



Infundada la excepción de prescripción

En el delito de omisión de ejercicio de la acción penal, existe un plazo legal en el que debía promover la acción penal y, pese a ello, en ningún momento lo realizó.

AUTO DE VISTA

Lima, diecinueve de diciembre de dos mil veinticuatro

VISTOS: el recurso de apelación interpuesto por **Emilio Ernesto Salas Apaza** (folio 222) contra la resolución del treinta y uno de enero de dos mil veinticuatro (folio 182), por la cual el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Moquegua resolvió declarar infundada la excepción de prescripción que dedujo, en el marco del proceso que se le sigue por el delito de omisión de ejercicio de la acción penal, en agravio del Estado, representado por el Poder Judicial.

Intervino como ponente la señora juez suprema CARBAJAL CHÁVEZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

Primero. Planteamiento del caso

- 1.1.** Por escrito presentado el diecisiete de noviembre de dos mil veintidós, la defensa del investigado Emilio Ernesto Salas Apaza dedujo excepción de prescripción.
- 1.2.** En audiencia del veintitrés de enero de dos mil veinticuatro, el investigado Emilio Ernesto Salas Apaza sustentó la excepción de prescripción formulada.
- 1.3.** Por auto del treinta y uno de enero de dos mil veinticuatro (folio 182), expedido por el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Moquegua, se

declaró infundada la excepción de prescripción, esencialmente, bajo los siguientes fundamentos:

4.3. La posición de este Juzgado Superior de investigación Preparatoria, se ve respaldada por Jurisprudencia¹ emitida por la Corte Suprema de la República, como son las resoluciones emitidas en la Apelación N° 227-2022 Ancash, Recurso de Queja Excepcional N° 5-2019/Junín, Casación N° 2244-2021/Callao y recientemente, como obra en autos, la Sala Penal Permanente, vuelve a reiterar esta línea jurisprudencia en el Recurso de Apelación N° 67-2023/Moquegua, señalando que los delitos de omisión son delitos especiales y permanentes, estableciendo, que al caso concreto el periodo de inicio del plazo de prescripción es del 9 de abril de 2019, cuando la omisión dejó de existir.

4.4. Como se ha indicado, nos adherimos a esa línea jurisprudencial, consideramos que en este tipo de ilícitos no cabe la tentativa, por ser un delito permanente, como tal la consumación no podría ser instantánea, como se puede clarificar mejor en los delitos de la omisión al a asistencia familiar; donde la omisión es permanente, hasta que cesé el estado de abandono.

4.5. La defensa cuestiona que el imputado ya no tenía la capacidad para realizar la acción ordenada, pues había sido apartado-del conocimiento de la investigación. Tal situación ha devenido de su omisión, una vez se concretiza la omisión el investigado es separado del caso.

Sin embargo, antes de ello, siguiendo los lineamientos de la acusación, estaba plenamente facultado a-cumplir-con su deber; no podemos considerar esa alegación como una justificación idónea para dar por iniciado en plazo de prescripción, tiempo atrás, toda vez que las investigaciones fiscales son de orden público, deben continuar inexorablemente, pese a que algunos fiscales sean apartados de los procesos en los que intervinieron, como se ha dado en este caso, otra fiscal dispuso que no procedía ejercitar la acción penal contra el citado Garay Bonet, por haber prescrito la acción penal.

Segundo. Pretensión y argumentos de impugnación

2.1. El procesado Emilio Ernesto Salas Apaza (folio 222) pretende que se revoque la resolución recurrida y reformándola se declare fundada la excepción de prescripción o se declare nula. Argumenta lo siguiente:

