



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

SALA PENAL PERMANENTE

RECURSO APELACIÓN N.º 190-2023/PUNO
PONENTE: CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

Título: Omisión de actos funcionales. Excepción de Improcedencia de acción

Sumilla 1. El artículo 377 del CP, tutela, en concreto la actuación oportuna de la Administración en beneficio de los particulares; protege el, cumplimiento oportuno y eficaz de la función pública. Contiene dos modalidades: omisiva –propia– (omitir) y activa (rehusar y retardar). Es un delito de peligro, que se consuma cuando el agente realiza cualquiera de las conductas descritas. También es un delito especial propio y de infracción de deber. Asimismo, el citado tipo delictivo tiene un elemento normativo: “ilegalmente”; es decir, el agente actúa ilegalmente cuando, debiendo actuar de conformidad a lo que establece la ley o el reglamento, en el marco de la competencia (atribuciones y funciones) de su cargo, sin embargo, no lo hace. **2.** Desde el elemento normativo **ilegalidad** de este delito, la Ejecutoria Suprema Apelación 10-2021/El Santa, estipuló que dentro de las atribuciones de un fiscal adjunto provincial no está la de decidir, *motu proprio*, la libertad de una persona detenida y puesta a su disposición –el artículo 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público no le otorga esta atribución, la que corresponde al fiscal provincial– [FD párr. 7.7]. Esta doctrina legal fue reproducida en la Ejecutoria Suprema Apelación 110-2022, cuyo Fundamento de Derecho 6.10 enfatizó que la función de los fiscales adjuntos provinciales es limitada, así de *motu proprio* no autorizan actuaciones importantes, tales como la libertad de una persona. **3.** Si bien no está en discusión que el Ministerio Público tiene la potestad de dar libertad a quien indebidamente ha sido detenido por la Policía Nacional, lo relevante es identificar al fiscal que en un caso concreto debe hacerlo. Como ya se estipuló jurisprudencialmente, esta atribución no la tiene el fiscal adjunto provincial, sino el fiscal provincial, bajo cuya conducción se encuentra la investigación del delito y a quien el fiscal adjunto debe rendir cuenta de su intervención y seguir sus instrucciones.

–AUTO DE APELACIÓN SUPREMO–

Lima, doce de abril de dos mil veinticuatro

AUTOS y VISTOS; en audiencia pública: el recurso de apelación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE SAN ROMÁN contra el auto de primera instancia de fojas ciento sesenta y cuatro, de cuatro de mayo de dos mil veintitrés, que declaró fundada la **excepción de improcedencia de acción** deducida por el encausado José Alexander Osorio Viveros en el proceso penal incoado en su contra por delito de omisión de actos funcionales en agravio del Estado – Ministerio Público, y, en consecuencia, sobreseyó la causa; con todo lo demás que al respecto contiene.

Ha sido ponente el señor SAN MARTÍN CASTRO.

FUNDAMENTOS DE HECHO

§ 1. DE LOS HECHOS OBJETO DEL PROCESO PENAL

PRIMERO. Que se atribuye al encausado JOSÉ ALEXANDER OSORIO VIVEROS, en su actuación como fiscal adjunto provincial de la Fiscalía

provincial Mixta de San Antonio de Putina, tuvo conocimiento de la detención policial de Guido Junior Vilavila Chambi, Henry Eliseo Mamani Ccarita, Wilson Ramos Chacón y William Ccarita Faijo, involucrados en la presunta comisión del delito de tenencia ilegal de armas que dio origen a la carpeta 80-2018. La intervención de los detenidos no fue en **flagrancia delictiva** y no se les encontró en **posesión del objeto material del delito**: arma de fuego. A pesar de ello el encausado OSORIO VIVEROS no ordenó su inmediata libertad, con lo cual omitió su función como defensor de la legalidad y de las garantías de los derechos de los ciudadanos.

∞ La concordancia de los artículos 159 de la Constitución, 1 del Decreto Legislativo 052 – Ley Orgánica del Ministerio Público, y 60 y 61 del Código Procesal Penal, en lo referido a la investigación del delito y las principales funciones que corresponden al Ministerio Público, prevé que si bien corresponde al Ministerio Público, como titular del ejercicio de la acción penal, la función de investigación de los delitos de persecución pública, también que su actuación debe regirse por la Constitución y la Ley, en base a un criterio objetivo y teniendo como funciones principales la defensa de la legalidad y garantizar los derechos de los ciudadanos inmersos en una determinada investigación penal.

