



**La calificación alternativa y la excepción de  
improcedencia de acción**

**Sumilla.** El pronunciamiento efectuado en etapa intermedia, que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción por la calificación principal –colusión agravada–, de modo alguno afecta la fundamentación fáctica y jurídica de la acusación alternativa –peculado doloso agravado–.

**–SENTENCIA DE CASACIÓN–**

Lima, quince de noviembre de dos mil dieciocho

**VISTOS:** el recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR contra la sentencia de vista de fojas seiscientos nueve, de nueve de mayo de dos mil diecisiete, que revocó la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cincuenta, de treinta de diciembre de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Ramiro Márquez Ticona, como autor del delito de peculado doloso agravado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Huanipaca y el Estado peruano, a ocho años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el plazo de ocho años de conformidad con el artículo 36 incisos 1 y 2, del Código Penal; y, reformándola, declararon de oficio fundada la excepción de cosa juzgada a favor del precitado acusado, disponiendo su inmediata libertad; confirmaron el monto de la reparación civil fijada en S/ 378, 104.13 que deberá abonar el encausado a favor de la entidad agraviada en forma solidaria con los otros procesados.

Intervino como ponente la señora jueza suprema CHÁVEZ MELLA.



## **FUNDAMENTOS DE HECHO**

### **§ ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO DE PRIMERA INSTANCIA**

**PRIMERO.** El señor Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Apurímac, emitió requerimiento acusatorio contra RAMIRO MÁRQUEZ TICONA, como autor del delito contra la administración pública-colusión agravada, como calificación principal; y, alternativamente, como autor del delito de peculado doloso agravado, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Huanipaca y el Estado peruano.

**SEGUNDO.** Durante el control de acusación fiscal –fojas noventa, del Tomo I, denominado Expediente Judicial–, la defensa técnica del procesado RAMIRO MÁRQUEZ TICONA dedujo excepción de improcedencia de acción, la cual fue declarada fundada respecto de la calificación principal –colusión agravada– (ver resolución N.º 40, de fojas noventa y tres, del Tomo I denominado Expediente Judicial). El Juez de la etapa intermedia declaró fundada la excepción de improcedencia de acción por una causal de atipicidad relativa por la ausencia de un elemento objetivo del tipo penal –el procesado no tenía competencia funcional en el ilícito–. En la resolución emitida se sostuvo que: *“el investigado alcalde Ramiro Márquez Ticona no ha conformado el comité especial antes nombrado (Comité Especial de Adquisiciones y Contrataciones del proceso de selección de concurso público del proyecto de obra “Construcción de Pistas y Veredas y Ornamentación en el Barrio de Llaullipata del distrito de Huanipaca, provincia de Abancay y del departamento de Apurímac), como tal si bien es hombre público no se encontraba autorizado para participar en los contratos, en ese sentido, que haya ejercido influencia o maniobras con los sujetos del contrato para perjudicar patrimonialmente al Estado no configura delito de colusión desleal” (Sic).*



**TERCERO.** Posteriormente, en mérito al auto de enjuiciamiento (fojas ciento ocho, del Tomo I, denominado Expediente Judicial) se remitió la causa al juzgado penal unipersonal y se inició el juicio oral el catorce de agosto de dos mil quince –fojas ciento dieciocho, del Tomo I denominado Expediente Judicial– para emitir pronunciamiento respecto de la calificación principal. En esa etapa el juez unipersonal advirtió que existía la posibilidad de una calificación jurídica que no fue considerada por el Ministerio Público. Posteriormente, dicho juzgado adecuando lo peticionado por el representante del Ministerio Público, dio por formulada la acusación complementaria respecto de la acusación alternativa planteada, se inhibió de seguir conociendo el proceso y remitió la causa al Juzgado Penal Colegiado competente.

