SALA PENAL NACIONAL DE APELACIONES ESPECIALIZADA EN DELITOS DE CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS COLEGIADO A

Expediente	: **00032-2017-3-5201-JR-PE-03**
Jueces superiores	: Salinas Siccha / Guillermo Piscoya / Burga Zamora
Ministerio Público	: Segunda Fiscalía Superior Nacional Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios
Imputado	: Pachas Ávalos, Alberto
Delitos	: Colusión Agravada y otro
Agraviado	: El Estado
Especialista judicial	: Julio Augusto Yauri Medina
Materia	: Apelación de auto de excepción de improcedencia de acción

Sumilla: Excepción de improcedencia de acción. ***La disconformidad con lo decidido en primera instancia, no habilita, en sede de apelación, a cambiar el presupuesto de la excepción deducida.***

La excepción de improcedencia de acción solo procede cuando el hecho por el cual se viene investigando a un imputado **i)** no constituye delito o **ii)** no es justiciable penalmente.

En sede de apelación el imputado Alberto Pachas Ávalos alega genéricamente la ausencia de tipicidad del hecho imputado; sin embargo, este no ha sido el fundamento en que se basó la excepción deducida, y resulta inadmisible que, ante la disconformidad con lo decidido en primera instancia, pretenda incorporar en sede de apelación fundamentos distintos.

Resolución N.° 04
Lima, cinco de abril
de dos mil dieciocho

AUTOS y OÍDOS.- En audiencia pública, el recurso de apelación interpuesto por el investigado **Alberto Pachas Avalos,** contra la Resolución N.° 5, de fecha treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, emitida por el Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró **infundada la excepción de improcedencia de acción** formulada por su defensa, con motivo del proceso seguido en su contra por la presunta comisión del delito contra la tranquilidad pública, en la modalidad de asociación ilícita, y contra la administración pública, en la modalidad de colusión agravada, en agravio del Estado. Interviene como ponente el juez superior GUILLERMO PISCOYA, y **ATENDIENDO:**

I. ANTECEDENTES

1.1 El presente incidente tiene su origen en el escrito presentado por el investigado Alberto Pachas Avalos, con fecha cinco de diciembre de dos mil diecisiete, mediante el cual se dedujo excepción de improcedencia de acción respecto a la imputación formulada en su contra por la supuesta comisión de los delitos de colusión agravada y asociación ilícita para delinquir, en agravio del Estado.

1.2 La solicitud fue materia de pronunciamiento por el juez del Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, quien por Resolución N.° 05, de fecha treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, resolvió declarar infundada la excepción de improcedencia deducida en la investigación que se le sigue al imputado Pachas Ávalos.

1.3 La resolución antes mencionada fue objeto de apelación por la defensa técnica de Pachas Ávalos con fecha catorce de febrero del año en curso, recurso que fue concedido, y se elevó el cuaderno respectivo a esta Sala Superior, la que por Resolución N.° 02, de fecha veintiocho de febrero de dos mil dieciocho, señaló como fecha de audiencia el ocho de marzo del mismo año. Luego del debate y deliberación, se procede a emitir la presente resolución.

II. FUNDAMENTOS DE LA RESOLUCIÓN IMPUGNADA

2.1 Sostiene el juez *a quo* que, conforme al planteamiento de la excepción de improcedencia de acción, no corresponde analizar si los hechos atribuidos al imputado Pachas Ávalos constituyen o no delito, sino si estos no son justiciables penalmente.

2.2 En el presente caso, se postula que el hecho atribuido a Pachas Ávalos no es justiciable penalmente debido a que **i)** existe una relación con el proceso N.° 1369-2016-Ica, a causa de que en el citado proceso ya otros funcionarios han aceptado responsabilidad respecto de los mismos hechos; **ii)** no se le puede atribuir responsabilidad por el arbitraje porque este se realizó cuando no se encontraba asumiendo cargo alguno; y **iii)** si bien los hechos imputados corresponden a partir de la ejecución del contrato (etapa de ejecución), dicho imputado no se encargó de la elaboración del contrato.

2.3 Basándose en los fundamentos antes mencionados, el juez concluyó que ninguno de estos se refieren a la ausencia de una condición objetiva de

punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria; de ahí se evidencia que se relacionan al juicio procesal de responsabilidad penal, los que no corresponden ser analizados a través de una excepción de improcedencia de acción.

