

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

Inc. N° 037 - 2005 - "E"

SS. **VILLA BONILLA**
TELLO DE ÑECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N° 39

Lima, veinticuatro de Octubre

De dos mil siete.-

LA SECRETARIA DE LA PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL CERTIFICA QUE EL VOTO DISCORDANTE DE LA SEÑORA VOCAL HILDA PIEDRA ROJAS (PONENTE), ES COMO SIGUE:

AUTOS y VISTOS; Interviniendo como Vocal Ponente la Doctora Hilda Piedra Rojas; estando a lo previsto por el artículo 138 de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de conformidad con lo opinado por el representante del Ministerio Público en su dictamen de fojas 1991 a 1992; y, ATENDIENDO: PRIMERO.- Que, es materia de pronunciamiento la impugnación formulada por la defensa de la procesada HILDA ZAMALLOA HUAMBO de fojas 1920 a 1927 contra la resolución de fecha veintinueve de Enero del año en curso, obrante de fojas 1908 a fojas 1911, que declara Infundada la Excepción de Naturaleza de Acción, en la instrucción que se le sigue por la presunta comisión del delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible con el Cargo- en agravio del Estado; SEGUNDO.- FUNDAMENTOS DE LA ACCIONANTE HILDA ZAMALLOA HUAMBO.- Que, la recurrente por escrito de fojas 22 a 32, deduce la Excepción de Naturaleza de Acción, alegando como fundamentos: Que, no existe un sólo hecho que pueda indubitadamente probar o determinar que su persona se interesó en la contratación del Señor José Antonio Chilet Manco, pues su actuación se produjo en estricto cumplimiento de las normas que rigen el convenio de préstamo entre el Gobierno Peruano y el Banco Mundial, no habiendo existido ningún tipo de interés personal que entre en conflicto con el de la Administración Pública, mucho más cuando el Banco Mundial fue el Organismo que para extender la fecha del cierre del

proyecto hasta Junio del Dos mil cuatro, estableció como condiciones, entre otras, ratificar la contratación del Coordinador del Proyecto hasta su conclusión; por lo que, habiendo actuado con el fin de viabilizar el cumplimiento del acta de acuerdo entre el Banco Mundial y el Gobierno Peruano, su actuación se encuentra enmarcada dentro de los alcances del inciso octavo y noveno del artículo veinte del Código Penal, que señala como causas eximentes de responsabilidad penal “El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio de un derecho, oficio o cargo” y “El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones”; no pudiendo ser calificada como delictual, más aún si en el Examen Especial número ciento setentisiete guión dos mil cuatro que da origen a este proceso emitido por la Contraloría General de la República no se le ha encontrado ninguna responsabilidad. Que, cuando existe un convenio entre el Banco Mundial y el Gobierno Peruano, las contrataciones se rigen exclusivamente por las normas de los Organismos Internacionales, en este caso las del Banco Mundial es por ello que para las contrataciones de consultores se necesitaba y requería previamente la aprobación por parte de este Organismo de la carta de no objeción, tal como sucedió cuando se ratifico al citado Señor Chilet; por lo que, no existe violación de las normas de selección y contratación conforme se le pretende imputar en este proceso. Que, el Señor Chilet venía laborando en la institución con anterioridad al inicio de sus funciones en la Secretaría Técnica de la CONAPA, por lo tanto no podía tener ninguna injerencia en su determinación ni mucho menos en su contratación, y siguiendo el procedimiento para la ratificación se solicitó al Banco, mediante oficio seiscientos dieciséis/dos mil dos-PCM-SG-CONAPA-ST del quince de Noviembre del año Dos mil dos, la no objeción correspondiente y dentro de un trámite regular la aprobación la hizo la propia representante del Banco Mundial ante el Perú Doña Elizabeth Dasso, Gerente del Proyecto de Desarrollo de los Pueblos Indígenas y Afro Peruanos, mediante Carta Número LN-cuarentiún mil quinientos treintiséis-ciento veintiuno/dos mil dos-BM

