

MODELO DE ESCRITO INTERPONIENDO RECURSO DE APELACIÓN DE AUTO QUE DECLARA INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN EN DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

EXPEDIENTE N. °:

ESPECIALISTA LEGAL:

APELACIÓN DE AUTO QUE DECLARA INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

SEÑOR JUEZ DEL TERCER JUZGADO PENAL DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE TRUJILLO:

IGNACIO VIDAL CASTRO identificado con DNI n. °**18136511**, en la investigación fiscal iniciada por la presunta comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE; en agravio del Estado- Gerencia Regional de Educación de la Libertad, a Ud. con respeto digo:

I. PETITORIO

Dentro del plazo establecido, según lo prescrito por el artículo 414.1 c) del Nuevo Código Procesal Penal concordante con el artículo 416.1 literal d) del mismo cuerpo normativo anteriormente citado, INTERPONGO RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA RESOLUCIÓN QUE DECLARA INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN CON LA FINALIDAD QUE LA MISMA SEA REVOCADA y se disponga el archivo el presente expediente; en razón a los siguientes fundamentos:

II. PRETENSIÓN IMPUGNATORIA Y NATURALEZA DEL AGRAVIO

El presente recurso se encuentra orientado a que el Superior Jerárquico proceda a revisar el auto apelado, y en consecuencia revoque el pronunciamiento en concordancia con lo petitionado en el presente recurso y en base a los argumentos antes indicados, no sin antes indicar que la

presente resolución causa un agravio de índole jurídico al desconocer el principio de legalidad penal, posibilitando la persecución de un hecho que no tiene connotación penal, al no subsumirse los hechos dentro del delito de colusión simple y alternativamente de negociación incompatible. En ese contexto se causa un agravio irreparable al declarar infundada nuestra excepción a pesar que dentro de la misma solo hemos discutido cuestiones de tipicidad en base a la imputación descrita en la disposición de formalización del Ministerio Público; más no de responsabilidad penal que exija una valoración probatoria.

Aunado a ello, el agravio se extiende dentro del debido proceso a la trasgresión del derecho al contradictorio, toda vez que el ad quo realiza una valoración de una disposición de aclaración de formalización, la misma que no fue notificada a la fecha de la audiencia de excepción, incurriendo así una actitud de incongruencia procesal.

III. FUNDAMENTOS DE NUESTRA APELACIÓN: ERRORES DEL AD QUO

III.1. EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA COMO GARANTÍA AL CUMPLIMIENTO DE IMPUTACIÓN MÍNIMA:

- Citando al profesor Cáceres Julca, quien sostiene que *“la imputación es la afirmación clara, precisa y circunstanciada de un hecho concreto, con lenguaje descriptivo, referido al pasado, que permite afirmar a negar en cada caso o agregar otros hechos que conjuntamente con los afirmados, amplíen, excluyan o aminoren la significancia penal.”* En ese mismo lineamiento Celis Mendoza define a la imputación concreta como *“el deber de carga del Ministerio Público de imputar a una persona natural un hecho punible, afirmando proposiciones fácticas vinculadas a la realización de todos los elementos del tipo penal”.*

Es decir que, si hay ausencia de proposiciones fácticas realizadoras de algún elemento del tipo, no hay imputación; teniendo en cuenta esta afirmación y llevada al caso en análisis tenemos que en la disposición fiscal de formalización y continuación de investigación preparatoria por parte del fiscal, se le imputa a

se le imputa a IGNACIO VIDAL CASTRO, que en su calidad de responsable de la oficina de abastecimiento de la Gerencia regional de educación de la Libertad ha desplegado declaraciones conducentes a facilitar y favorecer a la empresa Group Hardsoft Soluttions E.I.R.L., la misma que ha sido proveedora desde el año 2015 al 2016, sostenido para su incriminación como elementos de convicción objetivos, únicamente la existencia de órdenes de compras.

En virtud a dicha incriminación es que se realiza el medio técnico de defensa de excepción de improcedencia de acción, esto en virtud del principio de imputación mínima (en etapa preparatoria); e imputación necesaria o concreta en etapa intermedia, cabe resaltar que la diferencia radica, en la primera se exige a los órganos jurisdiccionales el control sobre la descripción de los hechos, la existencia de un correlato de los hechos descritos por el imputado, es decir el dominio que habría tenido este, los actos desplegados de acuerdo a las funciones que realizaba y el modo y circunstancias de las conductas desplegadas.

