

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

PRIMERA SALA PENAL ESPECIAL (C.II-19.a)

Inc. 37 - 2005 - "LL"

S.S. VILLA BONILLA
TELLO DE ÑECCO
PIEDRA ROJAS

Resolución N°38

Lima, veinticuatro de octubre
del año Dos mil siete.-

AUTOS y VISTOS: Oídos los informes orales a que se contrae la constancia de vista emitida por Relatoría a fojas 693; interviniendo como Vocal Ponente la Doctora Piedra Rojas, estando a lo dispuesto en el artículo 138° de la Ley Orgánica del Poder Judicial; de conformidad con lo opinado por el Señor Fiscal Superior en su Dictamen de fojas 674 y siguiente; y, ATENDIENDO: PRIMERO.- Que, es materia de pronunciamiento la impugnación formulada por la defensa del procesado JAIME FLORENCIO REYES MIRANDA, de fojas 644 a fojas 651, contra la resolución de fecha veintiuno de Marzo del año en curso, de fojas 635 a fojas 637, 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 DEL ACCIONANTE JAIME FLORENCIO REYES MIRANDA: Que, por escrito de foja 01, el procesado Jaime Florencio Reyes Miranda deduce la excepción de naturaleza de acción, alegando que los hechos que se le imputan no constituyen delito, ni son justiciables penalmente. Señala que el recurrente no tiene la calidad de autor idóneo del delito de negociación incompatible, pues el tipo penal previsto en el artículo 399° del Código Penal, exige que el autor, además de ser funcionario público, debe tener "interés indebido" en un contrato u operación que conoce o interviene en razón de su cargo, teniendo legítima facultad para decidir el futuro de un "contrato u operación", siendo que en su caso, si bien cumplía una función pública, nunca tuvo la facultad de

celebrar contratos o realizar operaciones que impliquen la adquisición de bienes o servicios, ni ha tenido competencia o facultad para designar funcionarios públicos, como es el caso de la ex funcionaria Hilda Zamalloa Huambo, por lo que resulta evidente que no tiene la calidad de autor. Que, el recurrente se ha limitado a solicitar la implementación de un acto administrativo contenido en una Resolución Ministerial, indicando que mediante Resolución Ministerial N° 369-2002-PCM de fecha cuatro de Octubre del dos mil dos, visada por la Secretaría de Asuntos Legales y Normativos, designó a la funcionaria Hilda Zamalloa Huambo, con efectividad al primero de Octubre del dos mil dos, como Secretaria Técnica de la Secretaría de Asuntos Indígenas de la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos y Amazónicos (CONAPA). Con la finalidad de implementar administrativamente la citada decisión ministerial, y siguiendo estrictamente la forma y el procedimiento de contratación del anterior Secretario Técnico de la CONAPA, doctor César Alvarez Falcón, el recurrente, en su condición de Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros, cursó el Memorándum N° 292-2002-PCM/SG-2002, del veintitrés de Octubre del dos mil dos, solicitando al funcionario Mario Ríos Espinoza - Director Nacional del Proyecto PER 02/036 que realice las gestiones pertinentes con miras a la contratación de la Licenciada Hilda Zamalloa Huambo como Secretaria Técnica de la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas. El citado memorando sólo tenía el propósito de solicitar al Director Nacional del Proyecto PER 02/036, realizar las gestiones pertinentes para la contratación de la nombrada ex funcionaria, que había sido previamente designada por el Presidente del Consejo de Ministros, quien tenía entre sus atribuciones, la facultad de “designar los representantes que fueran necesarios ante cualquier Comisión, Consejo Directivo u otros similares”, precisando que la remisión del citado memorando al funcionario Mario Ríos Espinoza responde al mas elemental trámite ordinario, porque era su obligación velar por la

buena marcha administrativa de la PCM y era la autoridad encargada de la contratación de la nueva funcionaria, siendo que como Secretario General de la PCM no tenía facultad de contratar funcionarios o consultores porque no era director de un proyecto del PNUD. En su conducta funcional no existió el mas elemental indicio, que pueda aproximarse a un interés indebido e ilegal en la contratación de la citada funcionaria, ni provecho personal o de tercero que se haya derivado de su contratación, pues su comportamiento personal y administrativo en éste y otros actos funcionales, ha estado siempre sujeto al marco legal y ético de la función pública; por ello, no fue comprendido en ninguna investigación administrativa ni preliminar relacionada con este caso, ni en las investigaciones realizadas por la Contraloría General de la República, no existiendo ningún tipo de provecho personal directo o indirecto a favor del recurrente, resaltando que el único acto administrativo que realizó respecto a la contratación de Hilda Zamalloa Huambo, es el memorandum glosado.