de fecha veintiuno de Noviembre del dos mil dos. Que, llegó a este proyecto recién el seis de octubre del dos mil dos y trabaja conjuntamente con el Banco Mundial para rediseñarlo en base a un acta de diez puntos que firmaron el Primer Ministro el Doctor Luis Solari en representación del Gobierno Peruano y por el Banco Mundial el Señor Shelton Davis en su calidad de Gerente de la Unidad de Desarrollo Social para América Latina y el Caribe y es en el numeral tres punto cuatro del acta de compromiso que se establecía como condición “Ratificar la contratación del coordinador del proyecto de desarrollo de los pueblos indígenas y afro peruanos”, es decir, del Señor José Antonio Chilet Manco, quien venía desempeñando dicho cargo desde la administración anterior a cargo del Señor César Álvarez Falcón; por lo que, su ratificación obedeció a una exigencia de cumplimiento obligatorio del Banco Mundial. Que, asimismo, como Secretaria Técnica de la CONAPA, con autorización del Banco Mundial, solicitó a la Presidencia del Consejo de Ministros la disminución de los Honorarios Profesionales de los consultores del proyecto a los efectos que se destinen mayores fondos en beneficio directo de los Pueblos Indígenas y Afroperuanos y al cumplimiento de los dos meses de contratación del Señor Chilet requirió al Banco Mundial la no objeción para el aviso de publicación de llamamiento de convocatoria para el nuevo coordinador y mediante este concurso resultó ganador persona distinta al Señor Chilet, con lo que se descartaría la imputación formulada en su contra. Que asimismo, solicitó la auditoría para su gestión por el período comprendido entre Octubre del dos mil dos a Diciembre del dos mil tres, lo que demuestra que su servicio se realizó con transparencia y dedicación. Que, el Señor Fiscal Provincial en su Dictamen considera como referente el Informe de la Comisión de Fiscalización y Contraloría del Congreso de la República, sin embargo la recurrente alega que dicha investigación es netamente política y no técnica y por lo tanto las conclusiones a las que arriba deben tomarse con sumo cuidado. Por lo que, estando la documentación referida a la contratación cuestionada en documentos públicos y que fueron

aprobados a plenitud por el Banco Mundial, su contratación no se originó por interés indebido en provecho propio de su parte ni de un tercero, ya que en su gestión se rebajaron los sueldos de los consultores; por lo tanto pide se declare fundada la incidencia promovida. TERCERO.- Que, antecedente a la presente resolución debe indicarse que con fecha dos de Mayo del dos mil seis (ver fojas 1312 y siguientes), este Superior Colegiado declaró nula la resolución de fojas mil ciento veinticinco, su fecha veintidós de Noviembre del año dos mil cinco, que declaró fundada la excepción interpuesta disponiendo se renueve el acto procesal afectado por una falta de motivación y es con fecha veintinueve de Enero del dos mil siete que la Juez del Primer Juzgado Penal de Lima expide resolución declarando infundada la excepción deducida, planteando los siguientes fundamentos: “Que, la doctrina procesal ha señalado que esta excepción se encuentra limitada al cuestionamiento de la antijuricidad penal o su justiciabilidad (que según a la Teoría del Delito corresponde a las categorías de antijuricidad y a la discutida categoría de penalidad o punibilidad respectivamente) por lo que en principio no es posible cuestionar a través de este remedio procesal la presencia de la categoría de 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 responsable penalmente constituye un pronunciamiento de fondo que necesariamente requiere de una actividad probatoria específica imposible de llevarse a cabo por este medio [...].Que, evaluadas las pretensiones de las partes procesales es pertinente señalar que si bien conforme alega la accionante habría actuado de acuerdo a lo establecido en la Misión de Evaluación de Medio Término suscrito entre representantes del Banco Mundial –Elizabeth Dasso Zamalloa, Shelton Davis, Secretaria Técnica Hilda Zamalloa Huambo y por el Presidente del Consejo de Ministros Luis Solari De la Fuente- entre los que se acordaba que el Banco Mundial requería de evidencia de la acción fundamental: Ratificar la contratación del Coordinador del Proyecto de

Desarrollo de Pueblos Indígenas (conforme se aprecia a fojas trescientos treinta y nueve); sin embargo, ello no puede servir de sustento para justificar la conducta desplegada de la imputada, quien aparentemente se habría apartado de sus deberes funcionales que el cargo de Secretaria Técnica le confería así tenemos el Manual de Operaciones del Proyecto de Desarrollo de Pueblos Indígenas y Afroperuanos que en el artículo dos punto cinco punto dos prescribe: “Cautelar el cumplimiento del Manual de Operaciones del Proyecto”, de lo que se colige que dicha encausada habría estado en una posición de garante frente a la correcta administración pública, es decir, salvaguardar el normal funcionamiento de la misma constituyendo ello una infracción del deber (funcionaria a quien el Estado le deposita su confianza para el correcto funcionamiento de la administración) lo que se traduce en que se debió observar la contratación –ya que además formaba parte del Comité de Selección conforme así lo ha declarado la accionante a fojas quinientos sesenta y seis– de Luis Chilet Manco quien no reunía los requisitos para ejercer el cargo de Coordinador del Proyecto [...] en virtud al Manual de Operaciones por lo tanto no se evidencia una causal de justificación como lo ha invocado la accionante, de otro lado no está demás señalar que desde antes de asumir el cargo en la Secretaría Técnica dicha encausada habría tenido presuntamente injerencia para la contratación del procesado Chilet Manco conforme así se desprende de la declaración instructiva de César Álvarez Falcón a fojas setecientos sesenta y tres quien según su versión le precisó que aquél no cumplía los requisitos para asumir el cargo de Coordinador del Proyecto”, por lo que declara infundada la excepción. CUARTO.- Que, por escrito de fojas 1920, su fecha siete de Febrero del año dos mil siete, Hilda Zamalloa Huambo, interpone recurso de apelación, alegando además de lo ya expuesto en su escrito de fojas 22 glosado en el segundo considerando, que el hecho realizado no constituye delito porque no existe prueba alguna que pueda determinar que se interesó en la contratación de la persona de Chilet Manco, la misma que se realizó para viabilizar el cumplimiento

