

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA
PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (C.II-19.a)

Inc. 51 - 2008 - "B"

S.S. VILLA BONILLA
TELLO DE NECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N°10.

Lima, quince de abril
del año dos mil nueve.-

AUTOS y VISTOS: Interviniendo como Vocal Ponente la Doctora Inés Villa Bonilla, estando a lo que dispone el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. De conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Superior en su Dictamen que corre de fojas 352 a 355; y, **ATENDIENDO:** **PRIMERO:** Que es materia de grado la apelación interpuesta a fojas 326 por el procesado **Luis Antonio Arce Bello** (fundamentada a fojas 331 y siguientes) contra la resolución de fojas 315 a 322, su fecha seis de noviembre del dos mil ocho, que declara **Infundada la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por el encausado antes citado**; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública – **Colusión Desleal**, en agravio del Estado. **SEGUNDO: Del contexto fáctico en que se incardina la imputación:** Del auto de procesamiento, cuya copia corre de fojas 188 a 202, trasciende lo siguiente: **2.1** “...**Antecedentes:** Con base a las investigaciones preliminares se sostiene que, mediante Decreto Supremo número 021-2003-ED de fecha veinte de agosto de dos mil tres, el Ministerio de Educación declaró en emergencia el sistema educativo a nivel nacional en el periodo dos mil tres/ dos mil cuatro; por lo que habría entregado las correspondientes partidas para la ejecución de obras, entre otras, en cuatro instituciones educativas pertenecientes a la UGEL número 01-SJM, Institución Educativa número 7230 –**Flores de Villa**, ubicado en la Autopista Panamericana Sur kilómetro 15.5, Lote C- Flores de Villa, San Juan de Miraflores, Institución Educativa número 6068 – **Manuel Gonzáles Prada**, ubicado en la Avenida Los Álamos, Grupo 17, Sector 3, Ruta A, Villa El Salvador; Institución Educativa número 6019 – **Mariano Melgar**, ubicado en la avenida Unión 115, Villa María Del Triunfo; e Institución Educativa número 7217 – **Olimpia Meléndez**, ubicado en la calle 5, Manzana B, Ampliación de José Gálvez, Villa María Del Triunfo...”. (Fojas 188); **2.2.** “... **Hechos:** Que la ejecución de las obras en los señalados centros de estudio se habría[n] realizado con infracción de lo dispuesto en la Ley número veintiséis mil ochocientos cincuenta – Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado, además del Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo número 013-

2001-PCM, vigente en el momento de los hechos; aquello en virtud que las Órdenes de Servicio para la ejecución de las obras, signadas con los números 0900, del veintitrés de diciembre del dos mil cuatro; 0901, del veintitrés de diciembre de dos mil cuatro; 0925, del veintiocho de diciembre de dos mil cuatro y 0933 del veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, expedidas por funcionarios de la UGEL número 01; habrían sido emitidas sin que se hubiera constituido un Comité Especial para hacerse responsables de los procesos de evaluación para la contrata de obras. Que a pesar que las obras irregularmente asignadas a la empresas Contratistas Generales ARIANNA SAC, Contratistas Generales Génesis EIRL e Inversiones Libra de Renato Omar Álvarez Villanueva, **no se habían realizado y/o no habían sido concluidas, habrían sido canceladas en su totalidad**, a excepción de la orden de servicio número 0933 del veintiocho de diciembre de dos mil cuatro, emitida respecto de[!] Acondicionamiento de Coberturas y Servicios Higiénicos en la Institución Educativa número 7217 - Olimpia Meléndez del Villa María del Triunfo. Que la UGEL número 01 habría pagado al Banco de la Nación, mediante Cheque número 39828989 del veintinueve de marzo de dos mil cuatro el seis por ciento, correspondiente a la retención del Impuesto General a las Ventas por la suma de dos mil cincuenta Nuevos soles, tal como se advierte del Informe N°071-2005-ME-VMGI-OAAE-CADER del diecinueve de abril del dos mil cinco (...) como también del informe Técnico Pericial número 004-2006-DIRCOCOR-DIVAMP/DICF (...), todo lo cual habría supuesto la causación de perjuicio al Estado por el orden de ciento ochenta y cuatro mil veintinueve Nuevos Soles con setenta y un céntimos...” (Fojas 188 y siguiente);