**CUARTO.** El juicio oral se inició el veintiuno de julio de dos mil quince (fojas nueve, del Tomo I, denominado cuaderno de debate). Las sesiones plenarios se extendieron hasta el veintidós de diciembre de dos mil dieciséis –fojas cuatrocientos cuarenta y seis, del Tomo III, denominado cuaderno de debate–. El treinta de diciembre de dos mil dieciséis, el Juzgado Penal Colegiado de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, emitió la sentencia de fojas cuatrocientos cincuenta y seis, condenando al acusado como autor del delito de peculado doloso agravado, en perjuicio de la Municipalidad Distrital de Huanipaca y el Estado peruano, y se le impuso ocho años de pena privativa de libertad, inhabilitación por el término de ocho años y se fijó en S/. 378,104.13 el monto que por concepto de reparación civil deberá pagar solidariamente a favor de la parte agraviada.



## **§ ITINERARIO DEL PROCEDIMIENTO EN SEGUNDA INSTANCIA**

**QUINTO.** Contra la sentencia condenatoria, el sentenciado RAMIRO MÁRQUEZ TICONA interpuso recurso de apelación –fojas quinientos treinta y siete, del Tomo III, denominado cuaderno de debate–; y concedido se elevaron los actuados al Superior Tribunal. Así, la Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, señaló fecha de audiencia de apelación, e iniciada esta compareció el señor Fiscal Adjunto Superior de la Fiscalía Superior Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, el Procurador de la Procuraduría Pública Anticorrupción de Apurímac, así como el abogado defensor del sentenciado RAMIRO MÁRQUEZ TICONA. Dichos sujetos procesales expusieron sus pretensiones. El primero y el segundo, solicitaron que se confirme la sentencia apelada. En tanto, el tercero requirió su revocatoria y consecuente absolución de los hechos incriminados. Los alegatos versaron en los aspectos siguientes:

- a)** El abogado del procesado sostuvo que no existe una imputación concreta, pues no se especifica qué se apropió y para quien. En una primera oportunidad se dedujo la excepción de improcedencia de acción por el tipo penal de colusión, la que fue declarada fundada; luego se amplió la acusación por el delito de peculado, pero no existen documentos del supuesto pago de los adicionales, no existe perjuicio. Los mismos hechos se ventilaron en otro proceso, se afectó el *ne bis in ídem*. No se demostraron los elementos objetivos y subjetivos del tipo; además su patrocinado actuó bajo el principio de confianza.
- b)** Por su parte el fiscal sostuvo que la acusación fiscal es una sola y es un acto procesal; los hechos sustancialmente no variaron.



La sentencia se encuentra adecuadamente motivada. El tipo penal es el de peculado de apropiación para otro, el dominio parcial y de tránsito lo tenía el procesado y los beneficiarios finales fueron Delia Alcedo Santiago y la hija de esta, Flor de María Cinte Alcedo.

- c) El Procurador refirió que existe una pericia físico valorativa, en la que el perito si valoró el pago efectuado. Existen resoluciones de alcaldía que aprueban adicionales de manera irregular.

**SEXTO.** La Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Apurímac, mediante sentencia de vista de fojas seiscientos nueve del Tomo III, denominado cuaderno de debate, de nueve de mayo de dos mil diecisiete, resolvió revocar en parte la sentencia de primera instancia, en el extremo que declaró al acusado RAMIRO MÁRQUEZ TICONA, autor del delito de peculado doloso agravado, y reformándola, declaró fundada de oficio la excepción de cosa juzgada a favor del precitado acusado.

**SÉPTIMO.** La Sala Superior para declarar fundada de oficio la excepción de cosa juzgada a favor del procesado, tuvo como fundamentos que:

- A.** Se inobservó el principio de imputación necesaria. La acusación fiscal es ambigua y genérica para el delito de peculado. Las descripciones son compatibles con actos colusorios.
- B.** No se cumplió lo establecido en el numeral 3, del artículo 349, del Código Adjetivo.
- C.** Los hechos imputados al encausado Ramiro Márquez Ticona derivan de una sola descripción fáctica, y al haberse



declarado fundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del citado encausado por la presunta autoría del ilícito de colusión agravada, se estimó que se afectaría el principio de prohibición de la doble persecución penal (principio del *ne bis in ídem*), por lo que declaró fundada de oficio la excepción de cosa juzgada.