del acta de acuerdo entre el Banco Mundial y el Gobierno Peruano, no siendo "justiciable penalmente" toda vez que su conducta se encuentra enmarcada en el inciso 8 y 9 del artículo 20° del Código Penal pues su contratación obedeció a una exigencia al cumplimiento obligatorio que requería el Banco Mundial para la solicitud de extensión de la fecha de cierre del proyecto otorgado, conforme se desprende del Acta de Compromisos del Gobierno Peruano, estando además ausente el elemento subjetivo del dolo. Que por escrito de fojas 2029, reitera su pedido, alegando que no existe prueba de que la recurrente haya realizado un acto parcializado, ni demostrado interés en la ampliación de la contratación del Señor Chilet Manco pues ella venía laborando desde fechas antes de su contratación y esta se suscribió conforme a las normas y acuerdos suscritos por el Banco Mundial en la respectiva acta de compromiso de obligatorio cumplimiento para la extensión del proyecto hasta el treinta de Junio de dos mil cuatro. Asimismo alega que solicitó la carta de no objeción para la ampliación de su contrato por sólo dos meses, de la cual se infiere que el PDPIA coordinaba con el Banco Mundial. Por lo que no habiendo existido ningún tipo de interés en la contratación cuestionada, y no existe en su accionar un conflicto de incompatibilidad que requiere el tipo penal imputado, su conducta resulta atípica, precisando que en Diciembre se inició el proceso de convocatoria a concurso público para el respectivo cargo de Coordinador resultando ganadora distinta persona a la del Señor Chilet y la rebaja de su sueldo de cinco mil a tres mil quinientos Nuevos Soles. QUINTO.- Que, el Fiscal Superior en su dictamen de fojas 1991 a 1992, propone a la Sala Penal se confirme la resolución impugnada alegando que los argumentos planteados no están destinados a cuestionar la atipicidad del hecho imputado o la presencia de una causa de justificación, sino que tales argumentos reflejan alegaciones de irresponsabilidad o de inculpabilidad y no tiene nada relacionado con la delictuosidad o punibilidad del delito objeto del presente proceso penal, infiriéndose argumentaciones de defensa que necesitan verificarse después de culminada la etapa probatoria en

el expediente principal y no en vía de excepción. SEXO.-
FUNDAMENTOS DE HECHO.- Que, conforme a la Denuncia Fiscal de fojas 178 a 221, su fecha veintiocho de Enero de dos mil cinco y el Auto Apertorio de Instrucción de fojas 413 a 463, su fecha dieciocho de Marzo del citado año, se le inculpa a la procesada Hilda Zamalloa Huambo, “[...] el haberse interesado indebidamente en una nueva selección y posterior contratación por selección directa de José Antonio Chilet Manco como Coordinador del Proyecto de Desarrollo de Pueblos Indígenas y Afroperuanos por el período comprendido entre Noviembre y Diciembre de dos mil dos, cuya ejecución estaba a cargo de la Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos “CONAPA” debido a la transferencia efectuada mediante Ley número veintisiete mil setecientos sesentinueve, contratación en la cual Hilda Zamalloa Huambo tenía facultad y/o competencia para intervenir en razón a su cargo como Secretaria Técnica de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos “CONAPA”, toda vez, que tenía a su cargo la ejecución, supervisión y administración del Proyecto, encargándose de la contratación de servicios de consultoría y de supervisar que se cumplan los procedimientos establecidos en las Normas de Selección de Consultores por Prestatarios del Banco Mundial y en el Manual de Operaciones del Proyecto en cuanto a la contratación de consultores y principalmente porque estaba encargada de seleccionar a los candidatos que postulaban a los cargos que se convocaban [...], consiguiendo que José Antonio Chilet Manco sea contratado como tal [...]. Sin embargo, los términos de referencia de este nuevo contrato sólo se limitaron a proseguir con los requisitos tal y como se había contratado inicialmente, es decir, sin que estos se ajusten a lo establecido en el Manual de Operaciones del Proyecto en lo referente a las calificaciones del Coordinador del Proyecto que de acuerdo a lo establecido en el Manual de Operaciones del Proyecto numeral dos punto cinco punto dos Organigrama de Funciones de los Actores relacionados con el Proyecto [...] [que] eran: Uno, Maestría en Ciencias Sociales y cuando menos cinco años de experiencia o