∞ En el proceso constitucional de habeas corpus que incoaron los detenidos, mediante sentencia de vista Constitucional 06-2018, materia de la resolución 14-2018, de once de septiembre de dos mil dieciocho, la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la provincia de San Román confirmó la resolución diez del Juzgado originario de doce de julio de dos mil dieciocho que declaró fundada la demanda de habeas corpus en beneficio de Henry Eliseo Mamani Ccarita interpuesta contra José Alexander Osorio Viveros y el Sub Oficial Técnico de Segunda PNP Juan Gonzalo Chivigorri Mamani, dispuso que los demandados no vuelvan a incurrir en actos de privación de la libertad sin mediar flagrancia. Además, integrando la sentencia de primera instancia, dispuso la remisión de copias certificadas del proceso al órgano de Control del Ministerio Público.

SEGUNDO. Que, en su mérito, la Fiscal Superior de la Fiscalía de Familia de San Román – Juliaca, mediante requerimiento de fojas setenta y dos, de veintiuno de noviembre de dos mil veintidós, subsanado por requerimiento de fojas ciento cincuenta y cinco, de veinte de abril de dos mil veintitrés, acusó a José ALEXANDER OSORIO VIVEROS como autor del delito de rehusamiento de actos funcionales en la modalidad de omisión, previsto y sancionado por el artículo 377, primer párrafo, del Código Penal, en agravio del Estado – Ministerio Público. Solicitó se le imponga un año de pena privativa de libertad suspendida y treinta días multa, así como el pago de tres mil soles por concepto de reparación civil.

§ 2. DE LA PRETENSIÓN IMPUGNATORIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

TERCERO. Que el señor FISCAL SUPERIOR DE SAN ROMÁN en su recurso de apelación de fojas ciento ochenta y uno, de once de mayo de dos mil veintitrés, requirió la revocatoria del auto de primera instancia que desestimó la excepción de improcedencia de acción que dedujo el encausado OSORIO VIVEROS; y, reformándolo, se declare infundada la citada excepción. Argumentó que el cargo contra el acusado, fiscal adjunto, consiste en que no dispuso, en la oportunidad procesal respectiva, la libertad de los intervenidos; que los argumentos del juez son incongruentes; que el auto impugnado sostuvo que el fiscal carecía de facultades para disponer la libertad de los detenidos, sin considerar que el encausado tenía la calidad de fiscal adjunto provincial, se encontraba de turno y el veintisiete de febrero de dos mil dieciocho se realizaron actos de registro personal, registro domiciliario e incautación de bienes bajo su dirección.

§ 3. DEL ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO

CUARTO. Que el procedimiento se desarrolló como a continuación se detalla:

1. Presentado el requerimiento acusatorio e iniciada la audiencia de control de acusación, se presentaron las primeras observaciones formales el diecinueve de abril de dos mil veintitrés, subsanadas las mismas a fojas ciento cincuenta y cinco y el veinte de abril de dos mil veintitrés.
2. Asimismo, el acusado OSORIO VIVEROS dedujo **excepción de improcedencia de la acción** por escrito de fojas ciento once, de trece de febrero de dos mil veintitrés. Alegó que la acusación contiene una aseveración genérica de hechos históricos, y la narrativa de las diligencias preliminares no se precisa con mayor rigurosidad: ¿cómo? ¿cuándo? y ¿dónde? Asimismo, no se especificó con claridad la modalidad típica como omisión de actos funcionales, conforme lo describe el artículo 377 del Código Penal, el cual señala que el funcionario público que ilegalmente omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.
3. En la audiencia de control de acusación de fojas ciento cincuenta y ocho, de dos de mayo de dos mil veintitrés, el acusado expuso los argumentos de la excepción de improcedencia de la acción, como consta del acta de fojas ciento cincuenta y nueve y ciento sesenta y dos. Sostuvo que la Ley Orgánica del Ministerio Público precisa que el fiscal provincial es el titular del despacho, el adjunto sólo acude en ayuda; que no es posible que se pueda precisar y decir simplemente que él es responsable y a título de dolo, el cual no se ha probado; que el artículo 377 del Código Penal sanciona su mera actividad y a título de dolo cuando lo que se ha