En definitiva, el principio de imputación mínima garantiza que los hechos que se hace conocer al investigado no puede ni debe ser objeto de variabilidad en el transcurso de la investigación, razón por la cual que en la casación recaída en el Exp., n. ° 581-2015 PIURA; refiere 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 EVALUARA DICHA EXCEPCIÓN TENIENDO EN CUENTA LOS HECHOS INCORPORADOS POR EL FISCAL EN LA DISPOSICIÓN ANTES DESCRITA”*

En ese lineamiento, se tiene por audio que el ad quo motiva su decisión valorando un hecho que fue postulado por el Ministerio Público después de la emisión de disposición de formalización, tal como consta en el cargo de la disposición de aclaración data con fecha, 28 de junio del 2017, el mismo que fue notifica-

do al domicilio procesal del imputado el día 07 de julio del año en curso; el mismo día de audiencia.

III.2. DESNATURALIZACIÓN DE LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

- De conformidad con lo expuesto en el acápite anterior, reafirmamos que la excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos en la disposición fiscal de formalización de la investigación preparatoria y en consecuencia el juez evaluara dicha excepción teniendo en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en la disposición antes descrita.
- Razón por la cual es que en la excepción se evalúa el comportamiento desplegado del imputado, esto a través del test de subsunción o de adecuación, dejando proscrito cualquier otra valoración de dimensión probatoria; en consecuencia según Cubas Villanueva³, LA EXCEPCIÓN PROCEDE CUANDO SE ESTÁ PROCESANDO POR UN COMPORTAMIENTO ABSOLUTAMENTE ATÍPICO. Para Jorge Rosas Yataco⁴, en cuanto a la tipicidad, considera que la excepción de improcedencia de acción procede en sus dos vertientes: tipicidad positiva (objetiva y subjetiva) y tipicidad negativa. Los casos hipotéticos que se puede presentar en la atipicidad positiva son variados: CUANDO LA CONDUCTA DENUNCIADA ADOLECE DE ADECUACIÓN AL TIPO PENAL DESCRITO.
- Es así que, en el caso en análisis, el debate de la excepción por parte de la defensa se circunscribe en la atipicidad relativa, por las conductas desplegadas y descritas en la

³ CUBAS, Víctor. *El Nuevo Proceso Penal Peruano*. Editorial Palestra. Lima, 2015. Pág. 151

⁴ ROSAS, Jorge. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Editorial Pacifico. Volumen I Lima, 2013. Pág. 635

formalización de investigación, las mismas que serán explicadas en el acápite siguiente:

III.3. EL HECHO NO CONSTITUYE DELITO (ART. 6º INC. 1, LITERAL "b)" DEL NCPP)

III.3.1. CUANDO LA CONDUCTA DENUNCIADA ADOLECE DE ADECUACIÓN AL TIPO PENAL DESCRITO; cuando el tipo penal exige del autor una calidad especial y el agente no la tiene; cuando no se tiene la condición de sujeto activo; y; cuando no existe vinculación directa y relevante entre la acción causante y el resultado (causalidad).

III.3.2. Respecto al presente caso, el hecho imputado resulta ser atípico, circunstancia que amerite un cuestionamiento a la estructura del delito, de la cual se describe a continuación, y que no ha sido observada por el Ad quo:

III.3.3. Tipo Objetivo

De acuerdo al Código Penal, el delito de Negociación Incompatible prescrito en el artículo 399º, prescribe:

“El funcionario o servidor público que indebidamente en forma directa o indirecta o por acto simulado se interesa, en provecho propio o de tercero, por cualquier contrato u operación en que interviene por razón de su cargo, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años e inhabilitación conforme a los incisos 1 y 2 del artículo 36 del Código Penal y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa”.

c) ACCIÓN TÍPICA. - El delito exige que el Funcionario o Servidor Público en razón de su cargo se INTERESE INDEBIDAMENTE en un contrato u operación del estado.

Este interés está vinculado directamente con el deber de imparcialidad en la actuación del agente especial, en consecuencia, el interés indebido que despliega el fun-

cionario es un interés incompatible con los fines del estado, público o de la administración.