alternativamente título profesional en Ciencias Sociales y cuando menos diez años de experiencia en trabajo de desarrollo rural en Comunidades Indígenas, Nativas o Afroperuanas. Dos, Estudios de Especialización en la Temática Indígena. Tres, cuando menos cinco años de probada experiencia en la ejecución de proyectos de desarrollo de comunidades indígenas y afroperuanas. Cuatro, probada experiencia y sólidas cualidades para la implementación y coordinación de proyectos a gran escala, en especial respecto a la ejecución de proyectos sociales y a la administración y supervisión de profesionales y recursos humanos, necesarios para la ejecución de los proyectos. Cinco, constancia de aceptación positiva de su labor profesional por una o más federaciones o confederaciones indígenas o afroperuanas [...]", suscribiéndose el contrato número cero veintitrés guión dos mil dos barra PCM barra OA guión setecientos punto CONAPA PUNTO PDPIA; debiéndose tener en cuenta que "[...] la denunciada Hilda Zamalloa Huambo [interviene en la selección y contratación del Coordinador del Proyecto de Desarrollo de Pueblos Indígenas y Afroperuanos] en razón a su cargo como Secretaria Técnica de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos "CONAPA", toda vez que conforme al Manual de Operaciones del Proyecto de Desarrollo de Pueblos Indígenas y Afroperuanos tenía a su cargo la ejecución, supervisión y administración del Proyecto [...], asimismo, estaba encargada de seleccionar a los candidatos que postulaban a los cargos que se convocaban, siendo en el caso específico de la Secretaría Técnica (Hilda Zamalloa Huambo) el supervisar que se cumplan los procedimientos para la contratación de consultores siguiendo los procedimientos establecidos en el Manual de Operaciones" (Ver fojas 454 a 458); por lo que, se le apertura instrucción como presunta autora del delito contra la Administración Pública - Negociación Incompatible con el Cargo-, en agravio del Estado. SÉPTIMO.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS.- 7.1.- Que, el artículo 77° del Código adjetivo prescribe que: "Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal sólo abrirá instrucción

si considera que de tales instrumentos aparecen indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal. El auto será motivado y contendrá en forma precisa los hechos denunciados, los elementos de prueba en que se funda la imputación, la calificación de modo específico del delito o los delitos que se atribuyen al denunciado [...]", debiendo interpretarse la norma en el sentido que lo ha señalado el Tribunal Constitucional que el acto procesal de calificación no permite la valoración de pruebas pues ésta es una fase que corresponde a la sentencia, señalando en el Expediente 0196-2006-PHC/TC: "El acto de investigación se realiza básicamente en la fase de investigación preliminar e instructiva, y tiene por finalidad la averiguación de los hechos relacionados con el hecho delictivo que se investiga. Sirve, entonces, de base para preparar la imputación penal; determinar la apertura de proceso y juicio oral, y para adoptar medidas cautelares. La condena se apoya en actos de prueba, los cuales se presentan básicamente en el juicio oral [...] El contradictorio debe ser de observancia en los actos de prueba, para los cuales se exige el concurso obligatorio de las partes y el interrogatorio cruzado por las partes. Tales actos se dan básicamente en el marco del juicio oral, etapa del proceso en la que ha de actuarse las pruebas que serán valoradas en la sentencia [...]" (Ver fundamento Jurídico 3), y en el Expediente 0799-2004-HC refiere: "No resulta atendible la solicitud de dejar sin efecto un auto apertorio de instrucción alegando la inexistencia de pruebas de la comisión del delito, por cuanto es la etapa de la instrucción la que tiene por objeto reunir los elementos probatorios de la realización del ilícito penal [...]" . Por lo que, ante una denuncia fiscal "El Juez puede hacer un juicio de verosimilitud del relato fáctico contenido en la denuncia fiscal. Cuando existan actos de investigación del Fiscal o de la Policía [...] el Juez debe ponderar la sospecha, verosimilitud, razonabilidad y fundamentación de los datos que apuntan hacia una determinada persona (v.gr.: la

credibilidad de un testigo, el resultado de una diligencia de inspección ocular o de un registro) y decidir si en su criterio son dignos de crédito y suficientes para formular la imputación judicial”¹. 7.2.- Que conforme lo establece el tercer párrafo del artículo 5° del Código de Procedimientos Penales, son dos los supuestos jurídicos en los que cabe deducir la Excepción de Naturaleza de Acción: Cuando el hecho denunciado no constituya delito, esto es, que el hecho investigado no se encuentra expresamente descrito como delito en la ley penal (ausencia de tipo), o que estando descrito el hecho como delito, adolezca de algún elemento para su configuración; 7.3.- Que, en efecto conforme lo puntualiza la Doctrina, esta excepción está limitada al cuestionamiento de “[...] la antijuricidad penal del hecho o su justiciabilidad, que desde el derecho material traslada el análisis a la categoría antijuricidad y a la discutida ‘categoría’ penalidad o punibilidad, 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 de lo injusto y no exigibilidad de otra conducta. El análisis de si el sujeto es 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 [...]”; agregando que, en tal sentido, “[...] sólo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito [...] surge con toda evidencia de los términos de la imputación [...]”; acotando: “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 [...]”². 7.4.- Que,

¹ San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal. Segunda Edición actualizada y aumentada, Lima. Abril 2006. Editora Jurídica Grijley. Volumen I, Pág. 511.