2.3. “... [A] **Luis Antonio Arce Bello**, en su calidad de Jefe de la Oficina de Infraestructura de la EGEL número 01-SJM se le atribuye haber emitido el Informe número 039-2005-INFRA-UGEL.01 del veintiséis de enero de dos mil cinco (...) mediante el cual puso en conocimiento del Jefe de Área de Gestión Institucional Henry Paredes Jacinto sobre la evaluación técnica realizada, entre otros, por la Institución Educativa número 6019; además de que habría confeccionado la Memoria Descriptiva del proyecto ‘Plan de Emergencia Diciembre 2004’(…), cuando la administración de la UGEL número 01 ya había cancelado dicha obra; advirtiéndose además que mediante el señalado documento se habría tratado de regularizar el trámite administrativo, puesto que en dicha fecha ya se había efectivizado el pago correspondiente a las obras realizadas en los centros educativos mencionados...” (Fojas 194). **TERCERO: De los argumentos del excepcionante:** El recurrente mediante escrito que corre de fojas 279 a 289 sustenta su excepción en los siguientes términos: **3.1.** “...**DE LA ACTIVIDAD PROBATORIA** (...) A lo largo de la investigación preliminar así como en sede judicial se ha establecido...” [i] “...Que el

recurrente fue contratado en la plaza de ingeniero el 4 de Enero 2005 mediante Resolución Directoral UGEL 01 N° 0006 de fecha 4 de enero del 2005 encargándose como Jefe de la Oficina de Infraestructura de la EGEL 01 San Juan de Miraflores...” (Fojas 282); **[ii]** “... [Que] El informe N° 071-2005-ME-VMGI-OAAE-CADER (...), su fecha 19 de abril del 2005 así como el Informe Técnico N°004-2006- DIRCOPAR-DIVAMP-DICF (...),y las propias órdenes de servicio Nos. 0900 (...); la 0901 (...); la 0925 (...) y la orden (...) N° 0933 (...) establecen en forma plena que éstas fueron otorgad[a]s las dos primer[a]s el 23 de diciembre del 2004 y l[a]s dos últim[a]s el 28 del mismo mes y año, asimismo se estableció no solo con las instrumentales referidas sino con la propia declaración de los involucrados que los funcionarios no tuvieron a la vista los expedientes técnicos, mucho menos estaba constituido el Comité Especial encargado de los procesos de menor cuantía que debía haberse realizado, es decir, todas las irregularidades denunciadas por el Ministerio Público se realizaron cuando el recurrente no estaba aun trabajando en la UGEL 01 DE San Juan de Miraflores como ya se ha establecido...” (Fojas 282 y siguiente); **[iii]** “...Ahora bien, **las cancelaciones de las obras entregadas a los coprocesados, representantes legales de la[s] empresas coludidas, se hicieron a excepción de la Orden de Servicio 0925 antes que ingrese a trabajar a la UGEL 01, es decir, en diciembre del 2004, y si bien esta última obra realizada en la institución Educativa Mariano Melgar N° 6019 en Villa María del Triunfo se efectivizó el 25 de enero del 2005, mediante el cheque de fojas 111 [fojas 29 del presente Cuaderno Incidental] cuando el recurrente ya se desempeñaba como encargado del Área de Infraestructura;** sin embargo, está probado con el Manual de Funciones del año 2004 que (...) ninguno de su articulado prevé como mis funciones el de efectuar o controlar que las cancelaciones de las obras estén ajustada[s] a derecho, son las áreas administrativas como tesorería, contabilidad entre otras las llamadas a controlar el gasto y todo lo concerniente a la cancelación de las contrataciones...” (Fojas 283); **[iv]** “... El Manual de Funciones establece en forma clara que mis funciones son eminentemente técnicas; no tengo relación directa alguna con los interesados particulares que ganen o no las buenas pro para la ejecución de las obras; de tal manera que el pago adelantado sin el sustento documentario respectivo, **no es mi obligación**, pues no firmo las ordenes de servicios, menos los comprobantes de pago ni mucho menos los cheques (...) ya que no es funcionalmente mi atribución; sin embargo si es mi responsabilidad el controlar el avance de las obras y que estas estén sujetas al expediente técnico; siempre he manifestado sea en mi manifestación policial así como en mi instructiva (...) que no tenia conocimiento de la existencia de las órdenes de servicio materia de proceso y más aún que ya habían sido canceladas, simplemente