- a.** El Juzgado no ha tomado en cuenta al interpretar y determinar el delito submatéria que, sistemáticamente, está ubicado dentro de los delitos contra la Administración de Justicia, específicamente dentro de los delitos de Denegación y Retardo de Justicia. Por tanto, el análisis que realiza el Juzgado para concluir que es un delito permanente, acogiendo las Ejecutorias Supremas del delito de Omisión de Asistencia Familiar, constituye un error.
- b.** En efecto el Juzgado Superior respalda su criterio y conclusión de delito permanente en las siguientes Ejecutorias: Apelación N° 227-2022/ANCASH: Recurso de Queja Excepcional N° 05-2019/JUNÍN; Casación N° 2244-2021/CALLAO; y. Apelación N° 67-2023/MOQUEGUA; no obstante, para que su tesis sea válida debe ser respecto de casos iguales o similares, esto es, que hayan interpretado el delito de Omisión de Ejercicio de la Acción Penal, en cuanto a su naturaleza y consumación.
- c.** De las cuatro Ejecutorias Supremas invocadas se advierte que la Queja Excepcional N° 05-2019/JUNÍN y la Casación N° 2244-2021/CALLAO, examinan el delito de omisión de asistencia familiar, artículo 149 del Código Penal, distinto del caso de autos.
- d.** La Apelación N° 227-2022/ANCASH no es una ejecutoria vinculante y propiamente no examina el delito de omisión de ejercicio de la acción penal, a partir de su ubicación sistemática, bien jurídico protegido y su propia estructura. Se fundamenta en el Recurso de Queja Excepcional N° 05-2019/JUNÍN, que se refiere al delito de Omisión de Asistencia Familiar.
- e.** También la Apelación N° 227-2022/Ancash, se fundamenta en la Casación N° 2244-2021/Callao, que se refiere al delito de Omisión de Asistencia Familiar.
- f.** La Corte Suprema, específicamente, respecto al delito de Omisión de Ejercicio de la Acción Penal, tiene 03 pronunciamientos: a) Apelación N°

51-2021/ANCASH que no examina el tipo, su naturaleza ni consumación y no señala que es un delito permanente. b) Apelación N° 227-2022/Ancash que es la que invoca el Auto apelado y señala que es un delito permanente. c) Apelación N° 123-2022/Cañete que no señala que sea un delito permanente.

g. Si bien tanto el delito de Omisión de Asistencia Familiar y el delito de omisión de ejercicio de la acción penal son delitos de omisión propia, éste último tiene algunas particularidades que no se equiparan con el delito de Omisión de Asistencia Familiar: a) Se ubica dentro de los delitos contra la Administración Pública. b) Específicamente, contra la Administración de Justicia. c) Por tanto, sus bienes jurídicos son distintos. d) Al ser un delito funcional, en rigor no es un delito de dominio sino de infracción del deber. e) El deber del Ejercicio de la Acción Penal, no es un deber absoluto, sino sujeto a la concurrencia de los presupuestos procesales del art. 336.1 del CPP. y a su valoración por parte del Fiscal. f) Por tanto, existe un margen razonable y aceptable de error en la ponderación de los actos de investigación para establecer si existen o no los indicios reveladores de un delito. g) Existen mecanismos procesales que permiten salvar o corregir el error en la apreciación de los actos de investigación y la interpretación y aplicación del derecho, como este recurso de elevación. h) Sujeto activo, solo puede ser el Fiscal en lo penal. i) Por tanto, este delito exige dolo directo.

h. Sostiene que se trata de un delito de estado. Citó a Santiago Mir Puig, señala: *"... que tanto los delitos de mera actividad como los de resultado pueden dividirse en delitos instantáneos permanentes y de estado, según que la actividad o el resultado determinen la aparición de un estado antijurídico de cierta duración (delitos permanentes y delito de estado) o no (delitos instantáneos) ...en cambio, el delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa de la aparición de este, porque el tipo solo describe la producción del estado y no su mantenimiento (ejemplos: falsificación de documentos, matrimonios ilegales)"*, además, conforme al mismo autor *"el delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (por ejemplo, detenciones ilegales); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por*

lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica".

i. En el presente caso, cuando un Fiscal intencionalmente omite el Ejercicio de la Acción Penal, en ese momento ya se consumó el delito. Su mantenimiento no requiere la voluntad persistente del autor, como en el delito de Secuestro.

j. Los profesores Dino Carlos Caro Coria y Luis Miguel Reyna Alfaro, en el mismo sentido señalan que, según la forma de consumación, los delitos pueden ser instantáneos, permanentes y de estado. Estos autores nacionales señalan que los delitos de estado "al igual que los delitos permanentes, crean un estado antijurídico. Su consumación se produce desde el momento donde se genera dicho estado".