² San Martín Castro, César: “Derecho Procesal Penal” T.I. Segunda Edición, Lima-2003. Editora jurídica Grijley. Pág. 400 y ss.

el artículo 397° del Código Penal, norma vigente a la fecha de los hechos, penaliza la conducta de “El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo [...]”. El verbo rector es “interesarse” directa o indirectamente o por acto simulado, “interesarse es, pues, volcar sobre el negocio de que se trate una pretensión de parte no administrativa: querer que ese negocio asuma una determinada configuración en interés particular del sujeto o hacer mediar en él, propugnándolos, intereses particulares o de terceros”³, “el interés ilícito del funcionario o servidor público tiene naturaleza económica, mientras que los contratos u operaciones en los que interviene el funcionario o servidor a nombre del Estado pueden tener diversidad de líneas (económicas, culturales, de servicios etc.). El funcionario o servidor público efectúa una intervención legítima, en función a las prerrogativas de su cargo, puesto o empleo en la administración pública”. OCTAVO.- Que, analizando la excepción planteada a la luz de las normas procesales, se tiene: 8.1.- Que la hipótesis inculpativa formulada por el titular de la acción penal se corresponde con el tipo penal de Negociación Incompatible, existiendo indicios suficientes de la participación de la imputada si se tiene en cuenta su posición funcional que como Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Pueblos Andinos y Amazónicos “CONAPA” tenía la facultad y/o competencia para intervenir en la contratación de servicios de consultoría y de supervisar que se cumplan los procedimientos establecidos en las normas de selección, lo que supuestamente y según los términos de la denuncia fiscal no habría ocurrido en el caso de José Antonio Chilet Manco, “[...] con la única finalidad de beneficiarse todos con contratos en el Proyecto de Desarrollo de Pueblos Indígenas y Afroperuanos cuyos honorarios eran pagados con fondos provenientes del Convenio de Préstamos suscrito entre el Perú y el Banco Mundial, lo que habría

³ Rojas Vargas, Fidel.: “Delitos contra la Administración Pública”. Tercera Edición – Octubre 2002. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 587.

motivado a que en su debido momento cada uno de ellos participara apoyando a otro, conforme se puede apreciar de los hechos descritos [...]”⁴; por lo que, lo señalado por la accionante de que no existe un hecho que pueda indubitadamente probar o determinar que su persona se interesó en la contratación del Señor Chilet Manco, no resulta atendible dada la naturaleza de la incidencia promovida, pues, como se ha señalado en líneas precedentes el estadio procesal para examinar la prueba indubitable es el momento de dictar sentencia y no en la calificación de una denuncia adjuntada con actos de investigación que solo puede permitir evaluar la existencia de una “sospecha razonable” que deben ser esclarecidas en el transcurso de un proceso; 8.2.- Con respecto a lo alegado sobre los alcances del inciso octavo y noveno del artículo 20° del Código Penal, se tiene que la citada norma prescribe “Está exento de responsabilidad penal: [...] 8.- El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo; 9.- El que obra por orden obligatoria de autoridad competente, expedida en ejercicio de sus funciones [...]”, refiriendo la recurrente que su actuación se produjo en estricto cumplimiento de las normas que rigen el convenio de préstamo entre el Gobierno Peruano y el Banco Mundial, quien estableció como condición a fin de viabilizar el cumplimiento del acta de acuerdo, entre otras, ratificar la contratación del Coordinador del Proyecto, pretendiendo mediante esta argumentación alegar una causa de justificación que permita convertir el supuesto hecho típico incriminado por el titular de la acción penal en un hecho lícito y aprobado por el ordenamiento jurídico. Que analizando sus argumentaciones, debemos señalar que: “Las diversas circunstancias previstas en los incisos 8 y 9 del artículo 20 pueden ser calificadas en dos grupos: por un lado, los actos ordenados por la ley y, por el otro, los que ésta permite o autoriza. Diferenciándose por supuesto los que constituyen el cumplimiento inmediato y directo de lo dispuesto en la ley, de los que suponen un intermediario entre la ley y el que ejecuta

⁴ Ver Denuncia Fiscal de fojas 209.