porque al momento de esas transacciones y cancelaciones, no trabajaba para la UGEL 01...” (Fojas 283 y siguiente); **[v]** “...**las confabulaciones, acuerdos, colusiones, si las hubieron, se tuvieron que haber realizado antes de ser emitidas las ordenes de servicios, es decir cuando yo no trabajaba para la UGEL 01...**” (Fojas 284); **3.2.** “...El tipo penal exige (...) la necesaria y antelada concertación con los particulares para defraudar al Estado, esta conducta necesariamente tiene que realizarse en forma previa a la expedición de las ordenes de servicios, pues es a partir de ese momento en que el delito [s]e consuma...” (Fojas 284); **3.3.** “...**Si bien es cierto el Informe 039-2005 y la Memoria Descriptiva del Proyecto ‘Plan de Emergencia Diciembre 2004’ las realice con fecha 26 de enero del 2005, cuando los funcionarios encargados de esas responsabilidades ya habían cancelado las supuestas obras realizadas, de manera alguna ello constituye delito de colusión, habida cuenta que mi obligación de vigilar o controlar las obras no implica concertación defrauda[r] con los interesados particulares, desde que no es mi obligación el de efectuar los requerimientos, órdenes de servicio, comprobantes de pago o girar y firmar cheques; menos supervigilar estas conductas que son de competencias de otros funcionarios...**” (Fojas 285 y siguiente); **3.4.** “...La existencia de los documentos referidos nunca ha sido negado por mi persona, realizar esos actos son parte de mis obligaciones y que han sido trabajadas con absoluta buena fe, prueba de ello es que nunca se le puso fecha anterior a la de otorgamiento de las órdenes de servicios, además de ellas aparece en forma clara y contundente mi opinión acerca que la cancelación debe estar sujeto a la culminación de las obras. Además el tantas veces mencionado Informe 039-20[0]5-INFRA/UGEL-01 es dirigido al Señor Henry Paredes Jacinto jefe de Área de Gestión institucional (...) quien prosiguió con los tramites administrativos correspondientes...” (Fojas 286).

CUARTO: De los argumentos expuestos ante esta Sala: 4.1. El excepcionalante al fundamentar su apelación a través de su escrito de fojas 331 a 336, sostiene: **[i]** “... la excepción de naturaleza de acción (...) no [solamente] está limitado a establecer si existe alguna causa de justificación o excusa absolutoria; sino realmente apreciar también después del largo proceso, advertir que la imputación se mantiene, o si es que la actividad probatoria ha establecido que el imputado nunca cometió el delito, ni nunca pudo cometerlo...” (Fojas 333); **[ii]** “...en la denuncia fiscal no se describe que hecho habría perpetrado para que se califique mi conducta como delictiva; no precisa si es que he concertado con los imputados particulares para favorecerlos...” (Fojas 333); **[iii]** “...no ha sido objeto de pronunciamiento, el hecho de que mi conducta no tiene contenido penal sino administrativo (...) es evidente que

