. Chile*, Sentencia del veintiséis de septiembre de dos mil seis, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas y luego se consolida en las decisiones siguientes: Resolución CIDH 170 *Trabajadores cesados del Congreso: [redacted]*

y otros 256 *trabajadores vs. Perú*, Sentencia del veinticuatro de noviembre de dos mil seis, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas; Resolución CIDH 174 *La Cantuta vs. Perú*, Sentencia del 29 de noviembre de dos mil seis, Fondo, Reparaciones y Costas; Resolución CIDH 181 *Lennox Ricardo Boyce, Jeffrey Joseph, Frederick Benjamin Atkins y Michael McDonald Huggins vs. Barbados*, Sentencia del veinte de noviembre de dos mil siete, Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas; Resolución CIDH 233 *Juan Gelman, María Claudia García Iruretagoyena de Gelman y María Macarena Gelman García Iruretagoyena vs. Uruguay*, sentencia del veinticuatro de febrero de dos mil once, Fondo y reparaciones; Resolución CIDH 265 *José Miguel Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, sentencia del veinte de noviembre de dos mil doce, Fondo, reparaciones y costas; Resolución CIDH 272, *César Alberto Mendoza, Lucas Matías Mendoza, Ricardo David Videla Fernández y Saúl Cristian Roldán Cajal vs. Argentina*, sentencia del catorce de mayo de dos mil trece, excepciones preliminares, fondo y reparaciones; Resolución CIDH 288 *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, sentencia del treinta de enero de dos mil catorce, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; Resolución CIDH 294 *personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana*, sentencia del veintiocho de agosto de dos mil catorce, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas; por mencionar las más representativas. (García Belaunde, Domingo & Palomino Manchego, José Francisco. (2013). *El control de convencionalidad en el Perú*, *En Pensamiento Constitucional* 18, ISSN 1027-6769, Lima: PC, pp.223 a 241).

¹⁷ Los intersticios del derecho, se dividen en vacíos o lagunas y defectos, como las antinomias, vaguedad, oscuridad, ambigüedad, texto abierto, concepto jurídico indeterminado. Así que incluso, en la adopción de una



defectos de redacción o antinomias (**indeterminación**) o por defectos al momento de interpretar (**derrotabilidad**) se utilice como herramienta de solución, los criterios de **jerarquía** (la ley superior en rango vence o deroga a la ley inferior: *lex superior derogat lex inferior*), **cronología** (la ley más reciente vence o deroga a la ley más antigua: *lex posterior derogat lex anterior*), **especialidad** (la ley especial vence o deroga a la ley general en alguna especialidad: *lex specialis derogat lex generalis*) y **especialización o competencia** (la ley que resuelve judicial o administrativamente sobre un asunto litigioso o una incertidumbre jurídica específica o con competencia para decidir al respecto vence o deroga a la ley sobre la que no se ha fijado competencia procesal o administrativa aunque fuera especial sobre un área del derecho: *lex competentens derogat omnia aliquae legis*).

Decimotercero. Dentro de ese marco dogmático o jurisprudencial, la Fiscalía atribuye la inaplicación del artículo 8.1 del TUO del Decreto Legislativo n.º 940, aprobado por el Decreto Supremo n.º 155-2004, modificado por el Decreto Legislativo n.º 1110 en las resoluciones emitidas por el procesado en los Expedientes n.ºs 637-2018-2, 605-2018-95, 0071-2019, 0077-2019-19 y 0069-2019, partiendo sin salir de la imputación, en que el recurrente señaló que actuó declarando inconstitucional ese artículo, ejercitando su potestad jurisdiccional de control difuso de la disposición legal mencionada. Este escenario es atendible cuando:

- 13.1.** Según la misma imputación fiscal, la excepción de improcedencia de acción radicó en el ejercicio de la potestad de control difuso como causa de justificación eximente.
- 13.2.** El control difuso (*judicial review*) es precisamente una facultad constitucional del juez frente a un texto, incluso claro, expreso y abierto que posee un intersticio del derecho, un defecto, en este caso la inconstitucionalidad.
- 13.3.** De esta manera, si en la resolución atribuida de prevaricadora se procedió aplicando control difuso y este control aparece expresamente atribuido por la fiscalía en la acusación, así como en la

antinomia, igual se tendría que recurrir a los Principios del Derecho. Moreso, José Juan & Vilajosana, Josep Maria. (2008). *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid: Marcial Pons. Fue el profesor Herbert Leonel Adolfo Hart, quien estableció que el ordenamiento jurídico, pese a su vocación de completitud, puede que en muchos casos genere grietas (intersticios), los cuales puede generarse por vacíos o lagunas, o por defectos de redacción (**indeterminación**), o por defectos al momento de interpretar (**derrotabilidad**). Cfr. HART, Herbert L. A. (1963). *El concepto del derecho*, trad. Genaro R. Carrió, ISBN: 9789502019987, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, pp. 116 a 132; RÓDENAS CALATAYUD, Ángeles. (2012). *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*. ISBN: 8497689607, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, pp. 30 a 35.



referida resolución aparece a la percepción sensible y de modo objetivo la justificación necesaria de tal aplicación constitucional, entonces, se descarta por completo el elemento subjetivo del tipo, por existencia de una causa de justificación eximente, sin el cual ya no existiría delito porque no hay manera de que se materialice dolosamente, al mediar un razonamiento justificativo de la inaplicación. El delito solo sería posible si en la decisión prevaricadora estuviera ausente esta justificación de control difuso o esta fuera solo una mera mención sin desarrollo en cuyo caso se necesitaría otros elementos de prueba para prosperar, descartando la vía incidental.

13.4. En otras palabras, sobre este último escenario, si en cambio se trata de una resolución que no tenga una justificación expresa y explícita del control convencional o constitucional no concentrado, entonces, el asunto no puede resolverse a través de una excepción de improcedencia de acción, sino que sí se necesita la valoración de los elementos de prueba, que solo podría alcanzarse tras el juzgamiento.

Decimocuarto. En el presente caso, no todos los elementos descriptivos del tipo penal han sido desarrollados plenamente por la Fiscalía, al presentar el *factum* en su requerimiento acusatorio. En particular, se verifica que el titular de la acción penal, al detallar las circunstancias concomitantes respecto de cada uno de los expedientes (n.ºs 637-2018-2, 605-2018-95, 0071-2019, 0077-2019-19 y 0069-2019), en que el agente emitió resoluciones supuestamente contrarias al texto expreso y claro de la disposición legal tributaria, se desprende que se atribuyó al encausado, en su calidad de juez civil de las causas que estuvieron bajo su competencia, que emitió pronunciamiento mediante la aplicación de control difuso, haciendo referencia además a que este aparece en las decisiones, pero que posteriormente fueron revocadas por el superior. En buena cuenta, ello descarta, en el presente caso, que el elemento subjetivo del delito —dolo— esté presente.

∞ De otro lado, en esta clase de delito resulta ajeno y extraño que se discuta si la inaplicación (mediante control difuso) es correcta o incorrecta, como fundamenta el fáctico fiscal, cuando la Constitución Política del Perú (artículos 138 y 139.8) exige la aplicación del control convencional o constitucional frente a los intersticios advertidos en las disposiciones legales; erigiéndose cuando así ocurra, como una excepción al



prevaricato doloso de derecho, cuando en la decisión atribuida de prevaricadora aparece la justificación del control difuso —según la propia imputación fiscal— que debe encontrarse expresa en el *factum* del Ministerio Público; o tratarse incluso de interpretaciones admisibles de puro derecho, que fluyen del texto legal inaplicado, en clave de disolución de intersticios. La línea del razonamiento jurídico judicial de solución en estos casos no es el proceso penal a través de la atribución de la persecución por delito de prevaricato, sino el propio proceso judicial en el que la decisión atribuida de prevaricadora fue emitida, en el cual debe ser revisada, vía impugnación eventualmente elevada en consulta a la Corte Suprema de Justicia, ámbito en que será ineludible seguir las reglas de denotación jurisprudencialmente¹⁸, o bien sea consentida por las partes justiciables legitimadas.