directamente lo que en ésta se dispone. En todo caso, es indispensable que se precise en qué ley se ordena, permite o autoriza el acto realizado [...], en contra de lo que permitiera suponer una lectura superficial de las disposiciones en estudio, el ejercer un derecho, el cumplir con un deber, el realizar un acto en el ejercicio de un cargo o de una profesión no son factores suficientes para justificar un acto típico. Esto depende de las circunstancias en las que se ejecuta el hecho concreto, las cuales están determinadas por las disposiciones legales que las regulan. Por eso, los incisos 8 y 9 del artículo 20 pueden ser considerados como tipos abiertos o normas de reenvío: porque su aplicación sólo es posible en la medida en que sean complementadas por otras normas, que deben ser buscadas en todo el ordenamiento jurídico.”⁵; y, estando al mérito de las normas referentes a las calificaciones del Coordinador glosadas en el Sexto considerando de la presente resolución, se tiene que la incriminación fiscal en parte es no haber cumplido con lo que dispone la normatividad vigente, incumplimiento que se manifiesta desde el momento que se suscribe el acta de compromiso de fojas 335 a fojas 339, en la que se contempló la ratificación de la contratación del Coordinador del Proyecto José Chilet a pesar de que supuestamente no cumplía con los requisitos que las normas vigentes lo exigía, la misma que fue firmada, entre otras personas por la procesada Hilda Zamalloa Huambo, por lo que, la citada no puede invocar su cumplimiento como una causal eximente de responsabilidad penal cuando interviene en su aprobación como Secretaria Técnica del Proyecto, más aún si un extremo de la denuncia radica en que supuestamente ella también fue contratada sin reunir los requisitos de Ley⁶; circunstancias que deben ser esclarecidas dentro del proceso penal aperturado. Por estos fundamentos, CONFIRMARON: El auto impugnado, que corre de fojas 1908 a 1911, su fecha veintinueve de enero del año en curso, que resuelve declarar INFUNDADA la

⁵ Hurtado Pozo, José. Manual de Derecho Penal. Parte General I. 3era. Edición 2005. Editora Jurídica Grijley E.I.R.L. Pág. 572.

Excepción de Naturaleza de Acción promovida por la procesada HILDA ZAMALLOA HUAMBO; en el proceso que se le sigue por la presunta comisión del delito Contra la Administración Pública –Negociación Incompatible con el Cargo– en agravio del Estado. Notificándose y los devolvieron.-

LA SECRETARIA DE LA PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL CERTIFICA QUE EL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA VOCAL TELLO DE ÑECCO, ES COMO SIGUE:

Inc. N° 037-2005 –“E”

*Lima, veinticuatro de Octubre
De dos mil siete.-*

Con el debido respeto a la posición de la Señora Vocal Ponente y no obstante coincidir con los conceptos dogmáticos contenidos en la parte considerativa y el sentido de la resolución (artículo ciento cuarentitrés de la Ley Orgánica del Poder Judicial), disiento en el último considerando, y el medio técnico propuesto debe entenderse como improcedente, por lo siguiente:

1.- Acertadamente esclarece la resolución que la excepción deducida, en tanto que medio de defensa técnico a ser resuelto en vía incidental, no puede sustentarse en cuestiones de tipo probatorio o de descargo de responsabilidad. Como ya lo dijera la Sala en la resolución que emitió en el incidente de excepción de naturaleza de acción que dedujo la misma recurrente en relación al delito contra la Administración Pública – Peculado Doloso (Incidente 037-05-L): “(..), partiendo de que determinada conducta (el hecho) pueda no estar prevista en el ordenamiento penal vigente (atipicidad absoluta), o que, estando

⁶ Ver denuncia fiscal de fojas 207

previsto el hecho en abstracto con todos sus elementos (el tipo), la conducta verificada en la realidad no se adecua totalmente a él (atipicidad relativa); es de precisar que –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. Al respecto esclarece el profesor San Martín Castro que: ‘no es posible, a través de este remedio procesal, pese a la opinión en contrario de Mixán Mass, 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 resulte 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; tampoco cabe hacerlo alegando falta o insuficiencia de prueba’⁷.

No es posible, entonces, oponer hechos distintos a los que constituyen o sustentan la imputación para, así, hacer viable la excepción; y no cabe confundir –como parece hacerlo el señor abogado de la defensa– la inexistencia del hecho (supuesto fáctico, materia de prueba que define el objeto de la instrucción según lo establece el artículo 72° del Código de Procedimientos Penales), con la inexistencia de delito como conclusión (técnica) a la que se llega al ampararse la excepción, sea por atipicidad relativa, sea por atipicidad absoluta. Es implicate, pues, sostener que el hecho no existe, que no se dio en la realidad, y, que, al mismo tiempo, no constituye delito”.