Cabe resaltar que el interés indebido se debe ver materializado mediante criterios objetivos, durante las 4 etapas del proceso de contratación, siendo estas:

5. En la etapa de la negociación del contrato o la operación, José Luis Castillo Alva, cita algunos ejemplos tales como: *“solicitando que se acepte la propuesta del postor, se le brinde información privilegiada, se rechace la propuesta de los demás participantes, recibir los requerimientos, elaborar la solicitud de requerimiento, eligiendo al proveedor de acuerdo a la cotización que presentaba y dar el visto bueno para que la propuesta sea elevada a sus superiores jerárquicos. En estos actos el autor interviene en las tratativas y a través de otros actos, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la administración”*
6. Suscripción del Contrato o de la operación, como por ejemplo agilizando poderosamente los trámites, dando indicaciones a los funcionarios, etc.
7. En la ejecución del contrato u operación, en los casos de ampliación de plazos para el cumplimiento de las prestaciones, solicitando que se reciba productos de menor calidad a los acordados.
8. En la Liquidación, en estos casos son usuales cuando existe pagos adicionales por servicio, o pedir no se consignen omisiones o se formulen observaciones a la obra.

En el caso descrito que es materia de imputación el Ministerio Público no ha identificado la etapa del proceso y los actos desplegados de acuerdo a las funciones del funcionario para la intervención dentro del proceso de

contratación que ponga en manifiesto un INDEBIDO INTERÉS.

De conformidad con el criterio de la Sala de Apelaciones de la Corte Suprema en el expediente n. ° 00092-2011, sostiene que sí bien el *momento* del interés es irrelevante por que este se puede dar en cualquier momento del proceso contractual, lo que no es irrelevante y debe ser identificado es el iter contractual en el que se desplegó el acto funcional donde se materializa el INTERÉS INDEBIDO; hecho que no ha sido precisado, no existiendo tampoco elementos de convicción.

La identificación del *iter contractual* es de vital importancia dentro del análisis de relación de causalidad, ya que el acto por el cual se interesa el funcionario DEBE formar parte de su competencia legal, reglamentaria o administrativa general, pero este acto no supone la actuación diligente por parte del funcionario y que a su vez muestra un interés particular.

En definitiva, EL INTERÉS INDEBIDO es un elemento normativo que corresponde ser identificado, y que exista una relación de causalidad con el funcionario, y que este corroborado por elementos de convicción concordantes y convergentes.

En el mismo lineamiento la corte suprema de Justicia ha establecido "(...) *el verbo rector está constituido por el interés, el mismo que no se observa en el caso sub-materia, toda vez que no se advierte voluntad por nombrar como ganador a alguna de las empresas concursantes, por el contrario su intención estuvo dirigida tratar de cumplir sus obligaciones como funcionario encargado del mencionado concurso público, desvirtuándose si una afectación o puesta en peligro del bien jurídico protegido por el tipo penal, esto es, el normal funcionamiento de la admi-*

nistración pública”. En ese sentido, el funcionario o servidor que actúa dentro de una delegación de competencias y se ciñe al cumplimiento del Manual de organización de funciones o del reglamento sectorial, participando en las negociaciones, en la medida que no participa con interés especial, directo o indirecto NO REALIZARA EL TIPO OBJETIVO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN.

Es definitiva la configuración del tipo penal es cuando exista elementos de convicción contundentes y convergentes la existencia de un INTERÉS INDEBIDO; ya que el tipo penal proscribe como punible un interés GENÉRICO, INDETERMINADO O HIPOTÉTICO.

Que, en el presente caso la teoría inculpativa del Ministerio Público es; que el investigado, “(...) *ha desplegado acciones conducentes a facilitar y/o favorecer a la empresa Group Hardsoft Solutions EIRL en diversos procesos de adquisición de bienes y servicios, (...) cuya persona jurídica se dice tiene vinculación con la representante Liliana Margot Roldan Guzmán, no solo por una relación AL PARECER PARENTAL (...)*”

El titular de la acción penal no realiza relación de causalidad entre el acto desplegado por el funcionario con el INTERÉS INDEBIDO. Por lo que el relato fáctico manifiesta un INTERÉS GENÉRICO E HIPOTÉTICO, toda vez que no describe de manera concreta y real el INTERÉS INDEBIDO que ha desplegado el funcionario dentro del inter contractual.