### **§ DEL RECURSO DE CASACIÓN**

**OCTAVO.** El representante del Ministerio Público, interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista, que revocó la sentencia de primera instancia, en el extremo que declaró al acusado RAMIRO MÁRQUEZ TICONA, autor del delito de peculado doloso agravado, y reformándola, declaró fundada de oficio la excepción de cosa juzgada a favor del precitado encausado. Se invocó como causal del recurso de casación, la prevista en el numeral 2, del artículo 429, del Código Procesal Penal.

**NOVENO.** Mediante la Ejecutoria Suprema de seis de septiembre de dos mil diecisiete, obrante a fojas cuarenta y seis en el presente cuadernillo, se declaró bien concedido el recurso de casación, por la causal prevista en el artículo 429 numeral 2, del Código Adjetivo acotado. El referido articulado señala: *“Si la sentencia o auto incurre o deriva de una inobservancia de las normas legales de carácter procesal sancionadas con la nulidad”*. En ese sentido, lo que es materia de dilucidación en sede casacional se restringe a lo siguiente:

- a) Errónea interpretación del artículo 6, apartado 1, literal b, del Código Procesal Penal (excepción de improcedencia de acción).



- b) Errónea interpretación del artículo 349, numeral 3, del Código Adjetivo acotado (el contenido de la acusación podrá contener calificación alternativa o subsidiaria).

**DÉCIMO.** Instruidas las partes procesales de la admisión del recurso de casación, se expidió el decreto que señaló fecha para la audiencia de casación el día veinticinco de octubre del presente año, realizada esta con la concurrencia del señor Fiscal Supremo en lo Penal, doctor Alcides Chinchay Castillo, el estado de la causa es la de expedir sentencia.

**UNDÉCIMO.** Deliberada la causa en sesión secreta y votada el mismo día, este Supremo Tribunal cumple con pronunciar y dar lectura a la sentencia de casación que se señaló para el día de la fecha.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.** Conforme ha sido establecido por la Ejecutoria Suprema de seis de septiembre de dos mil diecisiete, el motivo de casación admitido es la inobservancia de precepto procesal. Así, el Fiscal Adjunto Superior, denuncia la errónea interpretación de la norma adjetiva. Sostiene que al momento de plantear la acusación fiscal propuso una calificación principal –por el delito de colusión agravada–, y postuló una tipificación alternativa –peculado doloso–; respecto de las cuales, durante la etapa intermedia, la defensa técnica del procesado, dedujo excepción de improcedencia de acción, que se declaró fundada solo respecto de la calificación principal por atipicidad relativa; posteriormente, culminado el juicio oral se condenó al acusado por el delito de peculado doloso agravado; y recurrida esta, la Sala Superior extralimitó los alcances de



la norma procesal que faculta postular calificaciones alternativas o subsidiarias con la acusación fiscal y sostuvo que al plantear una calificación alternativa se debe postular dos imputaciones fácticas diferentes (se entiende una para la calificación principal y otra para la alternativa); por otro lado, también evidencia la errónea interpretación de los alcances de la excepción de improcedencia de acción pues sostiene que se evidenciaría la afectación de la imputación fáctica en su integridad, obviando que existía una calificación alternativa del tipo penal, lo que desembocó también en la errada aplicación de la excepción de cosa juzgada.

**SEGUNDO.** Previamente se torna necesario delimitar los siguientes tópicos:

**i) Sobre la acusación alternativa**

El inciso 3, del artículo 349, del Código Procesal Penal, establece que: *"En la acusación, el Ministerio Público podrá señalar, alternativa o subsidiariamente, las circunstancias de hecho que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto, para el caso de que no resultaren demostrados en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, a fin de posibilitar la defensa jurídica del imputado"*.

“La acusación alternativa se presenta cuando un mismo hecho se acusa con más de una calificación jurídica. El fiscal, frente a ese único hecho, señala alternativa o subsidiariamente, las circunstancias que permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto al principal. Estas figuras proceden cuando, frente a un mismo hecho, hay más de una ley penal que, en apariencia, discute al hecho. Por lo que se entiende que, la imposición de una de ellas





desplaza a la otra u otras calificaciones jurídicas que fueron establecidas de manera alternativa o subsidiaria. Es de considerar, por ello que al incluir la acusación un título de imputación determinada, esta es siempre una calificación provisional”<sup>1</sup>.