2.- Es evidente que similar confusión en los argumentos que sustentan el recurso, y por ende, también a la excepción, se presentan en este

⁷ SAN MARTÍN CASTRO, César. DERECHO PROCESAL PENAL. Editorial Jurídica Grijley 2003. Tomo I. Pág. 402.

caso. En efecto, sostiene la procesada a través de su defensa que: “[...] la valoración de los argumentos expuestos no han sido analizados y ponderados de acuerdo a los medios probatorios que se desprenden de autos, los cuales demuestran de manera fehaciente y veraz que dicha conducta no constituye delito, ello en virtud a la correcta aplicación del Principio de Conducencia de la Prueba, aunado a ello el Principio de Veracidad Probatoria, las mismas que sirven de sustento jurídico para determinar que en el presente caso no ha existido delito [...] RESULTA UN IMPOSIBLE JURÍDICO QUE SE ME ATRIBUYA CONDUCTA QUE JAMÁS HA TENIDO EXISTENCIA EN EL MUNDO CIRCUNDANTE DE LOS HECHOS [...] supuesto fáctico que jamás aconteció, toda vez que jamás he tenido interés particular sobre la contratación de dicha persona, siendo ello así, resulta un imposible jurídico que por dicho supuesto de Hecho que no reviste grado de veracidad se califique éste como delito [...] resulta CARENTE DE TODO FUNDAMENTO JURÍDICO-REAL, que sobre Premisas Fácticas Inexistentes se pueda llegar a colegir una Conclusión Existente lo que conlleva a una Falacia Lógica Jurídica, por lo que encontrándonos ante estos hechos, no existe instrumento de prueba alguno [...] hecho que no tiene asidero probatorio que lo sustente [...]” (ver fojas 1921 y 1922).

3.- A este argumento referido a la inexistencia de los hechos atribuidos, esto es, referidos a discutir su probranza en vía incidental y no de fondo como corresponde, agrega argumentos contradictorios al aducir simultáneamente la inexistencia del delito (que, contradictoriamente también, supone admitir el acaecimiento de los hechos que se niegan como sustento de la imputación) y su existencia no punible. No otra cosa hace la recurrente al sustentar la excepción en los dos supuestos que establece el tercer párrafo del artículo 5º del Código de Procedimientos Penales: “Cuando un hecho denunciado no constituye delito o no es justiciable penalmente” –Véase fojas 1923 y 1925 (recurso de apelación), y fojas 31 (excepción)–.

Al respecto dijo también la Sala en la resolución antes citada: “El primer supuesto comprende tanto que el hecho investigado no se encuentre expresamente descrito como delito en la ley penal (ausencia de tipo) o que estando descrito el hecho como delito, adolezca de algún elemento para su configuración (falta de adecuación del hecho al tipo); señala San Martín Castro que: ‘como quiera que existe una relación inescindible entre tipicidad y antijuricidad y en la medida que las causas o tipos de justificación eliminan la prohibición penal de hecho o, mejor dicho, ‘recorta el ámbito de lo prohibible’, de suerte que elimina la tipicidad, éstas se encuentran incluidas en el primer supuesto, es decir, en la atipicidad del hecho denunciado’⁸. El segundo supuesto, suponiendo la adecuación de la conducta al tipo penal, comprende la presencia de las denominadas ‘excusas absolutorias’ o la ausencia de determinada condición objetiva de punibilidad, que determinan la inconveniencia del ejercicio del ius puniendi por parte del Estado, en determinados casos y por razones de política criminal”.

4.- Mención aparte merece lo inadecuado de alegar como eximentes de responsabilidad los incisos 8 y 9 del artículo 20º del Código Penal (ver fojas 1923 –recurso de apelación-, y fojas 23 –excepción-). Y es que al margen, inclusive, de que el primer inciso en mención contiene más de un supuesto: obrar por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, sostener haber actuado en cumplimiento de la norma y a la vez en cumplimiento de un mandato jerárquico (lo que se conoce como “obediencia debida”), no sólo conlleva a la admisión de la adecuación de la conducta a la descripción típica, sino que resulta también implicate al significar una causal la negación de la otra: o ejerciendo un determinado cargo se actúa conforme a la norma, o sometido al principio de autoridad y jerarquía se actúa en obediencia de órdenes.

⁸ San Martín Castro. Obra citada. Pág. 399.

5.- *Deducir una excepción constituye un acto de defensa de forma que, lejos de cuestionar los actos de imputación en tanto hechos sujetos a la actividad de investigación y de recolección probatoria que constituye la instrucción, se limita a la objeción de la calificación jurídica de tales hechos por parte de quien ejerce la defensa en calidad de técnico del Derecho. Si bien es cierto el principio pro actione, por el que: “se impone a los juzgadores la exigencia de interpretar los requisitos y presupuestos procesales en el sentido más favorable a la plena efectividad del derecho a obtener una resolución válida sobre el fondo’ [...], y donde se establece, a su vez, que ‘los requisitos formales –en el presente proceso, el cálculo del plazo para interponer la demanda– se interpreten y apliquen de modo flexible y atendiendo a su finalidad y de que a su incumplimiento no se anuden consecuencias desproporcionadas o excesivamente gravosas’ [...]*”⁹, es manifestación clara de la superación del proceso como sucesión de rigurosas formalidades rituales, aplicarlo en este caso afectaría tanto al proceso al desnaturalizar el procedimiento, como al derecho de la recurrente al suponer, necesariamente, el acoger unos argumentos y descartar otros –labor que corresponde a las partes antes de someter sus pretensiones al órgano jurisdiccional– en el afán de poder emitir pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión que se plantea.