2.4 Por esos fundamentos, el juez del Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria resolvió declarar infundada la excepción de improcedencia de acción deducida por la defensa del imputado Alberto Pachas Ávalos, con motivo del proceso seguido en su contra como autor por comisión del delito de colusión agravada y asociación ilícita, en agravio del Estado.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

3.1 Conforme al recurso de apelación y a lo sustentado en la audiencia, la defensa del impugnante alega la vulneración de los derechos al debido proceso y a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

3.2 La vulneración al derecho al debido proceso la sustenta bajo el argumento de que la imputación (genérica y específica) de la formalización que corresponde a la carpeta fiscal N.° 62-2015 de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada contra la Criminalidad Organizada —en la que tiene la calidad de investigado— tiene el mismo fundamento que contiene el requerimiento acusatorio de la carpeta fiscal N.° 182-2015 del Primer Despacho de la Fiscalía Provincial Corporativa de Ica, y que se encuentra actualmente en juicio oral —proceso en el que tiene la calidad de testigo—, pues se trata de la misma incriminación-imputación y de los mismos hechos (carta fianza, contrato). Señala que en este último proceso el imputado Miller Edu Vizcarra Román, director de la Oficina de Abastecimiento y Patrimonio del Gore Ica, ha reconocido que él estaba a cargo del control y supervisión de las cartas fianzas y del contrato de obra N.° 006-2011-GORE-ICA, lo que se corrobora con la declaración del testigo Víctor Arango Salcedo. Aduce también que no existe ninguna prueba o elemento de convicción que acredite la concertación.

3.3 Basándose en lo anterior, considera que no concurre ninguno de los elementos constitutivos de los delitos de asociación ilícita y colusión agravada; en consecuencia los hechos imputados por la primera fiscalía citada no son típicos y consiguientemente no son justiciables penalmente.

3.4 Para sustentar su pretensión, anexa como documentos probatorios **i)** la denuncia del procurador de la Contraloría General de la República para acreditar que no se interpuso denuncia en su contra; **ii)** requerimiento

acusatorio en el expediente N.° 1369-2016-51-1401-JR-PE-03 del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Ica (carpeta fiscal N.° 182-2015), en el cual los acusados reconocen su actuar respecto de las cartas fianzas y contratos que también son materia de investigación en la carpeta fiscal N.° 62-2015; **iii)** Resolución N.° 01 del expediente N.° 1369-2016-51-1401-JR-PE-03 para acreditar que este proceso, en el que tiene calidad de testigo, se encuentra en la etapa del juicio oral; **iv)** contrato de obra N.° 006-2011-GORE-ICA para acreditar que no suscribió dicho contrato, sino que realizó una visación de carácter funcional; y **v)** copia de la formalización en la carpeta fiscal N.° 62-2015 para acreditar que contiene los mismos hechos incriminatorios (carta fianza y contrato) que se vienen ventilando en juicio oral contra dos acusados en el expediente N.° 1369-2016-51-1401-JR-PE-03.

3.5 Finalmente, menciona que existe una vulneración al derecho de una debida motivación de las resoluciones, en tanto que el juzgador solo ha efectuado una aparente apreciación, es decir, una indebida motivación, lo cual le causa perjuicio.

3.6 Plantea como pretensión que se revoque la resolución venida en grado y, en consecuencia, se declare fundada la excepción propuesta ordenando el sobreseimiento definitivo del proceso.

IV. ARGUMENTOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

4.1 Al concederse el uso de la palabra a la representante del Ministerio Público, esta señaló que, con fecha veinte de octubre de dos mil diecisiete, se emitió la disposición de formalización de la investigación preparatoria contra Alberto Pachas Ávalos y otros, cuyos hechos nacen con motivo de la Licitación Pública N.° 4 denominada "Fortalecimiento de la capacidad resolutiva de los servicios de salud del hospital San José de Chincha, Ica". Respecto de esta licitación, la investigación por los actos preparatorios se sigue en la ciudad de Ica contra personas distintas que no están comprendidas en la presente investigación, la cual comprende a partir de la suscripción del contrato en adelante —etapa ejecutiva—.

4.2 La imputación que aquí se formula contra el investigado Pachas Ávalos consiste en una imputación genérica y específica. La imputación genérica radica en que dicho imputado colaboró con la organización criminal, a fin de que esta concrete sus propósitos criminales al suscribir contratos de obra y dictaminar en razón de su cargo. La imputación específica consiste en el hecho de que, en su condición de director general de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica, el investigado ha visado el contrato de obra N.° 006-2011-GORE-ICA,

de fecha cinco de abril de dos mil once, en el cual se acepta como garantía la carta fianza N.° 01-050411 de la misma fecha por un monto de S/ 3 715 363.00 —emitida por Copex, sin respaldo y sin autorización de la SBS— por concepto de garantía de fiel cumplimiento de dicho monto. Como se puede apreciar, a él no se le está imputando que haya suscrito los contratos o que haya participado en el acto de concertación, sino que colaboró con los miembros de la organización criminal emitiendo un informe legal que permitió el uso de las cartas fianza de la cooperativa Copex y, consecuentemente, los desembolsos que se realizaron con posterioridad.