Cabe resaltar que, la Relación o vínculo entre el contratante y el tercero postor (hecho negado), no es un elemento estricto normativo del tipo penal, para que esto sea punible debe ocurrir necesariamente e indispensable verificar que el funcionario público por razón de su cargo se ha INTERESADO en el proceso de contratación.

Debido a que el Interés es el verbo rector del delito de negociación incompatible, se tiene que este INTERÉS debe ser un interés incompatible con los fines del estado; el sujeto agente no persigue un INTERÉS FUNCIONAL si no un INTERÉS PROPIO.

El interés indebido tiene que ser calificado como un interés PROHIBIDO, demostrable de manera objetiva y material, mediante indicadores tal como la existencia de disposiciones que establezca dichas prohibiciones, las mismas que pueden ser propias del servicio, administrativas, penales o extrapenales.

En el presente no existe, ni se ha demostrado el interés PROHIBIDO, ya que no se ha establecido un deber de abstenerse o la presencia de Conflicto de intereses dentro del inter contractual para que se demuestre de manera real que el interés de llevar a cabo las contrataciones por parte del imputado Joptan Sánchez acaecía un interés prohibido ya que este no se ciñó a los deberes funcionales que este desempeñaba a través de su cargo, lo que denotaría un interés indebido.

IV. PRINCIPIO DE LESIVIDAD. -

IV.1. Desde la perspectiva constitucional, el establecimiento de una conducta como antijurídica, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a una privación o restricción de la libertad personal, solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes (principio de lesividad). Como resulta evidente, solo la defensa de un valor o un interés constitucionalmente relevante podría justificar la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental; en el caso en análisis tenemos que:

a) Bien Jurídico Protegido. - El delito en análisis protege a la administración propiamente dicha en dos dimensiones:

- LA TRANSPARENCIA EN LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN ESTATAL; Y
- LA EXCLUSIVA PROMOCIÓN DE LOS INTERÉS PÚBLICOS

En el presente caso que se le imputa a IGNACIO VIDAL CASTRO, se colige que la modalidad en la que se contrataba los bienes y servicios por éste era mediante Adjudicación directa, la misma que está regulada en la ley de contrataciones con el estado en su artículo 47 del Reglamento, el mismo que prescribe que uno de los requisitos *sin non quan non* es que los proveedores se encuentren inscritos en el registro nacional pública (RNP), para poder participar como postor en la etapa de convocatoria; aunado a ello el requisito exigido lo cumplía la persona jurídica por la que se le está vinculando el delito descrito.

Otros de los requisitos que establece el reglamento de la ley de contrataciones con el estado en el proceso de Adjudicación directa, es que en la etapa de EVALUACIÓN DE PROPUESTAS se debe realizar un cuadro comparativo de cotizaciones, hecho que fue realizado por el investigado; facultad que tenía por las funciones que este desplegaba la misma que fue delegada por ley.

Así mismo y de conformidad con el reglamento de cuestión es con el estado, se requiere que el funcionario del área encargado del proceso de contratación realice cotizaciones en los procesos que no superan las 03 UIT (Mínimo 2), las mismas que deben contar con su registro Nacional de Proveedores; del mismo modo el funcionario investigado ha solicitado cotizaciones a otras empresas que se encontraban dentro del suministro de bienes como sillas, mesas, entre otros; entre estas empresas se encontraba COPURED, Inversiones FG, TECNOTEL, entre otros; lo cual descarta de manera objetiva y real la creación de un monopolio con la empresa Group Hardsoft Solutions E.I.R.L. en los procesos de contratación.

En definitiva, el funcionario debe actuar guiado por el Principio DE LA EXCLUSIVIDAD PROTECCIÓN DE INTERESES PÚBLICOS, principio que ha sido respetado por el procesado durante todas las etapas del proceso de contratación de bienes mediante la modalidad de Adjudicación directa.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

- Art. 414 del Código Procesal Penal. – Respecto al plazo de interposición de los recursos para autos interlocutorios.
- Art. 404 del Código Procesal Penal. - Respecto al objeto de la apelación.
- Art. 416 del Código Procesal Penal inc. 1.- Respecto a la apelación de autos.

POR TANTO:

Solicito a vuestro Despacho, tener por interpuesto el presente recurso impugnatorio y en su debida oportunidad elevarlo al Superior Jerárquico.

Lugar y fecha (.....)

FIRMA Y SELLO DE ABOGADO

FIRMA DEL IMPUTADO