6.- *Ha querido el legislador agilizar el proceso estableciendo un procedimiento independiente sólo a efectos del cuestionamiento limitado y preciso del juicio de subsunción de los hechos al tipo o de su justiciabilidad penal; cuestión que –sin liberar al juzgador de la obligación de examinar el mismo sustento: el no constituir delito, el no ser justiciable, con anterioridad y de oficio al decidir la apertura de instrucción– en vía de excepción surge a petición de parte; por ello, forzoso es concluir que la pretensión impugnatoria contenida en el*

⁹ PICÓ I JUNOY, JOAN. Las garantías constitucionales del proceso. Barcelona: Bosh. 1997, páginas 49 y 51; citado por el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. N° 1049-2003-AA/TC (caso ETESELVA S.R.L.)

recurso, lo mismo que en la excepción, no se sujetan a los cánones procesales que hacen posible el emitir pronunciamiento sobre el fondo de la incidencia.

Siguiendo a Monroy Palacios, conviene recordar al respecto: “así como un procedimiento puede contener, además de la cuestión principal, cuestiones incidentales, una cuestión, en sí misma entendida, sea cual fuere su contenido, también tiene en su interior un aspecto de fondo y otro u otros instrumentales a aquél, los cuales se comportan, en su gran mayoría, como requisitos de validez de la cuestión misma, pero que, con mayor precisión, pueden ser concebidos como requisitos para un pronunciamiento válido sobre el aspecto de fondo. En otras palabras, por más simple o sofisticada que ésta pudiera resultar, la estructura interna básica de toda cuestión procesal está conformada por elementos de fondo y elementos de validez (del pronunciamiento fondal). Ahora bien, la ausencia o defecto de un requisito de validez impide que la cuestión cumpla su tránsito fisiológico regular, es decir, que concluya con un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión misma [...] la mayor parte de los requisitos de validez se encuentran ligados al plano procedimental; sin un procedimiento regular se desvirtúa la posibilidad de que se resuelva una cuestión con una decisión sobre el fondo. En este sentido, dado que todo procedimiento se compone de un conjunto de actos concatenados que tienen como objetivo la dilucidación del aspecto de fondo, resulta pertinente añadir una nueva premisa a nuestra construcción: toda invalidez que se produzca durante el desarrollo del procedimiento, de no ser subsanable, frustra la posibilidad de que se expida un pronunciamiento de fondo sobre la cuestión planteada “[...] la fundabilidad o no de una cuestión está reservada para los casos donde se resuelva el fondo de aquélla. Por ello, no es casual que ambas palabras compartan una misma raíz gramatical. [...] todo aspecto ajeno al fondo de la cuestión y, por tanto, referido a la validez

del procedimiento al que aquélla da lugar o, más genéricamente, a la validez de un eventual pronunciamiento sobre el fondo, se resuelve en función de las categorías procedencia y admisibilidad”¹⁰; en el caso materia de examen ese requisito de validez está constituido en inexistencia de conexión lógica entre hechos, fundamentos y petitorio.

7.- Dicho lo contenido en los puntos precedentes y atendiendo a que según lo preceptúa el artículo 364º del Código Procesal Civil: “El recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine, a solicitud de parte o de tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente”, no cabe sino concluir en que la resolución venida en grado ha incurrido en error in procedendo al pronunciarse indebidamente por el fondo de lo planteado; no obstante ello y en tanto que la excepción se mantiene en los términos contradictorios e inadecuados advertidos, no corresponde declarar su nulidad y disponer el reenvío para nuevo pronunciamiento, sino su reforma para declarar la improcedencia del medio técnico de defensa.

Por estas razones, MI VOTO es porque se confirme la resolución materia de apelación-, teniéndose por improcedente la excepción deducida.

LA SECRETARIA DE LA PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL CERTIFICA QUE EL VOTO DE LA SEÑORITA VOCAL VILLA BONILLA, ES COMO SIGUE:

¹⁰ MONROY PALACIOS, Juan José. ADMISIBILIDAD, PROCEDENCIA Y FUNDABILIDAD EN EL ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL PERUANO. En: http://www.estudiomonroy.com/articulos/der_proc_admi_proc_fund_word.htm.

Inc. N° 037-2005 -“E”

*Lima, veinticuatro de Octubre
De dos mil siete.-*

*La señorita Vocal que suscribe, se adhiere a los fundamentos del voto
singular de la señora Vocal Inés Tello de Ñecco.*