TERCERO.- Que por resolución de fecha veintiuno de Marzo del presente, la Juez Penal declara infundada la excepción deducida, argumentando que “la conducta atribuida al recurrente se encuentra subsumida dentro de los alcances del tipo penal denunciado si se tiene en cuenta que dentro de sus funciones como Secretario General era supervisar la emisión de la opinión técnico - legal de los órganos de línea, respecto de las autógrafas de ley que sean derivadas a la PCM conforme así lo prescribió a la época de los hechos el artículo diez punto ocho del Decreto Supremo cero ochentitrés - dos mil dos ‘Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros’, ello se entiende que estaba dentro de sus responsabilidad[es] controlar los informes que emite la oficina de asuntos legales que dan origen a los proyectos de ley que luego se derivan a la Presidencia del Consejo de Ministros para su respectiva firma y dación de las mismas, por tanto subyace su condición de garante respecto a la contratación de la procesada Hilda Zamalloa

quien presuntamente no reunía las condiciones para acceder al cargo”.

CUARTO.- Que, el recurrente por escrito de fojas 644, interpone recurso de apelación alegando que los fundamentos expuestos por la A-quo, como son: atribuirle a su patrocinado la tarea de “supervisar la emisión de opinión técnica-legal de los órganos de línea”, “controlar los informes que emite la oficina de asuntos legales” y “su condición de garante respecto a la contratación de la procesada Hilda Zamalloa ...”, son argumentos que refuerzan los fundamentos de la excepción planteada por que las imputaciones podrían suponer una probable responsabilidad administrativa de su patrocinado, pues la supuesta acción de no supervisar, no controlar o la condición de garante de la contratación de la procesada Hilda Zamalloa reflejaría una conducta negligente en el ejercicio de la función, que ubicaría los hechos en el plano de la responsabilidad administrativa, o en un tipo penal culposo que no existe y que no es materia del presente proceso. Reiterando los argumentos planteados en su escrito glosado en el segundo considerando de la presente resolución. QUINTO.- Que el Fiscal Superior en su dictamen de fojas 674 a 675, señala que los “argumentos [planteados por el accionante] no están destinados a cuestionar la atipicidad del hecho imputado o, la presencia de una causa de justificación, sino que (...) reflejan alegaciones de irresponsabilidad o de inculpabilidad (...) que necesitarán verificarse después de culminada la etapa probatoria en el cuaderno principal y no en vía de excepción”, por lo que propone que se confirme la resolución apelada. SEXTO.- FUNDAMENTOS DE HECHO: Que, la imputación formulada contra Jaime Reyes Miranda, Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros, conforme fluye de la denuncia fiscal de fojas 453 a fojas 457, es haberse interesado indebidamente en la contratación de Hilda Zamalloa Huambo como Secretaria Técnica de la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas de la CONAPA, consiguiendo con la participación de Mario Ríos Espinoza – Director Nacional del Proyecto PER 02/036, que Hilda Zamalloa

Huambo sea contratada en el citado cargo y posteriormente designada como Secretaria Ejecutiva de la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos – CONAPA. Señalándose en la denuncia que “Mediante Memorandum N°292-2002-PCM/SG-2002 de fecha veintitrés de Octubre del dos mil dos, Jaime Reyes Miranda – Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros- requirió a Mario Ríos Espinoza –Director Nacional del Proyecto PER 02/036- realizar gestiones pertinentes a la contratación de Hilda Zamalloa Huambo (...) Como resultado de dichas acciones con fecha primero de octubre del dos mil dos Hilda Zamalloa Huambo suscribió el Contrato de Servicios N°022962 entre el Proyecto PER/02/036 representado por Mario Ríos Espinoza – Director Nacional del Proyecto para la función de Secretaria Técnica de la Secretaría de la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos y Amazónicos con vigencia del primero de Octubre del dos mil dos al treintiuno de Diciembre del dos mil dos, por lo que mediante Resolución Ministerial N° 369-2002-PCM del cuatro de Octubre del dos mil dos (enmendado mediante artículo 2 de la Resolución Ministerial N° 135-2003-PCM del siete de Mayo del dos mil tres) Hilda Zamalloa Huambo a partir del seis de octubre del dos mil dos fue designada como Secretaria Técnica de la Secretaría Técnica de Asuntos Indígenas de la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos y Amazónicos. Que, luego (...) con Resolución Ministerial N° 084-2003-PCM del diecisiete de Marzo del dos mil tres, fue designada como Secretaria Ejecutiva de la (...) CONAPA. (...) Debe precisarse que las funciones establecidas en los términos de referencia de los mencionados contratos de Servicio en el Rubro Perfil Profesional establecían requisitos para desarrollar la función materia del contrato, sin embargo al efectuarse la contratación de los requisitos con la información contenida en el Currículo Vitae presentado por Hilda Zamalloa Huambo se ha determinado en el Examen Pericial que no cumplía con los requisitos establecidos en los Términos de Referencia (...) Señalándose que mediante Oficio N° 262-A-2003-PCM-SG-