4.3 De otro lado, en su escrito de excepción de improcedencia de acción, ha sostenido que el hecho no es justiciable penalmente. En esta audiencia, la defensa alega un supuesto de atipicidad; entonces, no se sabe si estamos ante un hecho atípico o uno que no es justiciable penalmente. Agrega que la defensa ha hecho mención de la atipicidad, pero no ha señalado cuáles son los elementos objetivos o subjetivos del tipo que no reúne la imputación que le ha formulado el Ministerio Público y todos los argumentos que expresa están dirigidos a deslindar su responsabilidad, los cuales no se pueden resolver a través de este medio de defensa.

4.4 Por lo antes mencionado y coincidiendo con lo apreciado por el juez de primera instancia, solicitó se declare infundada la excepción de improcedencia de acción.

V. TEMA MATERIA DE CONTROVERSIA Y OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

5.1 Sometidas al debate las pretensiones planteadas, corresponde a esta Sala determinar la procedencia o no de una excepción de improcedencia de acción deducida.

5.2 Un adecuado análisis pasa por reconocer los supuestos y límites de este medio de defensa, así como por analizar la imputación que se le ha formulado al investigado Pachas Ávalos.

VI. FUNDAMENTOS QUE SUSTENTAN LA DECISIÓN

§ La excepción de improcedencia de acción

6.1 La excepción de improcedencia de acción se encuentra regulada en el numeral 1 literal b) del artículo 6 del Código Procesal Penal (en adelante CPP), y puede deducirse "cuando el hecho no constituye delito o no es justiciable penalmente". Según el numeral 2 del artículo antes citado, si se declara fundada, el proceso será sobreseído definitivamente.

6.2 En ese orden de ideas, la excepción de improcedencia de acción solo procede cuando el hecho por el cual se viene investigando a un imputado **i)** no constituye delito o **ii)** no es justiciable penalmente. El primer supuesto comprende todos aquellos casos de atipicidad penal absoluta o relativa del hecho objeto de imputación o de la concurrencia de una causa de justificación; en cambio, el segundo supuesto hace referencia a la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o a la presencia de una causa personal de exclusión de pena o excusa absolutoria.

6.3 De otro lado, como lo ha precisado nuestra Suprema Corte, "es obvio que para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la Disposición Fiscal de Formalización de la Investigación Preparatoria. A su vez, el juez, al evaluar dicha excepción, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. En efecto, 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 a 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—"[1].

§ La imputación formulada contra el investigado Pachas Ávalos

6.4 De la revisión de la disposición de formalización y continuación de la investigación preparatoria de fecha veinte de octubre de dos mil diecisiete, recaída en la carpeta fiscal N.° 62-2015 a cargo de la Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada contra la Criminalidad Organizada, se desprende que la imputación atribuida al investigado Alberto Pachas Ávalos por los delitos de asociación ilícita y colusión agravada consiste en lo siguiente:

> **Imputación genérica**
>
> Se le imputa haber realizado actos concretos de coloboración con la organización, a fin de que esta concrete sus propósitos criminales, al suscribir contratos de obra y dictaminar en razón de su cargo, que en los procesos de selección y licitaciones que realizaba el Gore Ica, las dependencias encargadas, acepten las cartas fianza de COOPEX sin respaldo financiero alguno.
>
> **Imputación específica**
>
> Se le atribuye que en su calidad de Director General de la Oficina Regional de Asesoría Jurídica, de haber suscrito el Contrato de Obra N° ==6-2011-GORE-ICA de 05 de abril de 2011 en el cual se aceptaba como garantía la Carta Fianza N° 01-050411 de fecha 05 de abril de 2011 por concepto de Garantía de Fiel Cumplimiento por un monto de S/. 3'715,362 emitida por COOPEX, fianza sin respaldo y sin autorización de la SBS.

[1] Casación N.° 407-2015-Tacna, del 07-07-2016, f. j. 5. Sala penal Transitoria.

Del mismo modo, se le atribuye que no obstante tener conocimiento de que estas cartas no estaban autorizadas por la SBS, no haber exigido en su calidad de Jefe de Asesoría Legal, el reemplazo de todas las cartas fianzas emitidas por COOPEX y presentadas por Consorcio AMIN ante el Gore Ica, cuando se suscribió la Addenda al Contrato de Obra de fecha 23 de mayo de 2011 donde también consta su visado.