k. Específicamente, respecto del delito de omisión de Ejercicio de la acción penal, art.424 del CP., la doctrina nacional señala: Alonso Peña Cabrera Freyre: "Siguiendo en estricto la redacción normativa, vemos que la construcción de un tipo omisivo, determina que su perfección delictiva tome lugar cuando el agente no realiza la acción (ejercitarla acción penal), que la Ley te obliga a ejecutar..."; Frisancho Aparicio señala: "El delito se consuma con la omisión de la actividad debida..."; Siendo así, esta defensa considera que el delito de Omisión de Ejercicio de la Acción Penal, art.424 del CP, es un delito de estado. Se consuma al momento de haberse realizado la omisión, en el presente caso, al momento en que el Fiscal Salas Apaza emitió la Disposición N° 08-2016, de fecha 04 de marzo del 2016 al, como presuntamente no formalizar Investigación Preparatoria contra Javier Garay Bonette, existiendo suficientes elementos indiciarios.

l. Al momento de llevarse a cabo la audiencia de Control de Acusación y expedirse el Auto apelado, esto es el 31 de enero del 2014, desde el 04 de marzo del 2016 ya han transcurrido más de 07 años y 10 meses. Esto es así, incluso, tomando en cuenta la prescripción extraordinaria, pues conforme al art.424 del CP, la pena máxima es 04 años. Aun tomando en cuenta que conforme al art.339.1 del CPP., la acción penal solo se suspende por 01 año.

m. Siendo el criterio del Juzgado que se trata de un delito permanente no señala, cuando cesa la permanencia para este delito, pues solo se

limita a señalar que este delito se mantiene hasta que la omisión deje de existir o se vuelve imposible de desaparecer, siempre en base al delito de Omisión de Asistencia Familiar.

n. Más adelante, señala que en el presente caso la omisión del Fiscal deja de existir o se vuelve imposible de desaparecer cuando se expide una Disposición, que declara prescrita la Acción Penal.

o. El Juzgado no ha hecho la distinción, de en qué fecha habría prescrito la Acción Penal respecto del delito de Negociación Incompatible, que es distinto a la fecha de la Disposición, en la que un Fiscal, declara prescrita la Acción Penal. No hay motivación suficiente al respecto. Solo señala que en este caso la prescripción se computa desde el 09 de abril del 2019, cuando se expidió la Disposición que declaró prescrita la Acción Penal respecto del delito de Negociación Incompatible.

p. Finalmente, el Juzgado erróneamente señala que, en el presente caso, no tiene relevancia determinar hasta que momento el fiscal tenía capacidad para realizar la acción ordenada, afectando con ello la interpretación unánime, tanto de la doctrina como de la jurisprudencia, respecto a los delitos de omisión propia; es decir, en el caso concreto hasta cuando el Fiscal Emilio Ernesto Salas Apaza habría tenido la capacidad y competencia para poder formalizar Investigación Preparatoria, pues no olvidemos que la Investigación Preparatoria tiene plazos legales. No se puede formalizar ni ampliar Investigación Preparatoria cuando el plazo está vencido. Tampoco se puede acusar a una persona no investigada.

q. El Juzgado no toma en cuenta que Emilio Ernesto Salas Apaza, en la Etapa Intermedia ya no estuvo a cargo de la Etapa Intermedia, sino otra Fiscal. Por tanto, no tenía capacidad de hacer ejercicio de la Acción Penal respecto de la presunta Negociación Incompatible.

r. El Juzgado sin mayor fundamento, señala que Emilio Ernesto Salas Apaza “estaba plenamente facultado a cumplir con su deber,” soslayando la forma como cumpliría con su deber, cuando ya no era fiscal del caso.

s. El Juzgado no distingue que, si bien la persecución penal del Estado tiene que proseguir, aunque sea con otro Fiscal, en el presente caso se

está juzgando a un Fiscal frente a un caso concreto. Una presunta omisión de formalizar investigación en una carpeta de Negociación Incompatible. No se discute la vigencia de la Acción Penal en dicho delito.

- 2.2.** Concluida la sesión de audiencia, los señores jueces supremos integrantes de la Sala Penal Permanente, contando con el íntegro de las piezas procesales, se reunieron vía plataforma virtual, en la que debatieron lo expuesto en la sesión oral, y al culminar esta, en la fecha, acordaron el sentido de la decisión, efectuaron la votación respectiva y dispusieron que el juez ponente formule el auto respectivo.

