



EXCEPCIÓN DE IMPROCEDENCIA DE ACCIÓN

Para deducir una excepción de improcedencia de acción se debe partir de los hechos descritos por el Ministerio Público; el juez, al evaluar la misma, solo debe tener en cuenta los hechos incorporados por el fiscal en el acto de imputación pertinente. La excepción de improcedencia de acción se concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o punibilidad. Por último, el juicio procesal de la responsabilidad penal no corresponde ser examinado en una excepción de improcedencia de acción.

SENTENCIA DE CASACIÓN

Lima, once de diciembre de dos mil veinte

VISTO: el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público contra el auto de vista del veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete (folio 102), en el extremo que confirmó el auto de primera instancia que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la defensa del procesado Williams Urteaga Pereyra, en la investigación que se le siguió por los delitos de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de actos de tráfico en su forma agravada (previsto en los incisos 1 y 6, del primer párrafo, del artículo 297, en concordancia con el primer párrafo, del artículo 296, del Código Penal), e ingreso indebido de equipos de comunicación en centro de detención o reclusión, en grado de tentativa (previsto en el primer párrafo del artículo 368-A, en concordancia con el artículo 16 del Código Penal), en perjuicio del Estado peruano.

Intervino como ponente la jueza suprema AQUIZE DÍAZ.

FUNDAMENTOS DE HECHO

PRIMERO. IMPUTACIÓN FÁCTICA

Conforme a la formalización de la investigación preparatoria, el Ministerio Público imputó los siguientes hechos:

1.1. El cuatro de octubre de dos mil dieciséis, personal policial del Departamento Antidrogas de Chachapoyas-DEPANDRO, cuando realizaban un operativo a la altura del jirón Libertad N.º 451-Chachapoyas, frente del



local de la Empresa de Transportes "Movil Tours", advirtió la presencia de un varón que portaba una saqueta de polietileno transparente con pedazos de madera, y teniendo en cuenta la incidencia de casos relacionados al transporte y acondicionamiento de drogas en maderas, se procedió a su intervención; aquella persona se identificó como Williams Urteaga Pereyra, de ocupación agente penitenciario del Establecimiento Penitenciario de Huancas-Chachapoyas, quien indicó que venía del terminal terrestre recogiendo una encomienda, observándose en la saqueta una guía de remisión transportista N.º 040287, con la inscripción "Punto de Partida Tarapoto, Punto de Llegada Chachapoyas, remite José Vegas Sánchez, DNI N.º 72272980, destinatario Dianita Zumaeta Barrientos, contenido 01-saco transparente C/madera"; en el interior habían cinco pedazos de madera cepillada, los que presentaban signos de haber sido acondicionados; ante ello, se le comunicó al fiscal y el intervenido fue llevado a la dependencia policial.

1.2. Allí se procedió a la verificación de la encomienda, al abrir una de las maderas se constató en la parte céntrica cuatro bolsas plásticas transparentes acondicionadas, conteniendo una sustancia compatible con PBC, y en momentos que iba ser sometida al reactivo químico el intervenido recibió una llamada a su celular de parte de su padre, quien le refirió que en la puerta de su casa estaba una persona de nombre Dianita Zumaeta Barrientos solicitando la entrega de un teléfono celular, razón por la cual los efectivos policiales acudieron a ese lugar, logrando intervenir a esa fémina; en la comisaría se le identificó como Iris Sadith Olascoaga Velásquez.

1.3. Se continuó con la verificación de la encomienda que contenía cuatro pedazos de madera de 72 x 17.5 x 4 centímetros; en las maderas enumeradas 2 y 3 se encontraron 145 gramos de Cannabis Sativa, 51 gramos de PBC y 372 gramos de PBC, que conforme al resultado preliminar de análisis químico de drogas N.º 13049/16 resultó 0.334 gramos de PBC, y conforme al Dictamen Pericial de Análisis Químico N.º 13814/2016, las muestras remitidas contenían Marihuana y PBC. En las maderas numeradas 1 y 4 se encontraron siete celulares.



1.4. Existen elementos de convicción suficientes que conllevan a la hipótesis que Williams Urteaga Pereyra, Iris Sadith Olascoaga Velásquez, Segundo Ortiz Lozano y Percy Dolly Ocampo Barrera, en concierto de voluntades, pretendían la comercialización de drogas ilícitas como lo son la marihuana y la pasta básica de cocaína al interior del Establecimiento Penitenciario de Chachapoyas, para ello se había acondicionado las drogas ilícitas dentro de maderas; del mismo modo, en grado de tentativa pretendían introducir teléfonos celulares y placas para ensamblar cargadores de celular para realizar llamadas prohibidas desde el interior de dicho centro de reclusión; para tal efecto, cada uno de ellos habría desempeñado una labor específica en estos hechos punibles, dado que **(se consigna a continuación la imputación específica únicamente respecto al recurrente):**

- a)** El imputado Williams Urteaga Pereyra, si bien no ha aceptado los cargos incriminados en su contra, sin embargo, al momento de la intervención policial se encontraba en poder de una encomienda que contenía en su interior cuatro pedazos de madera con drogas ilícitas y teléfonos celulares acondicionados dentro de las maderas, con la intención de hacerlos ingresar al interior del establecimiento penal de Chachapoyas. Ante ello, el imputado no ha podido dar una versión coherente y creíble sobre los hechos materia de investigación, limitándose a señalar que desconoce la procedencia de la droga y teléfonos celulares encontrados dentro de las maderas, señalando que solo le hizo el favor al interno Segundo Ortiz Lozano de recoger la encomienda de la empresa "Turismo Selva", para después entregarla al técnico Percy Ocampo Barrera, quien la llevaría hasta el Penal de Chachapoyas. Por lo que se colige que la actitud del procesado es un comportamiento usual de personas inmersas en actividades ilícitas que optan por esa posibilidad a fin de evitar proporcionar mayores datos de los hechos, así como la identidad de las personas que podrían estar inmersos en el presente evento delictivo, debiendo puntualizarse que fue intervenido en flagrancia delictiva, por lo que su rol sería el de recoger las drogas ilícitas y teléfonos celulares de las empresas de transportes, para que estas sean llevadas hasta el penal en mención aprovechando su condición de agente penitenciario y



de esta forma evadir el control regular para el ingreso de objetos o material de trabajo para los internos al interior de un centro de reclusión, vulnerando de manera dolosa la normativa que regula el ingreso de materiales al interior del penal, todo ello previa planificación con sus coinvestigados.

b) [...] De lo dicho se desprendería que Williams Urteaga Pereyra, Iris Sadith Olascoaga Velásquez, Segundo Ortiz Lozano y Percy Dolly Ocampo Barrera, habrían concertado voluntades con el fin de comercializar drogas (PBC y marihuana) en el interior del Establecimiento Penitenciario de Chachapoyas; esto es que, los imputados se encontrarían incursos dentro de la presunta comisión del delito de tráfico ilícito de drogas, en la modalidad de favorecimiento, con agravantes, así como, pretendían hacer ingresar teléfonos celulares para realizar llamadas y para venderlos a los internos del penal en mención, lo que evidencia que el accionar de los imputados estaba siendo planificado con anterioridad, configurándose una conducta típica que regula el Código Penal vigente, con lo cual se advierte que los imputados han tenido como motivación ganar dinero fácil (lucro), obteniendo un provecho económico de la comercialización de la sustancia comisada, en desmedro de la salud de los internos del penal de Chachapoyas; conducta agravada por el número de agentes involucrados y por la condición de agentes penitenciarios de Williams Urteaga Pereyra y Percy Dolly Ocampo Barrera; del mismo modo, han pretendido atentar contra la administración pública, en la modalidad de ingreso de teléfonos celulares a un centro de reclusión.

SEGUNDO. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. Dentro de la etapa de investigación preparatoria, la defensa técnica del investigado Williams Urteaga Pereyra, mediante escrito del cinco de abril de dos mil diecisiete (folio 2), dedujo excepción de improcedencia de acción por la causal prevista en el literal b, del inciso 1, del artículo 6, del Código Procesal Penal, referido a "cuando el hecho no constituye delito"; en el proceso que se le sigue por los delitos de tráfico ilícito de drogas -en la



modalidad de actos de tráfico en su forma agravada- e ingreso indebido de equipos de comunicación en centro de detención o reclusión, en grado de tentativa, en perjuicio del Estado peruano.

2.2. Mediante decreto del veinte de abril de dos mil diecisiete (folio 26), se señaló fecha para audiencia de excepción de improcedencia de acción, la cual se llevó a cabo el veintitrés de mayo de dos mil diecisiete (folio 34). A este acto concurrieron el fiscal y la defensa técnica del referido investigado, quienes expusieron sus argumentos respectivos.

2.3. El Juez de Investigación Preparatoria emitió el auto de fecha veintinueve de mayo de dos mil diecisiete (folio 37), declarando fundado el medio técnico de defensa. Contra esta decisión judicial, el representante del Ministerio Público interpuso recurso de apelación (folio 49), siendo concedido con efecto devolutivo por auto del trece de junio de dos mil diecisiete (folio 54).

2.4. La Sala Penal de Apelaciones, a través del auto de vista del veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete (folio 102), confirmó el auto de primera instancia; lo que motivó que el Fiscal Superior interponga el presente recurso de casación ordinario (folio 137) por la causal del inciso 2, del artículo 429, del Código Procesal Penal, alegando que la Sala ha inobservando la norma procesal que regula la excepción de improcedencia de acción. Lo que es materia de la presente ejecutoria.

TERCERO. FUNDAMENTOS DEL CASACIONISTA

El representante del Ministerio Público, al fundamentar el recurso de casación ordinaria (folio 137), invocó la causal prevista en el inciso 2, del artículo 429, del Código Procesal Penal, denunciando inobservancia de la norma procesal que regula la excepción de improcedencia de acción, alegando que:

3.1. La Sala Superior se extralimitó en cuanto a los alcances de la referida excepción, pues efectuó una evaluación de los elementos de convicción acopiados en la etapa de la investigación, obteniendo, a partir de ello, como conclusión que el investigado desconocía el contenido de la encomienda y que el recoger una encomienda no está prohibido, por lo que, él actuó en error invencible sobre la ilicitud del hecho imputado.



3.2. El juez para resolver una excepción de improcedencia de acción solo debe de considerar los hechos incorporados por el fiscal, ya que este mecanismo procesal se concreta en el juicio de subsunción normativa del hecho atribuido a un injusto penal o a la punibilidad, como lo ha señalado la Casación N.º 628-2013/Cusco.

3.3. Es evidente que la Sala realizó una evaluación de los elementos de convicción para definir los hechos y su mérito, esto es, realizó una inferencia probatoria en un momento procesal inoportuno (estaba reservada su evaluación en el sobreseimiento o en el juicio oral); no teniendo en cuenta la Casación N.º 407-2015/Tacna que señaló que la valoración de los actos de aportación de hechos no corresponde ser examinada en este tipo de excepción.

3.4. Para resolver esta excepción por la causal "cuando el hecho no constituye delito", el Tribunal debió determinar si se presenta una cuestión de derecho penal material que niegue la adecuación típica del hecho imputado, o si se alega un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuricidad penal de la conducta atribuida.

3.5. El objetivo del presente recurso es determinar si para resolver la excepción de improcedencia de acción es posible realizar una valoración del material obtenido en la investigación preparatoria o de los actos de aportación de hechos.

CUARTO. DELIMITACIÓN DEL PRONUNCIAMIENTO

4.1. El auto de vista (folio 102) fue cuestionado únicamente por el recurso de casación interpuesto por el representante del Ministerio Público. En resumen, el casacionista no estuvo de acuerdo con las razones judiciales que sustentaron la confirmación de la decisión que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción. Su objetivo es que se determine si para resolver este medio técnico de defensa, se debe recurrir a la valoración de los elementos de convicción o de los actos de aportación de hechos.

4.2. Ante ello, este Supremo Tribunal, mediante ejecutoria del uno de junio de dos mil dieciocho (folio 67 del cuadernillo formado a esta instancia, en adelante el cuadernillo), declaró bien concedido el presente recurso extraordinario por la



causal prevista en el inciso 2, del artículo 429, del Código Procesal Penal, al advertir que el razonamiento realizado por la Sala Superior habría inobservado el precepto procesal que regula la excepción de improcedencia de acción, esto es, el literal b, del inciso 1, del artículo 6, del citado cuerpo legal.

4.3. Mediante decreto del quince de octubre de dos mil veinte (folio 92 del cuadernillo), se citó a audiencia de casación para el once de noviembre del mismo año, oportunidad en la cual el recurrente sustentó oralmente su impugnación. Al culminar la audiencia, se realizó la deliberación de la causa en sesión secreta; luego, se efectuó la votación en la que se obtuvieron los votos necesarios para la emisión de la presente sentencia de casación, cuya lectura se programó para el día de la fecha.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

QUINTO. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

5.1. El Tribunal Superior, en el auto de vista recurrido, luego de detallar y evaluar el contenido de los elementos de convicción obtenidos en la investigación, sustentó su decisión en los siguientes lineamientos:

- a)** Con la declaración del coinvestigado Segundo Ortiz Lozano se corrobora la afirmación del investigado Williams Urteaga Pereyra, en el sentido que no tenía conocimiento del contenido camuflado en las maderas, y que su coinvestigado le pidió el favor de recoger esos objetos en la empresa de transportes ante la imposibilidad de ir la persona conocida como "Dianita Zumaeta Barrientos".
- b)** Llegando a concluir que: Estamos ante un error de prohibición invencible, relacionado a la categoría de culpabilidad; el hecho que el imputado Williams Urteaga Pereyra haya recogido una encomienda, que no está prohibido y obró con buena fe, haciendo un favor a petición de un interesado, también excluye un comportamiento doloso; se excluye toda posibilidad que el referido investigado haya tenido conocimiento del contenido camuflado en

las maderas, que iban ser ingresado en el establecimiento penitenciario.

- c) Asimismo, no se le puede atribuir un comportamiento reproable por su condición de agente penitenciario, cuando no estaba en actividad sino en su tiempo libre.

5.2. El análisis del presente recurso se centra en definir los alcances que tiene la norma adjetiva para calificar y resolver una excepción de improcedencia de acción. Centralmente, corresponde decidir si para resolver dicha excepción es posible realizar una valoración del material de investigación o de los actos de aportación de hechos; objetivo planteado por el casacionista.

5.3. La excepción de improcedencia de acción tiene su soporte legal en el literal b, del inciso 1, del artículo 6, del Código Procesal Penal; norma adjetiva que regula las causales de procedencia: **i)** “El hecho no constituye delito”; **ii)** “El hecho no es justificable penalmente”. El primero abarca la antijuricidad penal del objeto procesal: tipicidad y antijuricidad. El segundo se ubica en 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 absoluta –son circunstancias que guardan relación con el hecho o que excluyen o suprimen la necesidad de pena-.¹

5.4. En el presente caso, la excepción de improcedencia de acción fue planteada por la causal que “el hecho no constituye delito”, por lo que, no corresponderá analizar si el hecho atribuido no es justiciable penalmente. En ese sentido, procesalmente, debe determinarse, en el caso de esta excepción, si se presenta una cuestión de derecho penal material que niega la adecuación típica del hecho imputado o si se alega, desde esa perspectiva, un elemento fáctico que importa la exclusión de la antijuricidad penal de la conducta atribuida.

¹ SAN MARTÍN CASTRO, César E. *Derecho Procesal Penal. Lecciones*. Lima: INPECCP, 2015, P. 284.



5.5. Este Tribunal Supremo mediante la Casación N.º 407-2015/Tacna ya estableció 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 como ámbito del examen de su correlación con la realidad-.

En consecuencia, no es posible que en este medio técnico de defensa se efectúe valoración de elementos de investigación acopiados, cuyo análisis corresponde a etapas distintas como es la etapa intermedia, a través del sobreseimiento sea a instancia de parte o por requerimiento del Fiscal, donde se arribe a la conclusión que la imputación fiscal no cuenta con respaldo en los elementos de convicción recabados durante la investigación; o al juicio oral, oportunidad en la cual el juez de mérito debe efectuar la valoración de todos los medios de prueba actuados, tanto de cargo como de descargo, con respeto a los principios de inmediación, publicidad y contradicción y a través de un proceso de valoración individual y conjunto a efecto de verificar cuáles le generan convicción o no, para arribar a la conclusión si se probó o no la imputación fiscal. La excepción de improcedencia de acción no admite evaluación del material de investigación o convicción simplemente porque es independiente al mismo, su evaluación debe limitarse como precisó la Casación N.º 407-2015/Tacna antes citada, a los hechos contenidos en la imputación fiscal.

En esta línea, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el expediente N.º 03019-2011-HC/TC señaló que la excepción de naturaleza de acción (ahora excepción de improcedencia de acción) es un medio de defensa técnico que tiene por finalidad discutir la relevancia penal del hecho que se imputa, **de manera previa a cualquier actividad probatoria.**



5.6. En el caso concreto, el Ministerio Público imputó al investigado Williams Urteaga Pereyra el haber actuado en concierto junto a los coprocesados para a través de funciones específicas que cada uno desarrollaría, introducir al establecimiento penitenciario de Chachapoyas y allí comercializar drogas ilícitas (PBC y marihuana), así como teléfonos celulares.