En efecto, “en la acusación, el fiscal responsable del caso también podrá señalar alternativa o subsidiariamente las circunstancias de hecho que le permitan calificar la conducta del imputado en un tipo penal distinto al de la imputación principal. Esto tiene trascendencia para el caso que no resultare demostrado en el debate los elementos que componen su calificación jurídica principal, pero si se demuestra la concurrencia de los elementos del delito que fue objeto de calificación alternativa”<sup>2</sup>.

## **ii) Sobre la excepción de improcedencia de acción**

El literal b) del inciso uno, del artículo 6, del Código Procesal Penal, establece que: “*la excepción de improcedencia de acción, procede cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente*”.

“La alusión a que el hecho denunciado no constituya delito, comprende dos supuestos: a) que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente, es decir, la conducta imputada no concuerda con ninguna de las descritas en la ley penal. No es una falta de adecuación a un tipo existente, sino la ausencia absoluta del tipo, por lo que estaríamos ante un caso de atipicidad absoluta por falta de adecuación

---

<sup>1</sup> Casación N.º 617-2015, HUAURA, de diez de enero de dos mil diecisiete, F.J. SEXTO, apartado 6.4, segundo párrafo.

<sup>2</sup> SALINAS SICCHA, Ramiro. *La acusación fiscal de acuerdo al Código Procesal Penal de 2004*. (consulta: [https://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3761\\_031a\\_acusacion\\_fiscal.pdf](https://www.mpfj.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/3761_031a_acusacion_fiscal.pdf))



directa; y, b) que el suceso fáctico no se adecúe a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente, invocada en la investigación o acusación fiscal, esto es, cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento del tipo: sujeto - activo y pasivo-, conducta -elementos descriptivos, normativos o subjetivos- y objeto -jurídico y material-, por lo que en estos casos se estaría frente a un caso de atipicidad relativa, por falta de adecuación indirecta"<sup>3</sup>.

Por otro lado, en la casación número 407-2015-TACNA se explica que "la excepción de improcedencia de acción se concreta, por su propia configuración procesal, en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o 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-<sup>4</sup>.

**iii) Efectos de la excepción de improcedencia de acción, por atipicidad absoluta y relativa, cuando existe una acusación alternativa o subsidiaria**

En la casuística procesal lo común es que el Ministerio Público atribuya un hecho punible y lo subsuma en un tipo penal específico. Sin embargo, nuestro sistema procesal admite la posibilidad que adicionalmente se postule un tipo penal alternativo o subsidiario. Esto último, según el artículo 349, numeral 3, del Código Procesal Penal.

La excepción de improcedencia de acción cabe por atipicidad absoluta o relativa. En caso se declare fundada por atipicidad

<sup>3</sup> Casación N.º 392-2016, Arequipa, doce de septiembre de dos mil diecisiete, F.J. décimo tercero.

<sup>4</sup> Casación N.º 407-2015/TACNA, F.J. quinto, segundo párrafo.



absoluta, el efecto será que el hecho incriminado no constituye delito en el ordenamiento jurídico, es decir, no puede ser subsumido en ninguno de los tipos penales del Código Penal. Si sobre tal hecho se hubiera postulado una calificación jurídica principal y otra alternativa o subsidiaria, los efectos de la excepción abarcarían a ambas.

Por el contrario, si se plantea la excepción de improcedencia de acción y esta se ampara por atipicidad relativa, es posible que, habiendo postulado una calificación principal y otra alternativa o subsidiaria, el hecho atribuido pueda ser enmarcado en alguna de ellas, dependiendo del caso concreto.

En consecuencia, la fundabilidad de la excepción de improcedencia de acción por atipicidad relativa, no tiene como efecto el archivo definitivo del proceso; pues el suceso fáctico propuesto, ya sea porque se adecúe en la calificación principal o en la calificación alternativa o subsidiaria, continúa vigente, dada la provisionalidad de la acusación.