Decimoquinto. De este modo, la censura del recurrente es amparable en tanto que, conforme postuló el *factum*, como se dio cuenta en el primer fundamento de hecho, *ut supra*, no se cumplió con satisfacer cabalmente todos los elementos descriptivos (el tipo subjetivo o dolo), puesto que, si la imputación se fundamenta en el ejercicio de la potestad de control constitucional o convencional no concentrado y en la resolución discutida aparece la explicación de las razones del ejercicio del control difuso, sin entrar a valorar la corrección de estos, desvanece por completo la existencia del dolo que requiere el tipo penal; máxime si el *factum* no atribuye la conducta típica a la inaplicación del dispositivo legal, sin más, sino aplicando el control difuso respecto de la mentada aplicación atribuida, además de dislocado. Esto evidencia la falta de adecuación típica plena propuesta.

Decimosexto. Cabe enfatizar que, cualquiera sea el momento en que se evalúe una improcedencia de acción postulada, todos los elementos del tipo penal deben estar presentes en el *factum* postulatorio del fiscal, vale decir, considerando el grado de detalle y especificidad de que se trate; más general, si no hay requerimiento acusatorio, o específico y

¹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. STC 1109-2002-AA/TC-Lima, del seis de agosto de dos mil dos, fundamento sexto; STC 145-99-AA/TC-Lima, del ocho de septiembre de mil novecientos noventa y nueve, fundamentos 3 y 4; STC 1124-2001-AA/TC-Lima, del once de julio de dos mil dos, fundamento 13; STC 1383-2001-AA/TC-Lima, del quince de agosto de dos mil dos, fundamento 16. SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE, Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, Consulta Expediente 5631-2020-Lima, del diez de septiembre de dos mil veintiuno, fundamentos: quinto y sexto; Consulta Expediente 17151-2013-Lima, del veintidós de julio de dos mil catorce, considerando cuarto; Consulta Expediente 14677-2016-Ica, del diez de enero de dos mil diecisiete, fundamentos quinto y sexto.



detallado, si se notificó. En este caso, existe un requerimiento acusatorio, no hay forma de invocar el principio de progresividad formativo, solo resta la progresividad consolidante que debe darse al momento del plenario de juzgamiento. En consecuencia, dado que no concurren todos los elementos del tipo penal por existir una causa de justificación eximente del delito de prevaricato, por haber ejercido la potestad de control difuso, el recurso interpuesto deber ser amparado y debe revocarse la resolución venida en grado y, reformándola, declarar fundada la excepción deducida.

Decimoséptimo. Si bien el artículo 12, inciso 3, del CPP obliga al pronunciamiento de la acción civil, al haber determinado, en el presente proceso, que el juez actuó en ejercicio legítimo de su potestad de controlar convencional y constitucionalmente cualquier disposición legal (control difuso), le asiste una causa de justificación eximente también de la responsabilidad civil, puesto que no se ha erigido daño alguno que permita, en principio, extender la condena civil requerida; y, en segundo término, sin daño susceptible de análisis de la indemnización por perjuicio, resulta inútil repasar la existencia de los demás presupuestos para la existencia de la reparación civil. *Ergo*, no existe justificación alguna para extender condena civil en este caso.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON FUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el procesado [REDACTED]
- II. **REVOCARON** la Resolución n.º 9, del dos de noviembre de dos mil veintitrés (foja 69), emitida por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Amazonas, en el extremo que declaró *infundada* la excepción de improcedencia de acción, en la investigación seguida en contra del citado procesado [REDACTED], por la presunta comisión del delito de prevaricato, en agravio del Estado; y, **reformándola, DECLARARON FUNDADO** dicho mecanismo legal. En consecuencia, se dicta el sobreseimiento definitivo del proceso penal, por lo que debe archiversarse y actuarse en consecuencia.



**CORTE SUPREMA
DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA**

**SALA PENAL PERMANENTE
APELACIÓN N.º 327-2023
AMAZONAS**

III. DISPUSIERON que la presente resolución se notifique a las partes apersonadas en esta sede suprema, y se devuelvan los actuados al Juzgado de origen para su debida ejecución. Hágase saber.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO

LUJÁN TÚPEZ

ALTABÁS KAJATT

PEÑA FARFÁN

MAITA DORREGARAY

MELT/jkjh