Se le atribuye no haber dispuesto en su calidad de Asesor Legal que se impugne la resolución judicial emitida por el Juez Civil de Pisco, juez evidentemente incompetente por razón de territorio, decisión en la cual, la judicatura, declaró fundada la medida cautelar presentada por AMIN.

Se le imputa que por el contrario, el imputado Pachas Ávalos, elaboró y suscribió el Informe Legal N° 689-2011-ORAJ de fecha 05 de julio de 2011 en el cual, concluye que el Gore Ica debía aceptar la Carta Fianza N° 03-050411-2011/COOPEX por concepto de adelanto de materiales por el importe de S/. 3'715,362 nuevos soles; documento con el cual Gore Ica realizó alrededor de diez transferencias de S/. 300,000 nuevos soles en un solo día a la cuenta corriente de Consorcio Hispano SAC con fecha 22 de julio de 2011.

6.5 Revisado el escrito de fecha cinco de diciembre de dos mil diecisiete, mediante el cual se deduce la excepción de improcedencia de acción, se verifica que en efecto el impugnante dedujo este medio de defensa bajo el presupuesto de que los hechos atribuidos no son justiciables penalmente. Como ya se ha dicho, este presupuesto se ubica en el ámbito de la punibilidad y comprende la ausencia de una condición objetiva de punibilidad o la presencia de una causa personal de exclusión de la pena o excusa absolutoria.

6.6 En ese orden de ideas, el sustento esgrimido por la defensa para deducir la excepción de improcedencia de acción bajo la hipótesis de que el hecho **no es justiciable penalmente** resulta totalmente impertinente porque ni la calidad de testigo que tiene el investigado Pachas Ávalos en el expediente N.° 1369-2016-51-JR-PE-03, a cargo del Tercer Juzgado Penal Unipersonal de Ica (carpeta fiscal N.° 182-2015), ni el reconocimiento que habrían hecho en dicho proceso el acusado Miller Edu Vizcarra Román y otros respecto del control y supervisión de las cartas fianzas y de la elaboración del contrato de obra N.° 006-2011-GORE-ICA son argumentos válidos para amparar el medio de defensa deducido, en tanto se tratan estrictamente de argumentos de no responsabilidad que no pueden ser analizados vía excepción.

6.7. De otro lado, se aprecia también que, contradictoriamente, ya en sede de apelación el impugnante sostiene además como fundamento del medio de defensa deducido que no concurren los elementos constitutivos de los delitos de asociación ilícita y colusión agravada. Al respecto se debe expresar lo siguiente: **i)** este no ha sido el fundamento en que se basó la excepción deducida en primera instancia y resulta inadmisible que, ante la disconformidad con lo decidido en primera instancia, pretenda incorporar en sede de apelación fundamentos distintos; ii) como bien lo advierte la

representante del Ministerio Público, pese a que en sede de apelación se alega atipicidad, ni siquiera se precisan cuáles serían los elementos de tipicidad objetiva o subjetiva que estarían ausentes en la imputación formulada por el Ministerio Público; iii) la falta de elementos de convicción que acredite la "concertación" que alega la defensa es un aspecto vinculado a la actividad probatoria que no puede ser analizada a través de esta excepción, de modo tal que corresponde que todos los documentos probatorios que ha anexado a su recurso de apelación los haga valer en la etapa intermedia y, eventualmente, en el juicio oral, como parte de su derecho a probar.

6.8 Por las razones anteriormente expuestas, el medio de defensa deducido por el investigado Pachas Ávalos debe ser desestimado.

DECISIÓN

Por los fundamentos fácticos y jurídicos precedentemente expuestos, los magistrados integrantes del Colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, en aplicación del artículo 419 del Código Procesal Penal, **RESUELVEN:**

CONFIRMAR la Resolución N.° 05, de fecha treinta y uno de enero de dos mil dieciocho, emitida por el Tercer Juzgado Nacional de Investigación Preparatoria Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que declaró **infundada la excepción de improcedencia de acción** que ha solicitado la defensa técnica de Alberto Pachas Ávalos en el marco del proceso penal que se sigue en su contra por la presunta comisión del delito contra la administración pública —colusión agravada y otro—, en agravio del Estado. ***Notifíquese y devuélvase.-***

Sres.:

SALINAS SICCHA — **GUILLERMO PISCOYA** — BURGA ZAMORA

PODER JUDICIAL
JULIO AUGUSTO YAURI MEDINA
ESPECIALISTA JUDICIAL
Sala Penal Nacional de Apelaciones
Especializado en Delitos de Corrupción de Funcionarios
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA