

## **MODELO DE ESCRITO DE APELACIÓN DE AUTO QUE DECLARA INFUNDADA LA EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN**

**EXPEDIENTE n. °:**

**ESPECIALISTA:**

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

**SEÑOR JUEZ DEL PRIMER JUZGADO SUPERIOR DE INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA LIBERTAD:**

EVELIO VIDAL ABANTO Y STEPHANIE KATIUSHKA CARRION RIVAS, como abogados defensores de ESCOBEDO MEDINA EDUARDO, en la investigación fiscal iniciada en su contra, por la presunta comisión del delito contra la administración pública en la modalidad de Enriquecimiento Ilícito; en agravio del Estado, 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 Y SOBRE EL EXTREMO EN QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA OBSERVACIÓN FORMAL CONCERNIENTE A LA LEY APLICABLE EN EL TIEMPO; 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 pronun-

ciamiento en concordancia con lo peticionado 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 enriquecimiento ilícito. 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 transgresión del derecho de la debida motivación de resoluciones judiciales, por existir deficiencias en la motivación externa, *sobre el extremo en el que el a quo no dilucida la causa por la que no consiente la aclaración sobre la ley aplicable en el tiempo, sosteniendo sólo que se trata de un delito continuado.*

### **III. FUNDAMENTOS DE NUESTRA APELACIÓN: ERRORES DEL AD QUO**

#### III.1. FALTA DE MOTIVACIÓN POR DEFICIENCIAS EN LA MOTIVACIÓN EXTERNA. -

III.1.1. Que, el tribunal Constitucional (Exp. n. ° 1480-2006-AA/TC. FJ 2) ha precisado: *"(...) el derecho a la debida motivación de las resoluciones importa que los jueces, al resolver las causas, expresen las razones o justificaciones objetivas que los llevan a tomar una determinada decisión. Esas razones (...) deben provenir no sólo del ordenamiento jurídico vigente y aplicable al caso, sino de los propios hechos debidamente acreditados en el trámite del proceso. Sin embargo, la tutela del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no debe ni puede servir de pretexto para someter a un nuevo examen las cuestiones de fondo ya decididas por los jueces ordinarios.*

III.1.2. En tal sentido, (...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión sólo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis externo de la resolución, a efectos de constatar si ésta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la solución de un determinado conflicto, sin caer ni en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho, ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos". En consecuencia, las *Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas*, constituye un límite negativo al debido proceso, conforme ha sido ratificado jurisprudencialmente a través del expediente n. ° 1744-2005-PA/TC.

Y; dicho límite existe, cuando las premisas de las que parte el Juez *no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica*. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o el Tribunal en sus decisiones.

Es decir, lo que se debe fundamentar o Justificar son las premisas, *O SEA CUANDO LAS PREMISAS DE LAS QUE PARTE EL JUEZ NO HAN SIDO CONFRONTADAS O ANALIZADAS RESPECTO DE SU VALIDEZ FÁCTICA O JURÍDICA*

III.1.3. La resolución apelada advierte la limitación negativa expuesta en la medida que el ad quo, no determina los motivos sobre la innecesidad de determinar la ley penal aplicable en el caso en concreto, sosteniendo sólo que se trata de un delito continuado.

III.1.4. Ante esta inobservancia por parte del ad quo, se debe tener en cuenta la relevancia constitucional que tiene principio de

combinación, el mismo que constituye un precepto de carácter constitucional amparado en el art.6 del título preliminar del Código Penal, y en el presente caso, es idóneo mencionar la teoría de la unidad de la ley penal, en tanto nos encontramos ante un espacio temporal en donde han trascurrido 15 años, tiempo en el que la ley de enriquecimiento ilícito ha sufrido varias modificaciones tales como: Ley 27482, Ley 28355 (año de promulgación 2004), ley n. °30111 (año de promulgación 2013- actualmente vigente).

III.1.5. Siguiendo la premisa expuesta, el principio de favorabilidad en la aplicación de la ley penal, ha sido reconocida de manera expresa en el artículo 139 inciso 11 de la constitución, este principio tiene de aplicación de la norma más favorable tiene su base en la aplicación conjunta del principio de legalidad penal (lex previa) y de la retroactividad favorable. Así mismo el art. 103 segundo párrafo de la norma fundamental señala, además que: La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos, salvo en ambo supuestos cuando favorezcan al reo.

III.1.6. Es decir, de aplicación de las constitucionalmente citadas, se establece, que en principio es de aplicación el principio de aplicación la norma vigente al momento de la comisión de la infracción penal (principio de legalidad penal) y que aquellas normas que entraron en vigencia con posterioridad a la comisión de la infracción serán aplicables, mediante retroactividad benigna la más favorable, en efecto en el presente caso no nos encontramos ante la aplicación de una ley más favorable al investigado, en tanto la ley actualmente vigente presupone una pena “de días multa”, advirtiéndose que la ley que se mantuvo en vigencia desde la comisión del ilícito - Ley n. ° 28355 (año de promulgación 2004)- no prescribe sanción de días multa, en ese sentido la aplicación, en virtud del art. 6 CP que prevé la teoría de la unidad de la ley penal, es la Ley 28355, ley vigente al momento

de la comisión del supuesto ilícito; por lo que solicitamos que el Ministerio Público reformule la cuantía de la pena en virtud de la ley aplicable en el presente caso.

### III.1.7. TRANSGRESIÓN AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

III.1.7.1. El diseño de un estado democrático de derecho importa limitaciones al *ius puniendi* del estado, a toda la potestad sancionadora en general y a los procedimientos establecidos para dicho fin, en tanto significa el reforzamiento de la plena vigencia de los derechos fundamentales y de las condiciones de su realización, en ese sentido en consecuencia la garantía material específica del legalidad, en materia sancionadora, impide que se pueda atribuir la comisión de un delito o falta, si esta no está previamente determinada, pero sobre todo prohíbe que SE PUEDA APLICAR UNA SANCIÓN SI ESTA NO ESTA TAMBIEN DETERMINADA POR LEY.

III.1.7.2. Que en el presente caso, como se ha determinado en premisas arriba, ante la existencia de varias normas en el tiempo, es necesario determinar qué ley es aplicable al caso en concreto en tanto el Ministerio Público refiere que la ley aplicarse es la ley que actualmente está vigente (ley n. °30111), no obstante hay que tener en cuenta que los hechos que son materia de imputación datan desde el año 2002 hasta el año 2015, es decir la presunta comisión del delito se realizó desde el año 2002, siendo que en esa fecha la ley vigente era la Ley n. ° 28355. Esto de conformidad con los criterios establecidos en el art. 9 CP., sumándole a ello la importancia de determinarlo en la etapa de control de acusación, en tanto es un instrumento adjetivo que tiene por finalidad sanear el proceso garantizando de tal manera que éste sea desarrollado ante supuestos que inobservan derechos fundamentales.

### 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 Villanueva<sup>16</sup>, la excepción procede cuando se está procesando por un comportamiento absolutamente atípico. Para Jorge Rosas Yataco<sup>17</sup>, 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 acusación, las mismas que serán explicadas en el acápite siguiente:
  - i. La falta de Causa de enriquecimiento como elemento normativo del tipo:  
Uno de los elementos normativos del tipo con más protagonismo en el delito en análisis es el incremento patrimonial, puesto que aquí yace el núcleo de la acción penal, no obstante este in-

---

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

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

cremento patrimonial se puede advertir a través de datos objetivos, notorios en dos momentos: en un incremento de activos, o en la disminución de pasivos (cargas, gravámenes o deudas que soporta el patrimonio del sujeto).- en ambos caso, es evidente que se produce una mejora en el balance patrimonial, constituida por la confrontación o contraste entre el activo y el pasivo o entre los derechos y obligaciones de carácter patrimonial, lo cual implica obviamente la obtención de una ventaja y un cambio en el estado patrimonial del sujeto (por lo menos fácticamente).

Que en el presente caso, de conformidad con el relato fáctico del Ministerio Público, el investigado registra activos, pero también pasivos, pasivo consistente en adquisición de préstamos en diferentes cajas, teniendo en consideración que estando ante una sociedad conyugal, tanto los prestamos adquiridos por mi patrocinado y por la cónyuge, hacen unidad de pasivos, en ese sentido, no se podría hablar de un enriquecimiento ilícito en tanto no se advierte una ventaja o un cambio en el estado patrimonial de mi patrocinado, máxime si mi patrocinado no sólo ejercía la actividad de magistrado sino también ejercía la CÁTEDRA UNIVERSITARIA, MÁXIME si el Ministerio Público menciona un incremento patrimonial sin haber puesto en relieve su histórico patrimonial desde antes de ser magistrado.

- ii. La ilicitud del incremento patrimonial.- El incremento patrimonial sólo fundamenta la tipicidad, si es ilegal o ilícito, es decir en términos generales la ilicitud consistirá en un acto que afecta a una concreta norma legal o un principio general del derecho, sea que este esté contenido en una norma expreso, o sea que se manifieste cómo un criterio rector normativo implícitamente contenido en el ordenamiento jurídico. sin embargo, para el derecho penal. siempre por respeto al principio de legalidad, la ilicitud cuando infrinja una norma concreta del ordenamiento jurídico en general. se trate de una norma penal o de una norma administrativa (en este último caso, cuando, la violación de la

norma administrativa implica a la vez la violación de una norma penal), elemento normativo que no se advierte en el presente caso.

En definitiva, cuando la conducta denunciada adolece de adecuación al tipo penal descrito; conforme lo señalado, al no existir vinculación directa y relevante entre la acción causante y el resultado (causalidad) el hecho imputado resulta ser atípico, circunstancia que amerite un cuestionamiento a la estructura del delito.

#### **IV. 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 DEL ABOGADO