las omisiones de control o la elaboración del Informe 039 y la Memoria Descriptiva no tiene contenido penal, su sustento la encontramos en el derecho administrativo...” (Fojas 334); **4.2.** Por su parte, **el Representante del Ministerio Público**, absolviendo el traslado, mediante Dictamen que corre de fojas 352 a 355, señaló lo siguiente: “...los argumentos de la defensa del procesado Luis Antonio Arce Bello, están referidos a su irresponsabilidad de los hechos que se imputan (...) lo cual constituye un juicio propio del fondo del asunto, que no tiene que ver con la delictuosidad o punibilidad del hecho objeto del proceso penal y que en todo caso requiere de una actividad probatoria específica, imposible de llevar a cabo en vía incidental (...) en el presente caso existen suficientes indicios de la comisión del delito instruido ya que el recurrente en su condición de Jefe de la Oficina de Infraestructura de la UGEL habría tenido la facultad de realizar la evaluación técnica de la Institución Educativa ‘Mariano Melgar’ N° 6019 y haber verificado que no se realizó ningún tipo de servicio y no debió haber confeccionado la Memoria Descriptiva del Proyecto ‘Plan de Emergencia Diciembre 2004’ con la finalidad de regularizar la obra, cuando la Administración de la UGEL N° 01 ya había cancelado dicha obra, lo que demuestra que habría habido una concertación del recurrente con los demás procesados con la finalidad de beneficiarse económicamente...” (Fojas 354 y siguiente). **QUINTO: Análisis - Premisas Normativas: 5.1. Delimitación operativa – funcional de la Excepción deducida:** (a). Que estando al medio de defensa técnico interpuesto, cabe remitirnos al tercer párrafo del artículo quinto del Código de Procedimientos Penales, conforme al cual son dos los supuestos jurídicos en los que cabe deducir la Excepción de Naturaleza de Acción: **i).** Cuando el **hecho denunciado no constituya delito**, esto es, cuando la base fáctica postulada no constituye ilícito penal dentro de nuestro ordenamiento positivo o ésta no se subsume o encuadra en la descripción típica del delito materia de instrucción; o **ii).** Cuando **no es justiciable penalmente** por concurrir algunas de las eximentes establecidas en la Ley Penal; **(b)** Así, la Doctrina Procesal¹ en torno a los **límites** a dicha excepción ha precisado lo siguiente: **b.1.** “... **Un primer límite** se ubica, necesariamente, en el ámbito de la antijuricidad y de la penalidad. (...) por lo que - en principio – **no es posible cuestionar a través de este remedio procesal la presencia de la categoría culpabilidad o imputación personal y, por consiguiente, de sus elementos: capacidad penal, conocimiento del injusto y no exigibilidad de otra conducta. (...) El análisis de si el sujeto es**

¹ César San Martín Castro “Derecho Procesal Penal” V. I – Editora Jurídica Grijley – 2° Edición - Reimpresión 2006, Págs. 400 y siguientes.