omitido, rehusado o demorado sea parte de las funciones del funcionario público imputado; que en este caso, conforme el artículo 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público, el fiscal provincial es el que debe estar informado de la detención policial de una persona imputada y de la comisión del delito, él es quien pondrá en comunicación esta detención o a través de sus fiscales adjuntos provinciales; que, entonces, el fiscal adjunto asume únicamente la labor de auxilio, no puede ser responsable de un hecho que únicamente corresponde al titular; que la Fiscalía no mencionó la infracción que habría cometido, cuál fue que la norma que infringió; que el artículo 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público precisa claramente cuáles son las funciones del fiscal provincial; que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la apelación 10-2021 claramente precisó que el fiscal provincial es el responsable y quien está no solo enterado de las actuaciones fiscales sino que es el responsable de las órdenes y disposiciones al respecto; que, por tanto, si el Adjunto no estaba facultado la conducta atribuida no es típica; que, en no resulta en una conducta típica; que, en relación a la prescripción, está claro que el Estado ha perdido el *ius puniendi* dado que los hechos materia de acusación se han materializado el veintisiete de febrero del dos mil dieciocho, por tanto, el Estado tenía la posibilidad de accionar hasta el veintisiete de febrero del dos mil veinte, pero emitió disposición de formalización de la investigación preparatoria en fecha veintiuno de mayo del dos mil veintidós, extemporáneamente; que como se está ante un delito de infracción de deber y que, en las circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores, no aparecen con precisión las normas complementarias a las que se remiten, de lo descrito precedentemente no se tiene un hecho típico.

4. El Juzgado de la Investigación Preparatoria de Huancané declaró fundada la **excepción de improcedencia de acción** por auto de primera instancia de fojas ciento sesenta y cuatro, de cuatro de mayo de dos mil veintitrés, esencialmente porque los hechos descritos en la acusación no constituyen delito y sólo existe responsabilidad administrativa. Consideró lo siguiente:
 - A. De la lectura de sus funciones resulta que las funciones del imputado no le permitían disponer la inmediata libertad de los detenidos, al ser limitadas y solo constituir un auxilio del fiscal provincial.
 - B. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República ya se pronunció en casos similares. En el auto de apelación supremo 110-2022/Huánuco, FD **6.10**, se señaló: *“Cabe precisar que, conforme la normativa que rige las funciones de los operadores jurídicos del Ministerio Público, las funciones de los fiscales adjuntos provinciales son limitadas, así de motu proprio no autorizan actuaciones importantes, tales como la libertad de una persona, por ejemplo (...) si bien –de conformidad con el artículo 43 de la LOMP– los fiscales pueden contar con el*

auxilio de fiscales adjuntos en el ejercicio de sus atribuciones, esto no significa que estos serán reemplazados por los adjuntos en el trámite de las investigaciones a su cargo, sin ningún sustento, pues aun cuando internamente se designe determinados fiscales adjuntos para la tramitación de las carpetas fiscales a cargo del provincial, no dejan de encontrarse estos bajo la responsabilidad y el seguimiento del fiscal provincial, y es por ese motivo que (...) los fiscales adjuntos no pueden firmar por sí solos determinadas actuaciones procesales, sino que deben coordinar previamente y contar con la autorización de su superior inmediato, esto es, el fiscal provincial”. El sujeto activo de este delito, entonces, tener la facultad de cometer el acto que omitió; que en el presente caso José Alexander Osorio Viveros como Fiscal Adjunto Provincial carecía de las facultades para disponer la libertad de los detenidos (acto que habría omitido). Este razonamiento es asumido por la Corte Suprema: “**Noveno.** El aludido tipo penal es un delito especial y de infracción del deber, pues solo puede ser cometido por un funcionario público, quien debe ejercer formal y materialmente funciones en la administración pública. Cabe acotar que el agente, de acuerdo con las normas que lo sujetan a su función, debe ser quien sea el obligado a cumplir con el deber asignado, por lo que no puede ser sujeto activo del delito el servidor que no tenga la facultad legal o reglamentaria de realizar el acto que se omite (Apelación 73-2022/Piura)”.

