

22

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N N° 603-2012

ICA

Lima, siete de diciembre de dos mil doce.-

AUTOS Y VISTOS; interviniendo como ponente el señor Príncipe Trujillo; el recurso de nulidad interpuesto por el representante del Ministerio Público, contra el auto obrante a folios mil setecientos cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil once, que declaró: Fundada la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por los procesados Gladys Cabrera Aquino, Marcos Díaz Moreyra, Percy Ochoa Ferreyra, Yrma Angélica Loayza Guillén, Raquel Consuelo Palomino Huamán y Emiliano Augusto Pillaca Castilla, por el delito contra la Administración Pública - Malversación de Fondos - en agravio del Estado Peruano; de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal; y **CONSIDERANDO: Primero:** Que, el representante del Ministerio Público, en su recurso formalizado de folios mil setecientos trece, sostiene: **i)** Que, los hechos imputados configuran el delito de malversación de fondos; siendo el caso que, los procesados incumplieron diversas normas administrativas de pago. **ii)** Que, la no inclusión del delito de malversación de fondos - en el Informe de Auditoría - no constituye un argumento para sustentar la presente excepción. **iii)** Que, no se puede aplicar retroactivamente la Ley número veintinueve mil setecientos dos, pues tiene carácter administrativo. **Segundo:** Que, el artículo setenta y siete del Código Penal, en su primer párrafo, señala: *"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*

1

23

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N N° 603-2012

ICA

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, la motivación de las medidas cautelares de carácter personal o real, la orden al procesado de concurrir a prestar su instructiva y las diligencias que deben practicarse en la instrucción". **Tercero:** Que, las excepciones son medios de defensa técnica que concede la ley a quienes se les imputa la comisión de delitos, con el fin de impedir, ante la falta de un presupuesto y/o requisito procesal, que el Juez resuelva el conflicto -formalizado en virtud de una resolución de imputación, de inculpación formal- mediante una resolución de fondo; que, en este contexto, el Decreto Legislativo número ciento veintiséis incorpora en el tercer párrafo del artículo cinco del Código de procedimientos Penales la excepción de naturaleza de acción, que tiene su fundamento en el artículo dos, inciso veinticuatro, literal "d", de la Constitución Política del Estado y en el artículo II del Título Preliminar del Código Penal que aluden al "principio de legalidad" como base de toda imputación penal; que, en tal sentido, esta excepción sólo procede cuando el hecho por el cual se le viene instruyendo al encausado: **i)** no constituye delito, o **ii)** no sea justiciable penalmente; que, 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 causal personal de exclusión de pena o excusa

2

28

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N N° 603-2012

ICA

absolutoria¹; en ese sentido el jurista Pablo Sánchez Velarde, refiriéndose a la Excepción de Naturaleza de Acción señala: *"Esta excepción busca anular a la acción penal y consecuentemente, todo lo actuado archivándose definitivamente el proceso penal. El hecho que se está investigando o juzgando no constituye delito o no es justiciable en vía penal"*². **Cuarto:** Que, conforme se aprecia de la acusación fiscal, de folios mil trescientos treinta y seis, que en el periodo comprendido entre el dos al treinta y uno de diciembre de dos mil cinco, se imputa a los procesados **i)** Marcos Díaz Moreyra - Director del Programa Sectorial II - Unidad Ejecutora trescientos dos Palpa - Nasca -; Gladys Patricia Eva Cabrera Aquino - Jefe del Área de Gestión Institucional de la mencionada Unidad Ejecutora - y Percy Gustavo Ochoa Ferreyra - Director del Sistema Administrativo II de la señalada Unidad Ejecutora -; asimismo, a los procesados Yrma Angélica Loayza Guillén - Jefe de la Unidad de Planeamiento Estratégico de la Unidad Ejecutora cuatrocientos dos Salud Palpa - Nasca -, Raquel Consuelo Palomino Huamán - Jefe de Presupuesto de la Unidad Ejecutora en mención - y Emiliano Augusto Pillaca Castilla - Director de la Oficina de Administración de la Unidad Ejecutora en referencia -, haber destinado montos de dinero que le habían sido proporcionados en ampliación presupuestaria por el Gobierno Regional de Ica, a otros fines para los cuales no fueron destinados, perjudicando la atención de un sector de administrados para quienes sí estuvieron destinados dichas sumas de dinero. **ii)** En el caso de la Unidad Ejecutora trescientos dos

¹ SALA PENAL PERMANENTE. R. N. N° 318 -2007-APURÍMAC. Lima, veintidós de diciembre del año dos mil siete.

² SANCHEZ VELARDE, Pablo. "Manual de Derecho Procesal Penal". Editorial Moreno S.A., año 2004. Pág. 349.