Conforme lo expresado párrafos arriba, el Colegiado Superior realizó una valoración de los elementos de investigación acopiados hasta el momento, tanto de declaraciones como documentales, para con base en ellos arribar a la conclusión de que el investigado Williams Urteaga Pereyra no tuvo conocimiento del contenido acondicionado en las maderas que recogió como encomienda en la empresa de transportes, y que su accionar respondió a un favor que le hacía a su coinvestigado, el recluso Segundo Ortiz Lozano, señalando que incurrió en error de prohibición invencible.

En consecuencia, realizó una inferencia probatoria en un momento procesal inoportuno, pues el juicio procesal de la responsabilidad penal no corresponde ser examinado en una excepción de improcedencia de acción²; por lo que, la Sala se extralimitó de los alcances jurídicos de este medio técnico de defensa, en consecuencia, la casación presentada es declarada fundada.

5.7. Es pertinente concluir que los hechos tal como han sido imputados, evidentemente –sin ingresar a realizar una valoración de los elementos de convicción o actos de aportación de hecho–, como ha quedado expresado en el considerando primero de esta ejecutoria, se subsumen en los delitos de tráfico ilícito de drogas e ingreso indebido de equipos de comunicación en centro de detención o reclusión, en grado de tentativa –al margen que dicha imputación logre respaldo en elementos de convicción o pueda ser acreditada o no–; por lo que, la

² En este mismo sentido, la Sala Penal Permanente en la Casación N.º 10-2018-CUSCO (seis de marzo de dos mil diecinueve) ha señalado en el fundamento de derecho 1.5. que el cuestionamiento a la tipicidad subjetiva, dolo o culpa, no es una materia que pueda dilucidarse vía excepción, dado que la mencionada determinación requiere, necesariamente, la realización de actividad probatoria en la que, luego del juicio respectivo, se establezca una conclusión –aproximativa– de las intenciones que tuvo el procesado al realizar su conducta, en virtud del artículo VII del Título Preliminar del Código Penal –la pena requiere de la responsabilidad penal del autor, queda proscriba toda forma de responsabilidad objetiva–, el cual ordena a quien expida un fallo la determinación suficiente del tipo subjetivo.



excepción deducida por el investigado Williams Urteaga Pereyra debe declararse infundada.

5.8. Con lo expuesto, estimamos que la Sala Penal de Apelaciones inobservó lo descrito en el literal b, del inciso 1, del artículo 6, del Código Procesal Penal, configurándose la causal invocada regulada en el inciso 2, del artículo 429, del Código Procesal Penal.

DECISIÓN

Por estos fundamentos:

I. DECLARARON FUNDADO el recurso de casación ordinario interpuesto por el representante del Ministerio Público, por la causal prevista en el inciso 2, del artículo 429, del Código Procesal Penal, por inobservancia del literal b, del inciso 1, del artículo 6, del Código Procesal Penal.

II. CASARON el auto de vista del veintinueve de diciembre de dos mil diecisiete (folio 102), en el extremo que confirmó el auto de primera instancia que declaró fundada la excepción de improcedencia de acción formulada por la defensa del procesado Williams Urteaga Pereyra, en la investigación que se le sigue por los delitos de tráfico ilícito de drogas en la modalidad de actos de tráfico en su forma agravada (previsto en los incisos 1 y 6, del primer párrafo, del artículo 297, en concordancia con el primer párrafo, del artículo 296, del Código Penal), e ingreso indebido de equipos de comunicación en centro de detención o reclusión, en grado de tentativa (previsto en el primer párrafo del artículo 368-A, en concordancia con el artículo 16 del Código Penal), en perjuicio del Estado peruano. En consecuencia, **NULO** el citado auto de vista y, **actuando en sede de instancia (como Tribunal de Apelación), REVOCARON** el auto de primera instancia del veintinueve de mayo de dos mil diecisiete (folio 37), y **REFORMÁNDOLO** declararon infundada la referida excepción de improcedencia de acción deducida por el investigado Williams Urteaga Pereyra.

III. DISPUSIERON la continuación del proceso contra Williams Urteaga Pereyra, por los delitos antes mencionados.



IV. ORDENARON que la presente sentencia casatoria sea leída en audiencia pública, se publique en la página web del Poder Judicial y en el diario oficial El Peruano, y se notifique a las partes apersonadas a esta instancia, incluso a las no recurrentes.

S.S.

PRADO SALDARRIAGA

CASTAÑEDA OTSU

PACHECO HUANCAS

AQUIZE DÍAZ

BERMEJO RÍOS

CCAD/awza

LPDERECHO.PE