CONAPA-ST de fecha tres de Marzo del dos mil tres dirigido a Jaime Reyes Miranda -Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros- señaló que no contaba con título Profesional de Licenciada tal como se señala en la Resolución Ministerial N° 369-2002-PCM documento mediante el cual fue designada en el cargo de Secretaria Técnica ...". SETIMO.- FUNDAMENTOS JURÍDICOS: 7.1. Que, el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, prescribe que "recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal solo 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 la forma precisa de 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 esta es una fase que corresponde a la sentencia, señalándose 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 [Exp. N°8811-2005-HC/TC, caso Charlestei Fleming]. 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 ...". Por lo que, ante una denuncia fiscal "El Juez debe 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.g. 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 créditos 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, siendo que el primer supuesto jurídico “comprende dos extremos, esto es, que la conducta incriminada no esté prevista como delito en el ordenamiento jurídico penal vigente o que el suceso no se adecue a la hipótesis típica de la disposición penal preexistente invocada en la denuncia penal”²; 7.3. La Doctrina puntualiza que 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

¹ Derecho Procesal Penal, Cesar San Martín Castro. Volumen I. Editora jurídica Grijley. Lima, abril 2006. Segunda edición actualizada y aumentada, página 511.

² Derecho Procesal Penal, Cesar San Martín Castro. Editora Jurídica GRIJLEY EIRL. Segunda edición, página 397. Invocando la Ejecutoria Suprema del 5/9/1996, exp. 4900-95, y de 12 de agosto de 1994, exp. 1688-94, Lima.

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 ...”. 7.4. Que, 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 ...”. “Es sujeto activo el funcionario o servidor público con facultades o competencia para intervenir, en contratos u operaciones por razón de su cargo (...) De no existir vinculación en razón al cargo o función en el interés ilícito del funcionario o servidor, el supuesto de hecho ilícito será atípico de esta figura. (...) En efecto, no podrá ser autor cualquier funcionario o servidor público si es que no posee facultades de decisión o de manejo de las negociaciones u operaciones ...”³. En el comportamiento típico, el verbo rector es “interesarse” directa o indirectamente o por acto simulado, la acepción del término interesarse es el de “injerencia excediendo los parámetros fijados por el cargo o función y orientando los actos hacia finalidades no funcionales (...) 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 (...)”⁴. OCTAVO.- Que, analizando la excepción planteada a la luz de las normas

³ Delitos contra la Administración Pública – Fidel Rojas Vargas. Editorial Jurídica GRIJLEY EIRL. Tercera Edición 2002. Pág. 586.

⁴ Idem 587.

procesales, se tiene que estando al mérito del Reglamento de Organización y Funciones de la Presidencia del Consejo de Ministros - Decreto Supremo 083-2002-PCM- vigente a la fecha de los hechos, son funciones del Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros “coordinar y supervisar las labores y la marcha administrativa de todos los órganos de la PCM, la ejecución de las políticas y actividades de los órganos de la PCM y los organismos y comisiones adscritos a ella, así como de aquéllos órganos u organismos cuya coordinación y/o supervisión le sea expresamente asignada” y el artículo 1° del Decreto Supremo N° 111-2001-PCM que crea la Comisión Nacional de los Pueblos Andinos y Amazónicos, establece que dicha Comisión está adscrita a la Presidencia del Consejo de Ministros; por lo que, dada la posición funcional del accionante, Secretario General de la Presidencia del Consejo de Ministros, la conducta incriminada se adecúa a “la hipótesis típica de la disposición penal” materia de denuncia, determinándose la existencia de causa probable. Siendo que los argumentos alegados, como son: haberse “limitado a solicitar la implementación de un acto administrativo contenido en una resolución ministerial”, “no existió interés indebido”, “no existió provecho personal”, son alegatos de defensa sobre su irresponsabilidad que deberán ser esclarecidos con los actos de prueba que se presentaran en el proceso penal. Por estos fundamentos, CONFIRMARON: El auto impugnado que corre de fojas 635 a 637, su fecha veintiuno de Marzo del año en curso, que declara INFUNDADA la Excepción de Naturaleza de Acción promovida por el procesado JAIME FLORENCIO REYES MIRANDA; 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.-