*responsable penalmente constituye un juicio propio del fondo del asunto, que no tiene que ver con la delictuosidad o punibilidad del hecho objeto del proceso penal y que, en todo caso, requiere de una actividad probatoria específica imposible de llevar a cabo en vía incidental” (...); **b.2.** En torno al **segundo límite** se precisa “... sólo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito – y los demás supuestos ya abordados – surge con toda evidencia de los términos de la imputación (denuncia formalizada del Ministerio Público y auto de apertura de instrucción)...”; **b.3.** Concluyéndose como correlato de lo antes indicado que “...si la excepción se plantea basándose en cuestiones relativas al descargo de responsabilidad (...) debe declararse infundada puesto que el mayor o menor grado de responsabilidad debe verse en el proceso mismo (...). **Por consiguiente, no es posible a través de este remedio procesal (...) cuestionar la propia existencia del hecho objeto del proceso penal, es decir, que éste no ocurrió en la realidad o que uno de los elementos que integran el supuesto fáctico no existe o resulta de imposible probanza; igualmente no cabe formular la excepción sobre la base de ajenidad del imputado respecto a la comisión delictiva que se le imputa, es decir, que no cometió el delito...**”; **(c)** En ese sentido, conforme ya lo señalara esta misma Sala en anterior oportunidad ^[2], para el amparo de la excepción de naturaleza de acción, **el cuestionamiento del juicio de subsunción del órgano jurisdiccional ha de hacerse sobre la base de la existencia del hecho imputado o conducta incriminada, puesto que se trata de un medio de defensa técnico, no de fondo, ni fundada en la probanza de ese hecho y sus circunstancias, no siendo posible entonces oponer hechos distintos a los que constituyen o sustentan la imputación para, así, hacer viable la excepción; no debiendo confundir la inexistencia del hecho (como supuesto fáctico, materia de prueba que define el objeto de la instrucción), con la inexistencia del delito como conclusión técnica a la que se llega al ampararse la excepción sea por atipicidad relativa o sea por atipicidad absoluta;** **5.2. Delimitación típica del delito imputado:** Que, asimismo, a efectos de delimitar el injusto típico subyacente al ilícito mencionado, es menester remitirse al artículo 387° del Código Penal según el cual resulta punible la conducta de aquél funcionario o servidor público que en el contexto de los contratos, suministros, licitaciones, concurso de precios o cualquier otra operación semejante en la que intervenga por razón de su cargo defrauda al*

² Resolución emitida en el Incidente 37-2005-“L”, su fecha 02.07.2007.

Estado o entidad u organismo del Estado concertándose con los interesados.

SEXTO: Análisis - Delimitación de los argumentos esgrimidos: De lo reseñado en el Tercer Considerando se tiene que los argumentos formulados por el excepcionante son de naturaleza diversa, a saber: **6.1.** Partiendo el recurrente de una interpretación particular respecto al momento consumativo en el tipo penal imputado (ver acápites “3.2”) cuestiona la subsunción de los hechos que se le atribuye (emisión del Informe Técnico N°039-2005 y la Memoria Descriptiva del Proyecto “Plan de Emergencia Diciembre 2004”) en el referido delito por ser posteriores a la presunta consumación de dicho ilícito, dado que, según indica, *“...las confabulaciones, acuerdos, colusiones, si las hubieron, se tuvieron que haber realizado antes de ser emitidas las órdenes de servicio”* (ver acápites “3.1.v”); **6.2.** Sin cuestionar las circunstancias fácticas en que se sustenta la hipótesis delictiva tales como la emisión atribuida a su persona, cuando aún no estaba concluida la obra, del informe sobre evaluación técnica de fecha 26 de enero del 2005 [ver acápites “3.1.iii”], vinculado éste, según la imputación, a la cancelación de la Orden de Servicio mediante cheque librado un día antes (y cobrado el mismo 26 de enero, según precisión a fojas 05 y siguiente del presente cuaderno), alega empero la desvinculación de su intervención al contexto delictivo imputado, controvirtiendo, desde el punto de vista probatorio, el contenido o alcances de sus funciones en la Jefatura de la Oficina de Infraestructura, y la ausencia de dolo en las acciones desplegadas por su persona, habiendo, según sostiene, desconocido toda connotación presuntamente delictiva en el contexto referido (ver acápites “3.1” ítems i,ii,iii,iv y v; así como acápites “3.3” y “3.4”); alegaciones éstas que se explican en la funcionalidad de la excepción de naturaleza de acción que, según el recurrente, consiste en evaluar *“si la imputación se mantiene o si es que la actividad probatoria ha establecido que el imputado nunca cometió el delito”* (sic) [ver acápites “4.1” ítem “i”]; **6.3.** Por otro lado, ya en esta instancia, ensaya dos argumentos adicionales: **[i]** la omisión en los hechos imputados a su persona respecto a una concertación del excepcionante con los interesados particulares (ver acápites “4.1” ítem “ii”); y **[ii]** el carácter extra-penal de la emisión de los documentos que se le atribuye (actos administrativos) [ver acápites “4.1” ítem “iii”]; **SETIMO: Análisis – Abordamiento de argumentos:** Que así entonces, confrontados el marco fáctico, normativo y los argumentos se tiene: **7.1.** Que