Tercero. Análisis jurisdiccional

- 3.1.** El artículo 78, numeral 1, del Código Penal consagra a la prescripción como causal de extinción de la acción penal; así también, el artículo 6, numeral 1, literal e), del Código Procesal Penal regula la excepción de prescripción como un medio técnico de defensa que, en concordancia con el artículo 7 del mismo texto normativo y el Acuerdo Plenario n.º 05-2023/CIJ-112, se resolverá antes de culminar la etapa intermedia.
- 3.2.** En el caso de autos, de acuerdo con el artículo 424 del Código Procesal Penal, verificamos que el marco abstracto a imponer por el delito de omisión de ejercicio de la acción penal es no mayor de cuatro años de privación de libertad. En esa línea, de conformidad con el artículo 80 del Código Penal, el plazo de prescripción ordinario de la acción penal es de cuatro años.
- 3.3.** Asimismo, respecto a la naturaleza del delito, el cuestionamiento a dilucidar consiste en determinar si se trata de un delito permanente o uno instantáneo, a fin de establecer, al amparo del artículo 82 del Código Penal, el momento en que comienza el

plazo de prescripción de la acción penal. En concreto, el recurrente sostiene que no es posible asemejar el delito de omisión de asistencia familiar al de omisión del ejercicio de la acción penal.

3.4. Sobre el particular, es preciso remitirnos a la imputación en los delitos omisivos y, para tal efecto, citamos al autor Felipe Villavicencio Terreros¹, que distingue **(i)** la imputación de la omisión propia, en que se distinguen como elementos estructurales la situación típica generadora del deber, la no realización de la conducta ordenada y la capacidad para realizar la acción ordenada; así como **(ii)** la imputación del delito de omisión impropia, que tiene elementos estructurales similares a la imputación al tipo objetivo en la omisión propia con las particularidades de la problemática de la posición de garante y la equivalencia. Así, para el citado autor, los deberes estatales otorgan la posición de garante y la adecuación del comportamiento omisivo al comisivo (tipo penal) constituye la cláusula de equivalencia jurídica.

3.5. De la misma manera, el autor Santiago Mir Puig² sostiene lo siguiente:

El delito permanente supone el mantenimiento de una situación antijurídica de cierta duración por la voluntad del autor (por ejemplo, detenciones ilegales, art. 163 CP); dicho mantenimiento sigue realizando el tipo, por lo que el delito se sigue consumando hasta que se abandona la situación antijurídica. En cambio, en el delito de estado, aunque crea también un estado antijurídico duradero, la consumación cesa desde la aparición de éste, porque el tipo sólo describe la producción del estado y no su mantenimiento (ejemplos: falsificación de documentos, arts. 390 y

¹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. (2006). *Derecho Penal. Parte general*. Grijley.

² MIR PUIG, Santiago. (2006). *Derecho penal. Parte General* (8.ª edición). Editorial Reppertor.

ss., matrimonios ilegales, arts. 217 y ss. (...) la ley asigna efectos al momento de consumación del delito (prescripción, deslinde de complicidad y encubrimiento, actualidad de la legítima defensa, tiempo del delito). En particular, por lo que se refiere a la prescripción, sólo en el delito permanente empieza a correr el plazo al cesar el mantenimiento del estado antijurídico, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de estado (art. 132 CP).

Por lo tanto, desde esta perspectiva, no es posible admitir que el tipo penal que nos ocupa esté referido a un estado antijurídico que cesó desde la aparición de este.

- 3.6.** Nótese que en el delito de omisión de asistencia familiar se sanciona el no pago de las pensiones en la oportunidad debida, esto es, el sentenciado por omisión de asistencia alimentaria conocía de su obligación y, pese a ello, mantenía en dicha situación de impago al alimentista; mientras que, en el delito de omisión de ejercicio de la acción penal, el sujeto tiene un plazo legal de investigación, en el cual puede ejercer la acción penal y, pese a ello, no lo hace.
- 3.7.** El artículo 159 de la Constitución Política del Perú establece que corresponde al Ministerio Público ejercer la acción penal. En esa línea, el artículo 1 del Código Procesal Penal establece lo que sigue:

La acción penal es pública. 1. Su ejercicio en los delitos de persecución pública, corresponde al Ministerio Público. La ejercerá de oficio, a instancia del agraviado por el delito o por cualquier persona, natural o jurídica, mediante acción popular. 2. En los delitos de persecución privada corresponde ejercerla al directamente ofendido por el delito ante el órgano jurisdiccional competente. Se necesita la presentación de querrela³.

³ Código Procesal Penal, promulgado el veintidós de julio de dos mil cuatro.

Esto implica que, en el ejercicio de la acción penal, se le reconoce la legitimidad al Ministerio Público en los casos de delitos de persecución pública.