- C. Por tanto, la imputación contenida en el requerimiento acusatorio no se subsume en la tipicidad objetiva que requiere el tipo penal imputado, lo que supone la ausencia de un presupuesto procesal necesario para continuar con el proceso penal. Si bien el abogado defensor alega que el hecho no es justiciable penalmente, empero de sus argumentos se desprende que se dirige a evaluar la tipicidad del tipo penal, debiendo declararse fundada la excepción de improcedencia de acción porque la conducta descrita no constituye delito conforme a los fundamentos esgrimidos en la presente resolución, en consecuencia, corresponde sobreseer el presente proceso.
- D. Vale mencionar que en la sentencia de vista constitucional 06-2018, de once de septiembre de dos mil dieciocho, la Sala Penal de Apelaciones y Liquidadora de la Provincia de San Román, al absolver la apelación de la demanda de hábeas corpus en contra del hoy acusado, que dispuso la remisión de copias al Órgano de Control Interno del Ministerio Público, argumentó que en la sentencia apelada se ha dispuesto la remisión de copias a Inspectoría para establecer la responsabilidad administrativa del efectivo policial demandado; que, con igual criterio, debió disponerse la remisión de copias al órgano de control del Ministerio Público, dado que la detención y liberación del favorecido ha sido ordenado por el fiscal demandado; que, siendo así, corresponde integrar la sentencia en ese extremo. Por ello, si bien los hechos descritos en la acusación fiscal

no constituyen delito y por eso se debe sobreseer esta causa, ello no exime a José Alexander Osorio Viveros de la responsabilidad que se le pueda demostrar o no en vía administrativa.

5. La Fiscal Superior de Familia de San Román interpuso recurso de apelación contra el auto precedente mediante escrito de fojas ciento noventa y uno, de once de mayo de dos mil veintitrés. Ésta fue concedida por auto superior de fojas doscientos doce, de veintiuno de julio de dos mil veintitrés.

QUINTO. Que, elevado el expediente a este Tribunal Supremo y declarado bien concedido el recurso de apelación por Ejecutoria de fojas sesenta y siete, de catorce de noviembre de dos mil veintitrés, mediante decreto de fojas setenta y dos, se señaló el día de la fecha para la audiencia de apelación.

∞ La audiencia de apelación se celebró con la intervención del señor Fiscal Adjunto Supremo en lo Penal, doctor José Luis Urrutia Oré, y de la defensa del encausado OSORIO VIVEROS, doctor Wilmer Quiroz Calli, según el acta adjunta.

SEXTO. Que, concluida la audiencia, a continuación, e inmediatamente, en la misma fecha se celebró el acto de la deliberación de la causa en sesión secreta. Efectuada ese mismo día la votación correspondiente y obtenido el número de votos necesarios, por unanimidad, corresponde dictar el auto supremo de vista.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Que el análisis de la censura impugnativa en apelación estriba en determinar si los hechos narrados por la Fiscalía se subsumen en lo previsto en el artículo 377 del Código Penal. Este precepto prevé: “El funcionario público que, ilegalmente, omite, rehúsa o retarda algún acto de su cargo...”.

SEGUNDO. Que el artículo 377 del Código Penal, tutela, en concreto la actuación oportuna de la Administración en beneficio de los particulares; protege el, cumplimiento oportuno y eficaz de la función pública –el desenvolvimiento diligente y normal de la Administración Pública desde el punto de vista estrictamente funcional [VILLADA, JORGE LUIS: *Delitos contra la Administración pública*, 2da. Edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2022, p. 196]–. Contiene dos modalidades: omisiva–propia– (omitir) y activa (rehusar y retardar). Es un delito de peligro, que se consuma cuando el agente realiza cualquiera de las conductas descritas [PAREDES PÉREZ, JORGE MARTÍN: *Comentarios al Código Penal*, Tomo IV, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2023, pp. 272-273]. También es un delito especial propio y

de infracción de deber. Asimismo, el citado tipo delictivo tiene un elemento normativo: “ilegalmente”; es decir, el agente actúa ilegalmente cuando, debiendo actuar de conformidad a lo que establece la ley o el reglamento, en el marco de la competencia (atribuciones y funciones) de su cargo, sin embargo, no lo hace [ROJAS VARGAS, FIDEL: *Delitos contra la Administración Pública*, Tomo I, 5ta. Edición, Editorial Gaceta Jurídica, Lima, 2021, pp. 337-338]. En consecuencia, de no existir ilegalidad en el incumplimiento del funcionario, el hecho dejará de ser relevante penalmente [cfr.: Ejecutoria Suprema de 16 de abril de 1998].