### **Análisis concreto**

**TERCERO.** La evaluación jurídica del caso, permite señalar que la Sala Superior cuando declaró de oficio fundada la excepción de cosa juzgada, aplicó erróneamente el literal c, del numeral 1, del artículo 6, del Código Procesal Penal. En efecto, no debe perderse de vista que el hecho postulado por el Ministerio Público tuvo una doble calificación, es decir, colusión y peculado doloso agravado. Respecto al primer delito, en la etapa intermedia, se declaró fundada una excepción de improcedencia de acción. Esta resolución no fue impugnada. En dicho pronunciamiento, se arribó a la conclusión de



que el hecho atribuido era atípico sólo en relación al ilícito de colusión. Como es evidente, dicho fallo no tuvo incidencia sobre el delito de peculado doloso agravado. Tan relevante será ello, que en la sentencia de primera instancia respectiva, el procesado fue condenado por este último delito.

**CUARTO.** Lo que ocurre es que el Tribunal Superior, al emitir la resolución de vista que declaró fundada la excepción de cosa juzgada por el delito de peculado doloso agravado, ha soslayado su deber de emitir pronunciamiento sobre el fondo del asunto. No existió la alegada afectación al principio de prohibición de la doble persecución penal, pues el hecho fue atípico solo en relación a la colusión, y no así respecto al peculado doloso agravado. Sobre este último, debió emitirse pronunciamiento de fondo, sea confirmando la condena o absolviendo, de ser el caso. La inobservancia de las normas procesales (artículo 6, apartado 1, literal b, y artículo 349, numeral 3, del Código Procesal Penal), acarreó como efecto inmediato la infracción de la garantía constitucional de la motivación de las resoluciones judiciales. No hubo tal motivación sobre el objeto de la litis, esto es, sobre la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado, en el delito de peculado doloso agravado.

**QUINTO.** En consecuencia, la sentencia de vista será casada por haber incurrido en nulidad absoluta, según el literal d, del artículo 150 del Código Procesal Penal. Corresponde remitir los actuados a otro Tribunal Superior a efectos de que emita la sentencia de vista correspondiente, pronunciándose sobre el fondo del proceso, previa audiencia de apelación.



## **DECISIÓN**

Por estos fundamentos:

**I. DECLARARON FUNDADO** recurso de casación interpuesto por el señor FISCAL SUPERIOR, contra la sentencia de vista de fojas seiscientos nueve, de nueve de mayo de dos mil diecisiete, que revocó en parte la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cincuenta, de treinta de diciembre de dos mil dieciséis, en el extremo que condenó a Ramiro Márquez Ticona, como autor del delito de peculado doloso agravado, en agravio de la Municipalidad Distrital de Huanipaca y Estado peruano, a ocho años de pena privativa de libertad e inhabilitación por el plazo de ocho años de conformidad con el artículo 36 incisos 1 y 2, del Código Penal; y, reformándola, declararon de oficio fundada la excepción de cosa juzgada a favor del precitado acusado, disponiendo su inmediata libertad; y, confirmó la suma de S/ 378, 104.13 por concepto de reparación civil que deberá abonar el procesado a favor de la entidad agraviada en forma solidaria con los otros procesados.

**II. CASARON** la referida sentencia de vista que revocó en parte la sentencia de primera instancia de fojas cuatrocientos cincuenta, de treinta de diciembre de dos mil dieciséis, en el extremo que declara al acusado Ramiro Márquez Ticona, autor del delito de peculado doloso agravado, y reformándola, declara fundada de oficio la excepción de cosa juzgada a favor del precitado acusado, disponiendo su inmediata libertad; en consecuencia: declararon **NULA** la citada sentencia de vista de fojas seiscientos nueve, de nueve de mayo de dos mil diecisiete; y,

**III. MANDARON** que otra Sala Penal Superior conozca el recurso de apelación y se pronuncie sobre el fondo de asunto, confirmando o



revocando la sentencia de primera instancia, previa la tramitación legal correspondiente.

**IV. DISPUSIERON** que la presente sentencia casatoria se lea en audiencia por intermedio de la señorita secretaria de esta Suprema Sala Penal; y acto seguido, se notifique a todas las partes apersonadas a la instancia e incluso a las no recurrentes. Intervino el señor Bermejo Ríos, por vacaciones del señor Sequeiros Vargas.-

**S.S.**

SAN MARTÍN CASTRO

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

**CHÁVEZ MELLA**

BERMEJO RÍOS

CHM/jj