25

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N N° 603-2012

ICA

Educación Palpa-Nasca, dichos funcionarios llegaron a malversar la suma de ochocientos treinta y siete mil nuevos soles, destinando dicho monto para el pago de otros conceptos, menos para los administrados de dicho sector que contaban con sentencia judicial firme y ejecutoriada como ordenaba el Decreto de urgencia número cero treinta – dos mil cinco, derivado del Decreto de Urgencia número cero treinta y siete – noventa y cuatro, inobservando la aclaración efectuada con el Decreto de Urgencia número cero treinta y uno – dos mil cinco, que en su artículo sexto establecía *"que los recursos aprobados en el D.U N° 030-2005 a favor de los Gobiernos Regionales para atender gastos por concepto de personal y obligaciones sociales y provisionales, que se orientan al pago de las sentencias judiciales originadas por el D.U. N° 037-94".* **iii)** En cuanto a la Unidad Ejecutora cuatrocientos dos - Salud Palpa – Nasca, los funcionarios imputados llegaron a malversar la suma de setecientos cincuenta y siete mil nuevos soles, bajo la misma forma y alcance señalado en el punto anterior. **Quinto:** Que, concretamente la excepción de naturaleza de acción, procede cuando el hecho denunciado no constituye delito o cuando no es justiciable penalmente; esta excepción, en consecuencia, tiende a evitar que las causas se tramiten defectuosamente por habérseles asignado una naturaleza distinta de la que tienen o que les correspondía; así cuando se habla de que "el hecho denunciado no constituye delito" nos encontramos frente a un hecho atípico, es decir, que la ley no lo ha previsto como delito; en tanto que cuando la ley señala "no es justiciable penalmente", nos remite a un hecho que pudiendo estar claramente tipificado como delito, no es perseguible en la vía

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N N° 603-2012

ICA

penal, en este sentido dicho medio de defensa tiende a archivar el proceso penal; sin embargo, en el caso de autos, conforme se apreciará posteriormente, los hechos que han sido materia de instrucción reúnen los elementos subjetivos y objetivos del tipo penal de Malversación de Fondos. **Sexto:** Que, los fundamentos esgrimidos por la Sala Penal para declarar fundada la excepción deducida por los procesados fueron: "Que, revisado los autos se advierte que los hechos imputados no constituye delito, ya que si bien es cierto recanalizaron los fondos del estado, también lo es que ha sido por orden de (...) los Decretos de Urgencia N° 030 y N° 031-2005; la cual dispone el pago de la bonificación dispuesta por el Decreto de Urgencia 037-94, de acuerdo a los criterios establecidos por el Tribunal y **sin la exigencia de sentencia judicial y menos en calidad de cosa juzgada**; resoluciones que acreditarían el accionar de los procesados, **ya que éstos canalizaron los fondos a las personas que acreditaron contar con los requisitos para los cuales los fondos estaban destinados**, tan es así que las distintas unidades ejecutoras informaron que los fondos se utilizaron efectivamente para los fines propuestos, por lo que el accionar de los procesados no ha afectado el servicio ni la función pública, es decir no se aprecia el tipo penal objetivo (SIC)"; como se observa el Colegiado Superior al emitir el auto finalmente cuestionado acogió los fundamentos de inculpabilidad expuestos por los encausados, decisión que resulta errada, pues no es posible cuestionar a través de este remedio procesal la presencia de la imputación personal o culpabilidad, pues ello implica determinar la responsabilidad o no de un procesado, lo que sólo puede ser dilucidado a través de un juicio propio de fondo del asunto que

27

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N Nº 603-2012

ICA

necesitaría una actividad probatoria específica imposible de llevar a cabo en vía incidental, asimismo, sólo procede esta excepción cuando la inexistencia del delito surge con toda evidencia de los términos de la imputación, no pudiéndose aceptar argumentos que cuestionen la propia existencia del hecho objeto del proceso, es decir, que no ocurrió en la realidad; observándose que la Sala Penal, incluso señala que el hecho delictivo imputado a los procesados no se realizó, pues estos canalizaron los fondos que se encontraban a su cargo con dirección a los beneficiados, conforme a lo dispuesto por las normas administrativas en mención, cuando precisamente es esta constatación lo que constituye el thema probandum y por ello tal decisión se expresa en buena cuenta sobre la no responsabilidad penal de los inculpados; lo que se encuentra vedado de resolver mediante este medio técnico de defensa; que además tal valoración en estricto derecho se refiere al rechazo al núcleo de los cargos, por lo que debe ser materia de un pronunciamiento sobre el fondo del asunto; por lo que los agravios esgrimidos resultan atendibles. Por estos fundamentos: declararon **HABER NULIDAD** en el auto obrante a folios mil setecientos cinco, del veintiuno de diciembre de dos mil once, que declaró: Fundada la Excepción de Naturaleza de Acción deducida por los procesados Gladys Cabrera Aquino, Marcos Díaz Moreyra, Percy Ochoa Ferreyra, Yrma Angélica Loayza Guillén, Raquel Consuelo Palomino Huamán y Emiliano Augusto Pillaca Castilla, por el delito contra la Administración Pública - Malversación de Fondos - en agravio del Estado Peruano; Reformándolo: declararon **INFUNDADA** la excepción de naturaleza de acción deducida por los encausados Gladys Cabrera Aquino, Marcos Díaz Moreyra,

SALA PENAL TRANSITORIA

R.N N° 603-2012

ICA

Percy Ochoa Ferreyra, Yrma Angélica Loayza Guillén, Raquel Consuelo Palomino Huamán y Emiliano Augusto Pillaca Castilla, por el delito contra la Administración Pública - Malversación de Fondos - en agravio del Estado Peruano; **MANDARON** que el A-quo proceda con la tramitación de la presente causa conforme a sus atribuciones; y los devolvieron.-

S.S.

LECAROS CORNEJO

PRADO SALDARRIAGA

BARRIOS ALVARADO

PRÍNCIPE TRUJILLO

VILLA BONILLA

SE PUBLICO CONFORME A LEY

DINY YURIANEVA CHAVEZ VERAMENDI
SECRETARIA (e)
Sala Penal Transitoria
CORTE SUPREMA

PT/lmfrf

29 ENE. 2013