frente a lo sostenido por el excepcionante en el sentido de que la concertación y defraudación exigida por el tipo penal en el presente caso han tenido que ser necesariamente precedentes a la materialización de las prestaciones desplegadas en la fase de ejecución del contrato (vg. libramiento de las órdenes de servicios a favor de la empresa presuntamente favorecida) y por ende la consumación se produjo en un momento anterior a éstos (ver acápite “6.1”), cabe precisar: [i] Que aquella interpretación importa querer introducir un límite que la norma no lo hace, dado que **es materialmente posible la verificación de un concierto defraudatorio transversal a todas las etapas de una contratación del Estado, o particularmente en cualesquiera de éstas**; máxime si, conforme lo sostuviera esta misma Sala en anterior pronunciamiento [³], la Doctrina ha puntualizado que **el delito de Colusión Desleal puede producirse “... en un momento en que los privados ya han obtenido la posibilidad de contratar con la administración (...) o, luego de haber contratado con ésta, [o cuando] están ejecutando (...) el contrato...” [⁴]**; [ii] Que a la luz de dicha premisa, los documentos atribuidos a su persona, y reconocidos por el mismo, independientemente de su connotación dolosa o no que corresponderá establecer en el presente proceso, se encuadran en la fase de ejecución de las prestaciones del contrato, no después de ésta, lo que legitima la subsunción de la imputación en el tipo penal en referencia; **7.2.** Que, por otro lado, acorde a todo lo expuesto en el ítem “5.1” en relación a la delimitación operativa – funcional de la excepción de naturaleza de acción, estando a lo alegado, en esta parte corresponde señalar que la premisa del recurrente (ver “4.1” ítem “i”) así como sus argumentos sintetizados en el acápite “6.2”, no se corresponden con el carácter del medio de defensa interpuesto, cuya naturaleza de excepción lo erige precisamente en un mecanismo destinado a cuestionar presupuestos procesales ajenos a los aspectos de fondo de la controversia (thema probandum), siendo evidente la **imposibilidad de pronunciarse en la presente articulación respecto a aspectos fácticos que se dilucidarán previa actividad probatoria que corresponde desplegarse en el presente proceso y no en vía incidental como se pretende;** **7.3.** Finalmente, en

³ Resolución emitida en el Exp. 81-2005, su fecha 30.05.2006

⁴ Abanto Vásquez, Manuel: “Los delitos Contra la Administración Pública”, Palestra Editores, Lima – 2003. Pág. 314 y ss.

relación a los demás argumentos formulados ante esta Instancia se tiene: **[i]** Que no resulta cierta la omisión que el recurrente le endilga a la imputación (acápite “6.3” ítem “ii”), toda vez que esta última (descrita en el Segundo Considerando), da cuenta de un contexto fáctico dentro del cual se incardinan determinados actos atribuidos al recurrente, reputados, según ésta, como funcionales de cara al concierto defraudatorio de todos los procesados, incluido el excepcionante, tendiente el mismo según denuncia a favorecer intereses particulares en perjuicio del Estado, no pudiendo explicarse su intervención material sino en su presunta adhesión a dicho concierto. **[ii]** Que, por lo demás, afirmar el carácter extra-penal de los hechos atribuidos a su persona (acápite “6.3” ítem “iii”), importa en puridad, negar el carácter doloso de los mismos, lo cual nos remite a lo ya anotado por esta Sala en el acápite “7.2”. Por estos fundamentos: **CONFIRMARON La resolución** de fojas 315 a 322, su fecha seis de noviembre del dos mil ocho que declara **Infundada la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por el procesado Luis Antonio Arce Bello;** en la instrucción que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública –**Colusión Desleal**, en agravio del Estado. Notificándose y los devolvieron.-