TERCERO. Que, desde el elemento normativo ilegalidad de este delito, la Ejecutoria Suprema Apelación 10-2021/El Santa, de catorce de octubre de dos mil veintidós, estipuló que dentro de las atribuciones de un fiscal adjunto provincial no está la de decidir, *motu proprio*, la libertad de una persona detenida y puesta a su disposición –el artículo 10 de la Ley Orgánica del Ministerio Público no le otorga esta atribución, la que corresponde al fiscal provincial– [FD párr. 7.7]. Esta doctrina legal fue reproducida en la Ejecutoria Suprema Apelación 110-2022, de diecisiete de marzo de dos mil veintitrés, cuyo Fundamento de Derecho 6.10 enfatizó que la función de los fiscales adjuntos provinciales es limitada, así de *motu proprio* no autorizan actuaciones importantes, tales como la libertad de una persona.

CUARTO. Que, en el presente caso, se atribuyó al encausado OSORIO VIVEROS, que pese a conocer de la inconstitucional detención policial de cuatro ciudadanos por la presunta comisión de un delito de tenencia ilegal de armas de fuego (ocurrida el veintisiete de febrero de dos mil dieciocho), no les dio inmediata libertad, los que posteriormente fueron liberados como consecuencia de un proceso constitucional de habeas corpus. La acusación de fojas setenta y dos, de veintiuno de noviembre de dos mil veintidós, implícitamente imputó al encausado OSORIO VIVEROS la modalidad omisiva del delito en cuestión (artículo 377 del Código Penal), dado que precisó que no hizo lo que debía hacer al advertir una detención ilegítima. Es decir, estimó que tenía la atribución legal para disponer la libertad de un detenido ilegalmente.

∞ No consta que no dio cuenta al fiscal provincial de sus actuaciones en ese caso o que éste le ordenó que disponga la libertad y, pese a ello, no lo hizo. En todo caso, tales conductas no constituyen parte del cuadro fáctico o acontecimiento histórico acusado.

QUINTO. Que si bien no está en discusión que el Ministerio Público tiene la potestad de dar libertad a quien indebidamente ha sido detenido por la Policía Nacional, lo relevante es identificar al fiscal que en un caso concreto

debe hacerlo. Como ya se estipuló jurisprudencialmente, esta atribución no la tiene el fiscal adjunto provincial, sino el fiscal provincial, bajo cuya conducción se encuentra la investigación del delito y a quien el fiscal adjunto debe rendir cuenta de su intervención y seguir sus instrucciones.

∞ En tal virtud, los hechos acusados al fiscal adjunto provincial no están incursos en el artículo 377 del Código Penal. El recurso acusatorio no es de recibo.

SEXO. Que, en cuanto a las costas, es de aplicación el artículo 499, apartado 1, del CPP. No cabe su imposición por tratarse de un recurso interpuesto por el Ministerio Público.

DECISIÓN

Por estas razones: **I.** Declararon **INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR DE SAN ROMÁN contra el auto de primera instancia de fojas ciento sesenta y cuatro, de cuatro de mayo de dos mil veintitrés, que declaró fundada la **excepción de improcedencia de acción** deducida por el encausado José Alexander Osorio Viveros en el proceso penal incoado en su contra por delito de omisión de actos funcionales en agravio del Estado – Ministerio Público, y, en consecuencia, sobreseyó la causa; con todo lo demás que al respecto contiene. En consecuencia, **CONFIRMARON** el auto de primera instancia. **II.** Sin costas. **III. DISPUSIERON** se transcriba la presente Ejecutoria al órgano jurisdiccional de origen para los fines de ley, al que se enviarán las actuaciones; 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

CARBAJAL CHÁVEZ

CSMC/YLPR