- 3.8.** En ese orden de ideas, las facultades otorgadas al Ministerio Público son reguladas en la norma procesal. Así, en el delito de omisión de ejercicio de la acción penal, existe un plazo legal en el que debía promover la acción penal y, a pesar de ello, en ningún momento lo realizó, por lo que nos encontramos en un delito permanente.
- 3.9.** Además, este Tribunal Supremo ha dejado zanjado en la Apelación n.º 227-2022/Áncash, del quince de noviembre de dos mil veintitrés, que nos encontramos frente a un delito permanente y precisó que el inicio de la prescripción comienza cuando la “omisión deje de existir” o se vuelve imposible de desaparecer.
- 3.10.** Por ende, al amparo del artículo 82 del Código Penal, el plazo de prescripción de la acción penal comienza a partir del día en que cesó la permanencia.

El hecho objeto de imputación consistió en que, culminada la investigación preliminar, el Fiscal Provincial Salas Apaza dictó la Disposición N° 08-2016, del cuatro de marzo de dos mil dieciséis, por la cual, en lo referido a la contratación del alquiler de la camioneta con placas de rodaje A1K-946, para la obra “Mejoramiento y Construcción de Vías en las Asociaciones de Vivienda Santa Elena, Alto Moquegua, 29 de Enero y en el Asentamiento Humano de Chen Chen”, establecieron la participación solo de Walter Paz Vera (Jefe de Adquisiciones) y Guido Mamani Romero (Sub Gerente de Logística y Servicios Generales), pese a contarse con suficientes elementos indiciarios que acreditaban la

vinculación de Javier Caray Bonett [Gerente de Infraestructura Pública de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto), en el delito de Negociación incompatible o aprovechamiento indebido de cargo, en agravio del Estado, el Fiscal Provincial Salas Apaza; ahora bien, por estos hechos, la Fiscal Adjunta Provincial Marilyn Flores Quenaya del Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Moquegua emitió el Informe N° 02-2021-PDFPCEDCF/MFQ que, entre otros, comunicó la remisión de copias certificadas mediante la Disposición N° 20 del dieciocho de diciembre de dos mil veinte a la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de Moquegua para que se inicie una nueva investigación en lo concerniente al Gerente de Infraestructura Javier Garay Bonett, empero, con motivo de ello, se emitió la Disposición N.º 01-2021-6DE-FCEDCF del nueve de abril de dos mil veintiuno por la cual, entre otros, se declaró que no procede formalizar y continuar la investigación preparatoria contra Javier Garay Bonett y otros, por la presunta comisión del delito de negociación incompatible, en agravio de la Municipalidad Provincial de Mariscal Nieto, precisándose que el archivo de la investigación obedeció a que había operado la prescripción de la acción penal, fecha en que se volvió imposible promover el ejercicio de la acción penal contra Javier Garay Bonett [sic].

3.11. Así, teniendo como referencia que el nueve de abril de dos mil veintiuno se volvió imposible promover el ejercicio de la acción penal y que el veintisiete de mayo de dos mil veintidós se

formalizó la investigación preparatoria contra el recurrente por los hechos que nos ocupan, la acción penal no ha prescrito y corresponde declarar infundado el recurso de apelación interpuesto.

DECISIÓN

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

- I. **DECLARARON INFUNDADO** el recurso de apelación interpuesto por **Emilio Ernesto Salas Apaza** (folio 222); en consecuencia, **CONFIRMARON** la resolución del treinta y uno de enero de dos mil veinticuatro (folio 182), por la cual el Juzgado Superior de Investigación Preparatoria de la Corte Superior de Justicia de Moquegua resolvió declarar infundada la excepción de prescripción que dedujo, en el marco del proceso que se le sigue por el delito de omisión de ejercicio de la acción penal, en agravio del Estado, representado por el Poder Judicial.
- II. **DISPUSIERON** publicar su contenido en la página web del Poder Judicial, notificar a las partes conforme a ley y ordenar la devolución del expediente judicial a su sede de origen, así como archivar el cuadernillo de apelación en esta sede suprema.

Intervino el señor juez Peña Farfán por vacaciones de la señora jueza Altabás Kajatt.

SS.

SAN MARTÍN CASTRO
LUJÁN TÚPEZ
SEQUEIROS VARGAS
CARBAJAL CHÁVEZ
PEÑA FARFÁN
CCH/MAGL